

T-011-19

Sentencia T-011/19

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Caso en que comunidad indígena considera vulnerado su derecho al debido proceso por cuanto están siendo despojados de las tierras que tradicionalmente han ocupado

DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE GRUPOS ETNICOS SOBRE TERRITORIOS-Marco normativo

RESGUARDO INDIGENA-Naturaleza jurídica

TERRITORIO DE COMUNIDADES INDIGENAS-Protección y reconocimiento internacional

DECLARACION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE PUEBLOS INDIGENAS-Fuente de derecho o de obligaciones concretas para el Estado

DERECHOS AL TERRITORIO COLECTIVO Y AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, EN EL MARCO DE PROCESOS DE CONSTITUCION DE RESGUARDO INDIGENA-Jurisprudencia constitucional

PROCESOS DE CLARIFICACION DE LA PROPIEDAD, DESLINDE, RECUPERACION DE BALDIOS Y EXTINCION DEL DOMINIO-Competencia del Incoder, hoy Agencia Nacional de Tierras - ANT

PROCESOS DE CLARIFICACION DE LA PROPIEDAD, DESLINDE, RECUPERACION DE BALDIOS Y EXTINCION DEL DOMINIO-Contenido de la resolución final

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Reiteración de jurisprudencia

CONVENIO 169 DE LA OIT Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Fundamento del derecho a la consulta previa

CONSULTA PREVIA-Aplicación en caso de afectación directa por intervención del territorio

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Protección constitucional e internacional

Ha explicado la jurisprudencia de esta Corporación que para determinar la procedencia de la consulta previa no es suficiente la constatación de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad. El criterio adecuado e indispensable para establecer la aplicación de la consulta previa es el de afectación directa, en razón a que los estudios técnicos en los que se basa el concepto de “área de influencia no dan cuenta de los impactos ambientales, a la salud, culturales, sociales o espirituales que pueden ocasionarse sobre los pueblos indígenas o tribales”.

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Deber estatal de respetar y garantizar el derecho

COMUNIDADES INDIGENAS-Legitimación por activa en los casos que reclaman protección de sus derechos fundamentales por medio de acción de tutela

COMUNIDADES INDIGENAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL Y TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES-Procedencia de la acción de tutela para la protección de sus derechos

En diferentes pronunciamientos se ha concluido que la tutela es, por regla general, el mecanismo judicial de protección más adecuado para la garantía de los derechos de los pueblos indígenas

CONSULTA PREVIA-Juez constitucional no puede avalar la vulneración de los derechos fundamentales o declarar la ocurrencia de un daño consumado en materia de consulta previa, puesto que se crearía un incentivo indebido para evadir obligación constitucional

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA EN RELACION CON PROYECTOS DE DESARROLLO

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO E IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL DE COMUNIDADES INDIGENAS-Desde una perspectiva de enfoque diferencial, se ordena realizar la clarificación de los predios de propiedad de comunidad indígena

Referencia: Expediente T-6.867.203

Acción de tutela interpuesta por Julio Manuel Viloria Ujueta, como Gobernador Mayor del Resguardo Indígena Mokaná de Tubará, y Digno Santiago Gerónimo, como Gobernador Mayor de la Regional Indígena Mokaná del Atlántico, contra la Agencia Nacional de Tierras – ANT, Alcaldía Municipio de Tubará, Gobernación del Atlántico, Concesión Costera Cartagena-Barranquilla, Consorcio Vía al Mar, Proyecto Urbanización “Complejo Campestre Jwaeirruko Unidad Residencial y Club el Poblado, (jurisdicción de la parcialidad indígena de Juarúco), Relleno Sanitario los Pocitos, Parque Ambiental los Pocitos, Ecosol, Horno Crematorio Tecnianza, Fabrica de Llantas “Michelin”, Ladrillera Cuatro Bocas, Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barraquilla y otros que resulten vinculados a las pretensiones.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veintidós (22) de enero de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Cristina Pardo Schlesinger –quien la preside-, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela proferido el nueve (9) de febrero de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por los señores Julio Manuel Viloria Ujueta y Digno Santiago Gerónimo contra la Agencia Nacional de Tierras – ANT y otros.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia[1]. De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede

a dictar la sentencia correspondiente.

1. De los hechos y la demanda

Los señores Julio Manuel Viloria Ujueta y Digno Santiago Gerónimo, en representación de la comunidad indígena Mokaná del Resguardado Colonial de Tubará, Puerto Colombia, Bajo Ostión, Juarúco, Morro Hermoso, Puerto Caimán, Corral de San Luis, Cuatro Bocas y Guaimaral, instauraron acción de tutela el 18 de diciembre de 2017, en contra de la Agencia Nacional de Tierras – en adelante ANT –, Alcaldía Municipio de Tubará, Gobernación del Atlántico, Concesión Costera Cartagena-Barranquilla, Consorcio Vía al Mar, Proyecto Urbanización “Complejo Campestre Jwaeirruko Unidad Residencial y Club el Poblado, (jurisdicción de la parcialidad indígena de Juarúco), Relleno Sanitario los Pocitos, Parque Ambiental los Pocitos, Ecosol, Horno Crematorio Tecnianza, Fabrica de Llantas “Michelin”, Ladrillera Cuatro Bocas, Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barraquilla y “otros que resulten vinculados a las pretensiones”, por considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso. Lo anterior, por cuanto manifiestan, están siendo despojados de las tierras que han ocupado durante varios años como consecuencia de sentencias judiciales, a través de las cuales se han otorgado títulos de propiedad sobre aquellos terrenos, que presuntamente pertenecen a su resguardo.

1.1. Los accionantes indicaron que las referidas comunidades indígenas han habitado

durante varios años en el “Territorio Ancestral de Tierradentro” (hoy Departamento del Atlántico) y que, por tanto, son “propietarios ancestrales” de esos terrenos, que entre otras cosas, dicen, se encuentran protegidos por los artículos 63[2] y 329[3] de la Constitución Política de Colombia, los cuales les confiere a los resguardos indígenas un derecho imprescriptible, inalienable e inembargable.

1.2. Manifestaron que personas ajenas a la comunidad Mokane, obrando de mala fe, han promovido procesos de pertenencia ante los jueces de la república, los cuales nunca se les han notificado a la comunidad, logrando que mediante sentencias ejecutoriadas se declare la prescripción extraordinaria y por ende, se les otorgue el dominio de los terrenos en discusión.

1.3. Explicaron que Tubará es “un territorio ancestral del Terciario, Pre-colombino declarado Resguardo Colonial de la Etnia Mokane – Arawak, por la Corona Española”. [4] Señalaron que la comunidad es descendiente de la Tribu Lingüística Arawak y que se encuentran protegidos por la Corona Real de España desde el 18 de diciembre de 1553. Afirmaron que el título constitutivo del resguardo de indígenas fue expedido por el Cabildo de Cartagena, el 14 de septiembre de 1666, por orden del Rey de España. Dicho título era “un volumen en pergamino de cuero signado en letras de oro y en él se hallaba la Real Cédula en la cual el Rey había dispuesto mucho antes en 1540 concederle el Título de Nobleza al pueblo indígena.” Refirieron que aquel documento desapareció con posterioridad, como consecuencia de una maquinación dolosa. [5]

1.4. Censuran la actuación de cada una de las entidades demandadas y endilgan las siguientes responsabilidades:

1.5. Señalaron que la ANT (entidad que reemplazó al INCODER, antes INCORA) no ha dado respuesta al derecho de petición presentado el 2 de junio de 2017, bajo el número de radicado 20179600350722.

Refirieron que el 28 de mayo de 1998 el Resguardo Colonial de Indígenas Mokane de Tubará, radicó una solicitud de registro ante el Ministerio del Interior en la oficina de Asuntos Indígenas y también ante el INCORA. Esta entidad requirió al Ministerio del Interior unos estudios etnológicos necesarios para la revisión de los linderos del Resguardo de Indígenas de Tubará. Tiempo después, se pidió al INCORA (ahora ANT) informar el estado de

la petición, el cual contestó que el Ministerio del Interior no había enviado los estudios etnológicos pedidos. Un grupo de personas integrantes de la comunidad indígena se presentó en las oficinas del INCORA (ahora ANT) y allí les informaron que los documentos enviados por la comunidad se habían extraviado y que era necesario volver a enviarlos. Por segunda vez remitieron copias de los documentos, los cuales también desaparecieron, solicitando el reenvío de los mismos.

El 14 de agosto de 2015 los accionantes presentaron por tercera vez su solicitud ante el Gerente del INCODER (antes INCORA, ahora ANT) y una comisión del Resguardo de Indígenas se hizo presente en la ahora ANT, para que les entregaran un informe y una certificación provisional o total en la que se acredite la existencia del Resguardo de Tubará y la respuesta a dicho requerimiento fue que, por tercera vez, se habían refundido los documentos entregados.

1.6. Indicaron los demandantes, que el Municipio de Tubará se encuentra dentro del Resguardo de indígenas, que fue elevado a la categoría de Distrito Municipal inicialmente por Ley del 7 de junio de 1833, de la Confederación Granadina perteneciente a la Gobernación del Estado Soberano de Bolívar Grande y posteriormente fue creado municipio por la Asamblea del Departamento del Atlántico, cuando no tenía competencia para ello. Según afirman, en la sentencia del 13 de abril de 1921[6], se estableció “que los resguardos de indígenas cedidos a los Municipios por la Ley 55 de 1905, son bienes vacantes, pero no son baldíos ni de propiedad de la Nación. Que el procedimiento para la cesión a los Municipios de los resguardos vacantes es administrativo, en tanto que para la adquisición de los demás bienes vacantes se requiere sentencia judicial dictada en juicio seguido al efecto”, lo cual no sucedió en el caso de Tubará, dicen, porque fue una vacancia dolosa. Advirtieron que los indígenas Mokane de Tubará nunca han salido de su hábitat y que según disponen los artículos 286[7] y 287 de la Constitución Política, tienen derecho a “Gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponda y administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones”. Igualmente, indicaron que Tubará cuenta con tres entidades territoriales vigentes: (i) la del Resguardo como territorio indígena, (ii) la del Distrito y (iii) la del Municipio. Afirmaron que el Municipio se ha venido imponiendo frente a las demás, desconociendo el autogobierno y autonomía territorial del resguardo, de la que se hace referencia en la sentencia T-530 de 2016[8].

Adujeron que la actual administración municipal afirma que Tubará no es un resguardo; lo que a su criterio perjudica “el actuar de las autoridades tradicionales y el bienestar social de los indígenas”[10]. Como ejemplo de esa última afirmación realizada advirtieron que se fundó una I.P.S.-I, orientada a prestar unos mejores servicios de salud a los nativos, basándose tanto en la medicina occidental como en la tradicional indígena; sin embargo, la Secretaría de Salud Municipal de Tubará se opuso al traslado masivo de la comunidad, “pasando por alto el concepto positivo de la Secretaría de Salud del Departamento del Atlántico, causando perjuicios y daño económico en la Construcción de la IPS-S”.

1.7. De otra parte, afirmaron que la Gobernación del Departamento del Atlántico carece de “conocimiento histórico técnico y jurídico de la Legislación Indígena”[11]. Expresaron que dicha realidad ha generado problemas a las comunidades indígenas y pusieron de presente la necesidad de una mesa de coordinación; tal y como lo ha hecho el Consejo Superior de la Judicatura de la mano de aquellas.

Refirieron que, como producto de dicho desconocimiento, la Gobernación ha venido adelantado un proyecto de ampliación de plazas para varios Municipios del Atlántico, entre los cuales se encuentra Tubará, que por ser un Resguardo de Indígenas necesita de una socialización y unos pre-acuerdos antes de la realización de una Consulta Previa; habida consideración que se tiene como finalidad la compra-venta de las viviendas ubicadas en la parte principal del poblado. Afirmaron que se les ha amenazado, en el sentido de inducirlos a vender so pena de ser expropiados, con fundamento en lo consagrado en el artículo 58[12] de la Constitución Política; lo cual consideraron que es legal en territorios no indígenas.

Presentaron dos derechos de petición, los cuales no fueron contestados de fondo por esta entidad accionada. Resaltaron con preocupación que ahora se encuentran “aliados” al Concejo Municipal, quien aprobó el Acuerdo No. 023 de diciembre 10 de 2016, “Por medio del cual se declara de utilidad pública e interés social unos bienes y se faculta al señor alcalde para realizar los procedimientos administrativos necesarios para su adquisición y se dictan otras disposiciones”.[13]

1.8. Agregaron que, el 18 de noviembre de 2013, la Superintendencia de Notariado y Registro de la ciudad de Bogotá envió a la Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla

el oficio SNR2013EE31962, en el cual se requirió que fueran suspendidas las inscripciones de registro en el folio de matrícula 040-62887, correspondiente al predio “Antiguo Resguardo de Indígenas” ubicado en el Municipio de Tubará; ello, para evitar irregularidades y/o afectaciones. Indicaron que, para tales efectos, se abrió el expediente 040-AA-2013-49 con el auto de apertura del 27 de diciembre de 2013. Sin embargo, expresaron que no ha habido un pronunciamiento de fondo y que las referidas inscripciones desconocen lo preceptuado en las Instrucciones Administrativas Conjuntas 82 de 2013, 13 de 2014 y 251 de 2014 de la Superintendencia de Notariado y Registro y el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, así como también las recomendaciones establecidas en la sentencia T-488 de 2014[14].

1.9. Alegaron, que la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. y el Consorcio Vía al Mar son las encargadas de la construcción de la “Vía al Mar” y que, desde que comenzaron con la obra, se han generado conflictos con pescadores pertenecientes a grupos étnicos, los cuales se vieron forzados a desalojar los lugares donde acostumbraban a desarrollar su actividad de pesca[15]. Resaltaron que el proyecto atraviesa el territorio del resguardo y que aun así no se realizó una Consulta Previa. Para el momento de la presentación de la tutela, se estaba adelantando la segunda calzada de la vía. Según los accionantes: (i) el desarrollo de dicha actividad ha dañado predios del resguardo indígena y (ii) han sido víctimas de acoso, encaminado a que vendan sus tierras para poder continuar con la construcción de la segunda calzada, sin tener en consideración que se trata de lugares sagrados para la comunidad. A la altura de la parcialidad indígena de Morro Hermoso, donde están los lugares sagrados quieren cerrarle la vía de entrada a la comunidad, perjudicando no solo a los nativos sino también a quienes llegan a hacer sus pagos, tendrían que caminar más de un kilómetro exponiendo sus vidas para llegar a la entrada principal que antes no tenía ninguna clase de problemas. Hay denuncias que a la altura de Puerto Colombia han encontrado cementerios indígenas de los Ancestros, lo encontrado lo tienen en un llamado la “Y” de los chinos (sic) donde hay vasijas, ollas y osamenta entre otros”.

1.10. Demandaron al Proyecto Complejo Campestre “JW AEIRRUKO” – Unidad Residencial y Club El Poblado, porque afirman que con permiso otorgado por la C.A.R., Umata, Oficina de Planeación, Secretaría de Hacienda, Alcaldía y Concejo Municipal de Tubará, han talado varias hectáreas de bosque nativo, lo que ha puesto en peligro la fauna existente en el área

de las “Reservas de Corral de San Luis, Juarúco, El Morro hasta Bajo Ostión”[16]. Adicionalmente, refirieron que se ha secado el cauce de las aguas que eran usadas por los indígenas para sus actividades básicas; situación que les obligó a vender sus terrenos. Señalaron que han profanado lugares sagrados, como el Rupestre Mokane donde los indígenas realizan los “pagamentos”, y expresaron su preocupación por la fauna y flora de la zona.

1.11. Asimismo, denunciaron que el relleno sanitario Los Pocitos, el Parque Ambiental Los Pocitos, el Horno Crematorio Tecniaza, ECOSOL, la Ladrillera Cuatrobocas, la fábrica de llantas Michelin, entre otros, se han establecido en los terrenos del resguardo de indígenas sin haber adelantado una consulta previa con las autoridades tradicionales. Afirman no tener documentos para anexar a la tutela que prueben el hecho.

1.12. A partir de lo expuesto, los señores Julio Manuel Viloria Ujueta y Digno Santiago Gerónimo, solicitan que con fundamento en el precedente judicial y las ordenes contenidas en la sentencia T-488 de 2014, proferida por la Corte Constitucional: (i) se ampare el derecho fundamental al debido proceso; (ii) se dejen sin efectos las sentencias dictadas por los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla, en las que se declaró la prescripción extraordinaria de dominio; (iii) se ordene la suspensión de todas las obras que se han estado adelantando dentro del territorio del resguardo, incluyendo las actividades de explotación de recursos renovables y no renovables sobre el suelo, el subsuelo y sobre la “roca madre del resguardo de Tubará”[17]; (iv) se ordene al notario de Puerto Colombia y al señor Juan de Acosta cumplir la Ley 89 de 1890, “en el sentido de protocolizar todo documento que los indígenas quieran guardar en Protocolo”[18]; y (v) como medida provisional, suspender la ejecución de todas las “obras inconsultas y órdenes de amparo policivos que se tramiten ante las Inspecciones de Policía de Tubará”[19], en especial sobre las tierras que corresponden al resguardo.

2. Traslado y contestación de la demanda

2.1. Remisión por competencia

2.1.1. Mediante auto del 19 de diciembre de 2017, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Penal decidió remitir la acción de tutela a los Juzgados Penales del Circuito de Barranquilla – Atlántico, por cuanto la competencia para conocer el caso sub

examine radica en los referidos juzgados del circuito, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 numeral 2 del Decreto 1983 de 2017[20]. Adicionó que el accionante se encuentra domiciliado en el municipio de Tubará – Atlántico, lugar donde presuntamente se están vulnerando los derechos alegados, por lo que es a los jueces del circuito judicial de Barranquilla, a quienes les corresponde estudiar el asunto. Por lo anterior, se abstuvo de conocer la actuación y la remitió al juez competente.

2.1.2. Mediante auto del 18 de enero de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla ordenó remitir la demanda de tutela a la oficina judicial de los Juzgados del Circuito de Barranquilla, para que se realizara el reparto entre los diferentes jueces de aquel distrito judicial.

2.2. Admisión de la tutela

El Juzgado Tercero Administrativo Oral de Barranquilla admitió la acción de tutela a través del auto del 29 de enero de 2018 y ordenó a las entidades accionadas pronunciarse respecto de los hechos y pretensiones de la misma, allegando los documentos donde constaran los antecedentes del caso sub judice.

De otra parte, negó la medida provisional solicitada por los accionantes. Consideró que concederla hubiera sido dispensar de fondo el asunto bajo estudio, tanto así que para tomar una decisión era necesario conocer la posición de los diferentes entes accionados. Advirtió que el despacho desconocía la veracidad de las minucias del sustento fáctico y que, precisamente, son esos datos los que podían llegar a determinar o afectar la decisión que fuera a tomarse.[21]

2.3. Contestación de las entidades accionadas

2.3.1. Gobernación del Atlántico

Patricia Milena Gutiérrez Acuña, en calidad de apoderada judicial de la Gobernación del Atlántico, se pronunció respecto de los hechos de la tutela y solicitó que se desvinculara a dicha entidad por falta de legitimación en la causa por pasiva[22].

Señaló que los motivos que originaron la instauración de la tutela no radicaron en acciones u omisiones realizadas por parte de la administración departamental y que las pretensiones

de los accionantes no podían ser atendidas por ellos al no contar con la competencia para dichos efectos, razón por la que resulta improcedente la acción impetrada respecto de la Gobernación.

2.3.2. Oficina Principal de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Barranquilla

Rafael José Pérez Herazo, en calidad de Registrador Principal de Instrumentos Públicos de Barranquilla, procedió a realizar un informe sobre las actuaciones de la oficina a su cargo en relación con los hechos de la tutela[23].

Evidenció que con el traslado se le hizo llegar sólo la tutela sin sus anexos allegados como medios de prueba, razón por la cual consideró imposible realizar un estudio objetivo de la misma; circunstancia que, a su criterio, vulneró el derecho de defensa de la Oficina de Registro. Por lo anterior, solicitó que se les permitiera el acceso a todos los documentos aportados como pruebas y que se le concediera un nuevo plazo para realizar el informe solicitado en el auto admisorio.

Refirió que los señores Julio Manuel Vilorio Ujueta, quien afirmó actuar en calidad de Gobernador Mayor del Resguardo Colonial de Indígenas de Tubará, y Digno Santiago Gerónimo, en calidad de Gobernador Mayor de la Regional Indígena del Atlántico, no allegaron ningún documento con el que acreditaran que fungen como tales. Tampoco aportaron un acto administrativo en el que el Ministerio del Interior certificara la existencia del Resguardo Indígena de Tubará y se delimitara el territorio.

Aclaró que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla nunca ha registrado el predio que presuntamente corresponde a dicho resguardo y, por consiguiente, el territorio donde la comunidad indígena Mokaaná ejerce su propiedad colectiva no tiene identificación registral; circunstancia que deslegitima las solicitudes de protección de derechos fundamentales del resguardo indígena. Por lo anterior, consideró que la tutela debía ser declarada improcedente.

Señaló que por solicitud de la Superintendencia Delegada para la Formalización y Restitución de Tierras de la Superintendencia de Notariado y Registro, desde el 27 de diciembre de 2013 se adelanta la actuación administrativa “expediente nro. 040-AA-2013-49”, y desde esa fecha por orden del auto de apertura se encuentra bloqueado el

folio de matrícula inmobiliaria nro. 040-62887, hasta tanto no se defina la situación jurídica del citado predio y de los más de 3.000 folios de matrícula inmobiliaria que se segregaron de este folio de mayor extensión.

Aseveró, que no es cierto ni se demuestra que en dicho folio se hayan realizado inscripciones con posterioridad a su bloqueo, como manifiestan los accionantes, pues de ser así, el artículo 59 de la Ley 1579 de 2012 habilita a cualquier ciudadano o persona jurídica para presentar una solicitud de corrección, actuación que ninguno de los demandantes o algún miembro de las comunidades ha realizado en vía administrativa, en sede gubernativa.

Precisó que si bien al predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria nro. 040-62887 al momento de su inscripción se le denominó “ANTIGUO RESGUARDO DE INDIGENAS” y el mismo haya estado habitado por comunidades indígenas de la etnia Mokana, “esto no conlleva a que esté registrado que sobre dicho territorio esté legalmente conformado un resguardo indígena conforme a las leyes que regulan la materia, hasta el punto que no se ha inscrito en ninguna de sus anotaciones ningún acto administrativo de la dependencia de Asuntos indígenas del Ministerio del Interior o su similar, que haya ordenado conformar dicho resguardo e inscribir el territorio que lo conforma, pues simplemente así se le llamaba a dicho globo de tierra en el momento de la inscripción”.

Finalmente, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela por dos razones: (i) al considerar que no se demostró la existencia de una acción u omisión que vulnerara el debido proceso o, al menos, la existencia de una amenaza, y (ii) por existir un mecanismo idóneo y eficaz, diferente a la tutela, para lograr las pretensiones de los tutelantes. En ese mismo sentido, pidió que se desvinculara a la entidad de la acción y se le exonerara de cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la presunta violación del derecho al debido proceso alegado por los accionantes.

2.3.3. Consorcio Vía al Mar

Juan Clímaco Gómez Morales, en calidad de Representante Legal Suplente del Consorcio Vía al Mar, se refirió a los hechos y pretensiones de la tutela y solicitó que no se accediera a lo pretendido[24].

Señaló que la acción de tutela era improcedente por no satisfacer los requisitos de subsidiaridad e inmediatez. Indicó que no puede ser utilizado este mecanismo como alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa y que se debe impedir que se convierta en factor de inseguridad.

Alegó que los accionantes no acreditaron la condición o calidad con la que presuntamente actuaban y tampoco aportaron una prueba sumaria que evidenciara la existencia jurídica o reconocimiento legal de los resguardos indígenas que decían representar. Afirmó que, mediante la Gobernación, puede verificarse que en el Departamento del Atlántico no existen registros ni reconocimientos de las comunidades indígenas mencionadas en la tutela y que, por ende, no podían actuar como representantes de comunidades que no existen. Por consiguiente, concluyó que no había legitimación en la causa por activa.

Afirmó que el Consorcio es el concesionario de la Ruta 90A o vía Cartagena-Barranquilla, a cargo de la rehabilitación, operación y mantenimiento de dicho corredor vial; obligaciones que ha cumplido hasta la fecha con todas las exigencias contractuales, en virtud de lo establecido en el contrato nro. 503 de 1994 suscrito inicialmente con el Instituto Nacional de Vías, entidad que posteriormente cedió el contrato al entonces Instituto Nacional de Concesiones INCO –hoy Agencia Nacional de Infraestructura ANI.

Asimismo, advirtió que no había legitimación por pasiva, toda vez que, en su momento, cuando el proyecto requirió la compra de predios para la ampliación de la calzada existente, dichos tramites se hicieron con apego a la ley, con un detallado y minucioso estudio de títulos, a fin de verificar la titularidad de cada uno de los inmuebles, parciales y totales, que al final fueron adquiridos por la ANI. Actualmente, dijo, el Consorcio está en etapa de operación y mantenimiento del proyecto, adelantando obras menores de mantenimiento rutinario, sin que necesite, en consecuencia, adquirir algún predio adicional, razón por la que no está llamado a responder por la supuesta amenaza o vulneración de los derechos invocados.

2.3.4. Alcaldía Municipal de Tubará

Marco Tulio Mendoza Castro actuando en calidad de Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía Municipal de Tubará, en su contestación desestimó lo pretendido por los accionantes[25].

Precisó que el municipio de Tubará es propietario de su territorio según se encuentra protocolizado en el folio de matrícula 040-62887. Aclaró que históricamente y amparado en la Constitución y la Ley, efectúa adjudicaciones a los ocupantes de dichos bienes fiscales, tal y como prescribe el acuerdo 014 de diciembre 23 de 2004 y para la época que citan los accionantes se efectuaba con amparo en la Resolución nro.002 de septiembre de 1989, la cual se encuentra vigente (no menciona quien la expidió).

Solicitó se declare improcedente el amparo, pues además de no allegar prueba alguna de las presuntas adjudicaciones irregulares alegadas, el presente asunto no cumple con el requisito de inmediatez y tampoco se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable ni mucho menos la vulneración del derecho al debido proceso por parte de esta autoridad pública.

2.3.5. Secretaría de Salud Municipal

Shirley Mendoza Rebolledo, en calidad de Secretaria de Salud Municipal, procedió a dar respuesta a la acción de tutela instaurada[26].

En primer término, señaló que aunque el accionante manifestó actuar como Gobernador Indígena del Cabildo Mokaná de Tubará y como prueba de ello anexa la Resolución 0043 del 7 de marzo de 2014 del Ministerio del Interior, así como acta de posesión ante el Alcalde, lo cierto es que no están reconocidos como tales, solo se encuentran inscritos ante el Ministerio del Interior y la posesión que hicieron fue un simple protocolo. Aclaró que el Alcalde no es quien elige al Gobernador del Cabildo Mokaná, sino la comunidad o resguardo, razón por la que considera que es el acta de elección el documento que lo acredita legamente como representante de esa comunidad.

En segundo lugar, refutó lo afirmado por los accionantes, respecto de la respuesta negativa dada a la petición de traslado colectivo de los indígenas de una EPS a CAJACOPI, pues ello no fue en perjuicio de la comunidad, por el contrario, la administración no autorizó la petición debido a que son los usuarios los que deben decidir si cambian de EPS o no. Explicó, que el accionante adjuntó una lista en la que supuestamente lo autorizaban para solicitar el traslado, documento que no se equipara a una autorización formal y de avalarla, la entidad atentaría contra los derechos al debido proceso, salud y libre elección de cada usuario. Afirmó que la entidad que representa verificó en el Fosyga los datos de unas

personas y visitó algunas otras y logró comprobar que ninguna de ellas autorizó un cambio o traslado de EPS.

Finalmente, solicitó negar el amparo, toda vez que la Secretaría no había vulnerado los derechos fundamentales de los accionantes.

2.3.6. Proyecto Complejo Campestre “JW AEIRRUKO” – Unidad Residencial y Club El Poblado.

Esta entidad contestó la acción de tutela por medio del abogado Pedro Bonett Sumbatoff[27].

Señaló el apoderado que la empresa El Poblado S.A. se encuentra desarrollando el proyecto Complejo Campestre Jwaeirruku hace ya cinco años (desde el año 2013) y el Municipio de Tubará mediante licencia de urbanismo y construcción Resolución 108 del 13 de diciembre de 2013, modificada por las resoluciones 028 del 21 de abril de 2015, 109 del 14 de diciembre de 2015 y la 116 del 28 de diciembre de 2015, todas expedidas por la Secretaría de Planeación del municipio, por ser la entidad competente, expidió los permisos correspondientes para el desarrollo de la actividad urbanizadora; todo lo anterior de conformidad al “Esquema de ordenamiento vigente, acuerdo 018 de 2001”. Indicó que el complejo campestre es “un proyecto urbano de índole estrictamente residencial que se desarrolla en el municipio de Tubará corregimiento de Juaruco y que ha traído progreso y beneficios a la población del corregimiento, el cual cuenta con todas las licencias urbanísticas y permisos ambientales requeridos para el desarrollo de la actividad; que si bien es cierto al principio interviene el medio ambiente, como tal el uso residencial genera compatibilidad con el mismo y más aun tratándose de condominios campestres”.

Manifestó que la autoridad competente para tramitar los permisos ambientales es la Corporación Autónoma Regional – CAR, ante la cual y antes de realizar cualquier intervención sobre el predio a construir, se realizaron los estudios pertinentes tales como “PLAN DE MANEJO AMBIENTAL E INVENTARIO FORESTAL y su correspondiente plan de compensación los cuales fueron radicados desde el 27 de marzo de 2015 y la corporación inicio trámite a través del auto 000028 de 2015”.

Desmintió lo manifestado por los demandantes respecto del talado de bosque nativo, pues

el aprovechamiento del terreno “se solicitó sobre 20 hectáreas y 1.262 individuos (sic) a aprovechar. Una vez radicado el plan de manejo e inventario forestal la corporación dio inicio al trámite de aprovechamiento forestal el cual está basado en estudios y conceptos técnicos los cuales se aportan con la contestación”.

Afirmó que el aprovechamiento forestal fue autorizado por la corporación ambiental a través de resolución 515 de 2015, mediante la cual les impusieron una serie de obligaciones que se han cumplido. Resaltó que tal como consta en los informes, las hectáreas intervenidas eran una finca ganadera, “la cual ya había sido intervenida por lo que es impreciso hablar de que el lugar donde se desarrolló el proyecto es “un bosque natural”, de igual forma los árboles maderables eran explotados por los habitantes del corregimiento para extracción de carbón”.

Aseveró que la empresa fue obligada a compensar la cantidad de 25.755 árboles en rondas hídricas y dentro y fuera del complejo, como consta en informe final de la siembra radicado el 15 de enero de 2018 y en las actas de visita realizada por la corporación ambiental, así como en el plan de compensación que se presentó. Dijo que, para cumplir con la compensación, la empresa implantó un vivero en el municipio de Baranóa el cual fue visitado el 15 de julio de 2016 según acta que se aporta. Resaltó que el terreno donde se desarrolló el proyecto no hace parte de una reserva natural denominada “corral de San Luis Juaruco”, ya que el acuerdo del año 1995 señalado por los accionantes de categorización del suelo y áreas de protección en el municipio de Tubará, se encuentra derogado por el acuerdo 018 de noviembre 27 de 2001, actual esquema de ordenamiento del municipio de Tubará; “como se observa en la copia del plano nro.22 del EOT que establece dentro del municipio las áreas de reserva y se observa que el corregimiento de Juaruco donde se desarrolla el proyecto inmobiliario no hace parte de las mismas”.

Finalmente aseguró que no es cierto que la empresa ha secado el cauce del río, pues en esa área no han realizado ningún tipo de actividad por hacer parte de la ronda hídrica y de igual forma “ha tomado todas las acciones preventivas a fin de evitar la contaminación del mismo, en fotografías adjuntas a la contestación, se puede observar como a través de un pozo y una motobomba esta agua es impulsada para abastecimiento del corregimiento. Es decir, el ojo de agua existe y la afirmación que imputa a la empresa de acabar con el mismo es descabellada”. Igualmente aseveró que consta mediante actas de seguimiento

ambiental adelantadas en asocio con la CAR y la comunidad de Juaruco que la empresa ha estado atenta a las inquietudes de la comunidad.

En cuanto a la acusación de coacción ejercida por la empresa para que la comunidad accionante venda sus predios, el apoderado alega que es “totalmente falso”, pues “cada una de las compraventas efectuadas en favor de la empresa han sido voluntarias y sin ningún apremio”. Dijo que tampoco es cierto que estén profanando los lugares sagrados porque a más que los accionantes no prueban tal afirmación, el desarrollo urbanístico se ha dado sobre zonas que no son objeto de reserva.

3. Decisión judicial objeto de revisión

3.1. Mediante sentencia del 9 de febrero de 2018, el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Barranquilla decidió[28]: “(i) denegar por subsidiariedad la protección del derecho a la propiedad privada de los grupos indígenas de la comunidad Mokána; (ii) tutelar los derechos fundamentales de petición y debido proceso de la comunidad vulnerados por la ANT; y (ii) ordenar al INCODER, hoy Agencia Nacional de Tierras, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas dé respuesta de fondo a la petición elevada por uno de los accionantes el 14 de agosto de 2015 y, que en caso de haber extraviado nuevamente las copias que se adjuntaron a la mentada solicitud, adelantar las investigaciones disciplinarias del caso”.

El juez de instancia estimó en sus consideraciones que las pretensiones de la acción no se dirigen al impulso del trámite de declaratoria del resguardo, sino a dejar sin efectos providencias judiciales mediante las cuales se han otorgado títulos de propiedad de las tierras pertenecientes a su comunidad, para lo cual señala, existen otras vías idóneas y eficaces, como lo son los procesos de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, acciones de revisión o los recursos que, en su momento, hubieran podido ser interpuestos por los accionantes contra las referidas decisiones.

Así también, evaluó la petición de ordenar la suspensión de las obras que estén siendo adelantadas dentro del territorio que dicen los accionantes pertenece al resguardo, la cual no encuentra fundamento por la falta de claridad en los límites del mismo. Consideró que a pesar de los argumentos desplegados en la acción de tutela, no es posible establecer que efectivamente posean una porción determinable o declarada que les permita desarrollar

una defensa a ultranza o una posesión incuestionable, que propicie la protección del Estado frente a cualquier agresión a su territorio.

Infirió que lo que impide que la Comunidad Mokaá pueda ser protegida por parte del Estado, es la ausencia de declaratoria como resguardo indígena y de la delimitación del territorio que presuntamente les pertenece, lo cual solo se consigue previo una serie de diligencias y trabajos de campo dentro y fuera de la comunidad que permitan finalmente concluir que efectivamente son una tribu con todas las características propias de su etnia y que posee tradición, cultura, identidad y territorio, gestión que los accionantes no han logrado porque “se han visto saboteados por quienes han recepcionado sus peticiones”.

Determinó el juzgador que la acción de amparo invocada se torna improcedente siempre que “sus pretensiones se circunscriban a dejar sin efecto unas sentencias y a suspender obras, cuando lo que realmente deben perseguir es que se les declare resguardo para, a partir de esa declaración conseguir la legitimación en la causa por activa, requerida para interponer las acciones judiciales encaminadas a la protección de su territorio”.

Concluyó que está legitimado para salvaguardar cualquier derecho fundamental que se encuentre vulnerado, así su protección no haya sido solicitada en forma explícita, en razón de ello y en ejercicio de su facultad ultrapetita, el juez decidió proteger el derecho de petición, por considerarlo vulnerado por parte del INCODER, hoy la ANT, “al no haberle dado respuesta a la solicitud que elevaron los accionantes en el 2015, la cual buscaba por tercera vez se adelantara el trámite para declarar su resguardo indígena”.

3.2. El 20 de febrero de 2018, Natalia Andrea Hincapié Cardona en calidad de Jefe de la Oficina Jurídica de la Agencia Nacional de Tierras, contestó la acción de tutela. Puso de presente que la Dirección de Asuntos Étnicos de la ANT, dio respuesta a la petición con radicado 20179600350722 de fecha de 22 de junio de 2017, mediante oficio nro. 20185000049931 del 7 de febrero de 2018, razón por la que dice, debe declararse la carencia actual de objeto por hecho superado, pues se ha satisfecho lo pedido en sede de tutela.

3.3. El 1° de marzo de 2018, Natalia Andrea Hincapié Cardona en calidad de Jefe de la Oficina Jurídica de la Agencia Nacional de Tierras, presentó informe de cumplimiento de la orden dada en la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de

Barranquilla.

En dicho documento, afirmó que dio respuesta a la petición presentada por la señora Diana Isabel Wadnipar García, mediante oficio nro. 20185000049931 del 7 de febrero de 2018, enviado por medio del área encargada Dirección de Asuntos Étnicos. Señaló que en la solicitud se pedía “copias del expediente administrativo de la comunidad indígena Mokána, objeto de la acción de tutela, a efectos de lo cual la mencionada dirección en respuesta relacionada remitió copia de dicho expediente”.

4. Pruebas que obran en el expediente

4.1. Información allegada por Julio Manuel Viloria Ujueta y Digno Santiago Gerónimo dentro de la tutela presentada:

- Copia de la Unidad de Descripción del Portal de Archivos Españoles del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte[29].
- Copia de Escrito a mano en el que se indica el reconocimiento de la Comunidad Indígena del Municipio de Tubará y su historia[30].
- Copia de la Escritura Pública Número 40 de 1904 de la Notaría 2 Principal del Circuito de Barranquilla, mediante la cual se confiere poder general y se nombre al Gobernador de la Comunidad Indígena de Tubará[32].
- Copia de documento en el que indican los linderos del Resguardo Indígena[33].
- Copia de derecho de petición presentado ante el Gobernador Indígena Mokaná por la Jefe del Programa de Indígenas del INCORA[34].
- Copia de documento en el que se especifica la entrega de documentos del Resguardo de Indígenas de Mokaná al INCODER[35].
- Copia de solicitud de autenticación de sentencia presentada a la Corte Suprema de Justicia.[36]
- Copia de la respuesta de la Corte Suprema de Justicia del 3 de noviembre de

2016[37].

- Copia de Gaceta Judicial, Tomo XXVIII de la Corte Suprema de Justicia[38].
- Copia de derecho de petición presentado ante la Agencia Nacional de Tierras del 2 de junio de 2017[39].
- Copia de respuesta a solicitud de la Alcaldía Municipal de Tubará del 3 de febrero de 2017[40].
- Copia de respuesta a solicitud de traslado colectivo comunidad indígena Mokaná de Tubará por la Secretaría de Salud Municipal del 11 de septiembre de 2017[41].
- Copia de respuesta de consulta a la Secretaría de Salud Departamental del 4 de octubre de 2017[42].
- Copia de petición presentada ante el Gobernador del Departamento del Atlántico del 20 de junio de 2017[43].
- Copia de respuesta a la solicitud de la Secretaría de Infraestructura del Departamento del Atlántico del 24 de octubre de 2017[44].
- Copia de certificado de inscripción en el registro de comunidades indígenas, expedido por la Coordinadora del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior[45].
- Copia de Formulario del Registro Único Tributario de la Comunidad Indígena[46].
- Copia de certificado de registro de las comunidades de Mokaná, expedido por la Coordinadora del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior[47].
- Copia de respuesta del Presidente del Concejo Municipal de Tubará del 23 de marzo de 2017[48].
- Copia del Acuerdo Municipal No. 023 de diciembre 10 de 2016, "Por medio del

cual se declara de utilidad pública e interés social unos bienes y se faculta al señor alcalde para realizar los procedimientos administrativos necesarios para su adquisición y se dictan otras disposiciones”[49].

- Copia de solicitud de Consulta Previa con la comunidad indígena presentada al Consorcio Vía al Mar del 16 de septiembre de 2014[50].

- Copia de respuesta a solicitud de Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. del 21 de febrero de 2017[51].

- Copia del Contrato de Concesión No. APP 004 del 10 de septiembre de 2014[52].

- Copia de respuesta a solicitud de suspensión de inscripciones de registro en el Folio de Matrícula 0462887 de la Superintendencia de Notariado y Registro del 18 de noviembre de 2013[53].

- Copia del auto de apertura del expediente no. 040-AA-2013-49, por medio del cual se inicia una Actuación Administrativa para establecer la real situación jurídica del folio de matrícula inmobiliaria 040-62887[54].

- Copia del Auto de Modificación No. 1 del Expediente 040-AA-2013-49 del 21 de marzo de 2014[55].

- Copia del Auto de Modificación No. 1 del Expediente 040-AA-2013-49 del 30 de septiembre de 2014[56].

- Copia del Acuerdo No. 13 del 28 de marzo de 1995, “Por medio del cual se declara una zona de reserva natural y patrimonio cultural y se dictan disposiciones para la preservación ecológica, turística e histórica del municipio”[57].

- Copia de derecho de petición presentado ante Proyecto Urbanización “Complejo Campestre KWAEIRRUCO Unidad Residencial y Club El Poblado” (Parcialidad Indígena de Juarúco) del 16 de diciembre de 2015[58].

- Copia de la Resolución No. 108 de diciembre 13 de 2013, “Por el cual se

concede permiso de urbanismo y de construcción de zonas comunes de un predio denominado lote (A), donde se plantea el proyecto “Complejo Campestre Guaruco Condominio y Club” ubicado en el corregimiento de Juarúco, Jurisdicción del Municipio de Tubará”[59].

- Copia de la Resolución No. 283 del 11 de diciembre de 2013, “Por medio del cual se exonera el pago de unos impuestos”[60].

- Copia de la Resolución No. 030 del 22 de abril de 2015, “Por el cual se concede licencia de urbanismo, construcción de áreas sociales, comunes y deportivas y enajenación al proyecto urbanístico privado denominado “Reserva Campestre Velamar”, en el Municipio de Tubará (Atlántico)”[61].

- Copia del Acuerdo No. 04 del 13 de noviembre de 2014, “Por medio del cual se otorgan unos beneficios tributarios”[62].

- Copia de la Resolución No. 110 del 15 de diciembre de 2015, “Por el cual se modifica la resolución 030 del 22 de abril de 2015 referente a la licencia de urbanismo, construcción de áreas sociales, comunes y deportivas y enajenación al proyecto urbanístico privado denominado “Reserva Campestre Velmar”, en el Municipio de Tubará (Atlántico)”[63].

- Copia de la Resolución No. 10637 del 24 de septiembre de 2014, “Por la cual se resuelve un recurso de Apelación”[64].

- Copia de las cédulas de ciudadanía de los señores Julio Manuel Vilorio Ujueta y Digno Santiago Gerónimo[65].

4.2. Información allegada por la apoderada judicial de la Gobernación del Atlántico en la contestación a la tutela[66]:

- Copia del poder conferido para actuar.

- Copia del Acta de Posesión.

4.3. Información allegada por el representante legal del Consorcio Vía al Mar en la

contestación a la tutela[67]:

- Copia simple del Contrato de Concesión No. 503 de 1994.
- Copia auténtica del Acta Consorcial de designación de Representante Legal del Consorcio Vía al Mar.

4.4. Información allegada por la Secretaria de Salud Municipal de Tubará en su contestación a la tutela: 46 folios del Acta de Verificación del proceso de traslado de la Comunidad Indígena a una nueva E.P.S.

4.5. Información allegada por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Agencia Nacional de Tierras en la contestación a la tutela[68]:

- Copia del Oficio No. 20185000049931 del 7 de febrero de 2018.
- Copia de Guía de Envío
- Copia de la Resolución No. 36 del 1 de julio de 2016.
- Copia de la Resolución No. 292 del 13 de marzo de 2017

4.6. Copia de poder otorgado por el señor Julio Vilorio Ujueta al abogado Diógenes Manuel Arrieta Zabala, para que lo represente dentro del proceso de la referencia.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia.

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de referencia.

2. Problema jurídico planteado.

De acuerdo con los antecedentes expuestos, la Sala advierte que enfocará su análisis (i) en la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso administrativo, ello en la medida que la queja constitucional radica en las posibles dilaciones en el trámite de

clarificación de la propiedad del resguardo que representan los demandantes y (ii) la aparente vulneración del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural, al territorio y a la consulta previa[69].

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar si, en el presente caso, las autoridades accionadas vulneraron el derecho al debido proceso administrativo de la comunidad indígena Mokána del Resguardado Colonial de Tubará, Puerto Colombia, Bajo Ostión, Juarúco, Morro Hermoso, Puerto Caimán, Corral de San Luis, Cuatro Bocas y Guaimaral, por las posibles dilaciones en el trámite de clarificación de la propiedad solicitado por dicho resguardo. Así como por haberse establecido en los terrenos del resguardo de indígenas y realizar obras sin haber adelantado una consulta previa con las autoridades tradicionales.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala considerará y reiterará los siguientes temas: (i) el derecho fundamental a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas; (ii) el tratamiento jurisprudencial del derecho de los pueblos indígenas a constituir resguardos y el debido proceso administrativo; (iii) los procesos de clarificación de la propiedad en Colombia; (iv) se abordará brevemente el precedente constitucional del derecho a la consulta previa; y (v) procederá a resolver el caso concreto.

3. El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 286 de la Constitución Política señaló como entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. Este reconocimiento les permite gozar de cierta autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley; y les otorga el derecho a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y participar en las rentas nacionales (art. 287 C.P.).

En el caso concreto de los resguardos o territorios indígenas, la Constitución dispone que son de propiedad colectiva y de naturaleza inalienable, imprescriptible e inembargable[70].

El artículo 329 establece que la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de

las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

En la sentencia C-921 de 2007[71], la Corte Constitucional realizó un análisis del origen, contenido e importancia de la figura del resguardo y afirmó lo siguiente:

“Cabe recordar, que los resguardos indígenas se remontan a la época de la colonización española, fueron creados por Cédula Real y deben su nombre al propósito de “resguardar” a las comunidades indígenas del desalojo, el despojo y el exterminio al que estaban siendo sometidas por parte de los denominados conquistadores.

Tal como puede observarse, el concepto de resguardo ha tenido a través de la historia, y aún mantiene actualmente, una relación directa con el territorio perteneciente a los pueblos indígenas, sin que pueda, sin embargo, identificarse resguardo con territorio, ya que el territorio es sólo uno de los componentes del actual concepto de resguardo pues hace referencia al lugar donde los grupos étnicos ejercen el derecho fundamental de propiedad colectiva.

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 misma Carta supeditó su existencia a la expedición de la respectiva ley orgánica de ordenamiento territorial”[72] (Resaltado fuera de texto).

El derecho ejercido sobre los territorios indígenas reviste vital importancia para la cultura y valores espirituales de los pueblos aborígenes. El ámbito tradicional de sus actividades económicas, sociales y culturales se despliega en él, constituyéndose en un elemento integrante de su cosmovisión.

Diversos instrumentos de derecho nacional e internacional reconocen y regulan los derechos territoriales de los pueblos indígenas[73] y constitucionalmente se ha reforzado el carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios. Esta Corte ha advertido que ello se deriva de “la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas; la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su

modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión)”[74].

En la legislación colombiana el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas se ha protegido desde la Ley 135 de 1961. El artículo 29 de esta normatividad condicionó la adjudicación de baldíos en zonas ocupadas por indígenas al previo concepto favorable de la oficina de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno. (...). El artículo 94 pretendió resolver el problema de la superación del minifundio en las parcialidades indígenas y facultó al Incora para estudiar la situación socio-económica de las parcialidades con miras a adelantar las reestructuraciones internas, el reagrupamiento de la población de resguardos y eventualmente la ampliación de los mismos mediante la adquisición de tierras aledañas.

La Ley 135 de 1965[75] también estableció la posibilidad de crear reservas con destinación específica. El artículo 40 de la norma indicó que el Incora podrá, con la aprobación del Gobierno, constituir reservas sobre tierras baldías para destinarlas a colonizaciones especiales. De conformidad con esta disposición “las explotaciones que se adelanten sobre tierras reservadas con posterioridad a la fecha en que adquieren esta calidad, no darán derecho al interesado para obtener la adjudicación de la superficie correspondiente sino cuando se hayan realizado de conformidad con los reglamentos de colonización que dicte el Instituto”.

Posteriormente, el legislador expidió la Ley 160 de 1994 “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones”. Entre otros, reconoció la protección reforzada de la propiedad indígena al establecer como funciones del antiguo INCORA (luego INCODER, hoy ANT) “estudiar las necesidades de tierras de las comunidades indígenas y constituir, ampliar, sanear y reestructurar los resguardos en beneficio de las respectivas parcialidades” (art. 12 numeral 18).

Estableció que los bienes que adquiera dicha entidad, tendrán como una de sus finalidades “la constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos indígenas” (art. 38 b). Señaló que “no podrán hacerse adjudicaciones de baldíos donde estén establecidas comunidades indígenas o que constituyan su hábitat, sino únicamente y con destino a la

constitución de resguardos indígenas” (artículo 69). Indicó que “constituirá o ampliará resguardos de tierras y procederá al saneamiento de aquellos que estuvieren ocupados por personas que no pertenezcan a la respectiva parcialidad” (artículo 85). Y determinó que “los terrenos baldíos determinados por el INCORA con el carácter de reservas indígenas, constituyen tierras comunales de grupos étnicos para los fines previstos en el artículo 63 de la Constitución Política y la Ley 21 de 1991” (art. 85 parágrafo 5).

Al reglamentarse el capítulo de titulación de tierras de los pueblos indígenas de la Ley 160 de 1994[76], a través del Decreto 2164 de 1995[77], se establecieron las siguientes definiciones:

“ARTICULO 2o. DEFINICIONES. Para los fines exclusivos del presente Decreto, establécense las siguientes definiciones: Territorios Indígenas. Son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígenas y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales. Comunidad o parcialidad indígena. Es el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes. Reserva indígena. Es un globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas que fue delimitado y legalmente asignado por el Incora a aquellas para que ejerzan en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros. Las reservas indígenas constituyen tierras comunales de grupos étnicos, para los fines previstos en el artículo 63 de la Constitución Política y la Ley 21 de 1991”.

Según se observa, las reservas indígenas se caracterizan por: (a) la asignación de un terreno baldío por parte de una entidad estatal, (b) para que sea usado por ellas, excluyendo a terceros y (c) se encuentran protegidas, por lo tanto, son inalienables, imprescriptibles e inembargables[78].

Dispone el artículo 3 del Decreto 2164 de 1995 que “Los territorios tradicionalmente utilizados por pueblos indígenas nómadas, seminómadas o agricultores itinerantes para la

caza, recolección u horticultura, que se hallaren situados en zonas de reserva forestal a la vigencia de la Ley 160 de 1994, sólo podrán destinarse a la constitución de resguardos indígenas. Las reservas indígenas, las demás tierras comunales indígenas y las tierras donde estuvieren establecidas las comunidades indígenas o que constituyan su hábitat, sólo podrán adjudicarse a dichas comunidades y en calidad de resguardos”.

Ahora bien, como se ha expuesto, las tierras de las comunidades indígenas reconocidas como propiedad colectiva son un elemento vital para ejercer su proyecto de vida acorde con su cultura, costumbres y creencias. Comprende el territorio y es el espacio donde desarrollan sus actividades y desarrollan su verdadera autonomía e identidad cultural. De allí la importancia de la figura del resguardo, el cual no debe entenderse como una simple porción de tierra, sino como una propiedad colectiva de tratamiento y protección especial.

Respecto del procedimiento de constitución de resguardo, el artículo 1º, numeral 1 del Decreto 2164 de 1995 determina que la autoridad competente lo adelantará en favor de “las comunidades indígenas que poseen sus tierras sin título de propiedad, o las que no se hallen en posesión, total o parcial, de sus tierras ancestrales, o que por circunstancias ajenas a su voluntad están dispersas o han migrado de su territorio. En este último evento, la constitución del resguardo correspondiente podrá hacerse en la zona de origen a solicitud de la comunidad”.

En lo que concierne a la naturaleza jurídica de los resguardos indígenas, el artículo 21 de la norma en comento establece que “son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen” (arts. 64 y 229 C.P.), los cuales serán reconocidos como una institución legal y sociopolítica de carácter especial, la cual puede estar conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio”.

Define igualmente, las etapas del procedimiento de constitución de resguardo indígena, así como el trámite de reestructuración, ampliación y saneamiento, a saber: (i) solicitud; (ii) conformación del expediente; (iii) inclusión del trámite en la programación de la entidad

competente; (iv) visita a la comunidad indígena interesada y al área pretendida; (v) rendición de estudio socioeconómico, jurídico y de tenencia de tierras, para lo cual la entidad competente tendrá un término de treinta (30) días hábiles siguientes a la culminación de la visita; (vi) concepto del Ministerio del Interior, rendido dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al recibo del estudio; (vii) expedición de la resolución de constitución dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo del concepto del Ministerio referenciado; y (viii) publicación, notificación y registro de la resolución de constitución de resguardo[79]. Contra la decisión final de constitución de resguardo procede, únicamente, el recurso de revisión ante la Junta Directiva de la autoridad competente (art. 20).

Finalmente, es importante referir que en el proceso de constitución de resguardo el Decreto 1397 de 1996[81] creó la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, conformada entre otras, por el INCODER[82] (ahora ANT), el Ministerio de Agricultura y el Ministerio del Interior, a las cuales asignó la función de “(...) Acceder a la información y actualizarla, sobre necesidades de las comunidades indígenas para la constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos y reservas indígenas y la conversión de éstas en resguardo; solicitudes presentadas, expedientes abiertos y estado de los procedimientos adelantados”; así como la de “Concertar la programación para períodos anuales de las acciones de constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos y saneamiento y conversión de reservas indígenas que se requieran de acuerdo con la información a que se refiere el numeral anterior, para su ejecución a partir de la vigencia presupuestal de 1997”.

El Decreto 2363 de 2015 “Por el cual se crea la Agencia Nacional de Tierras, ANT, y se fija su objeto y estructura”, prevé en su artículo 26[83] que corresponde a dicha entidad a través de la Dirección de Asuntos Étnicos, concertar con las comunidades indígenas el plan de atención a las comunidades étnicas, entre otros, lo referente a los programas de titulación colectiva, constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de resguardos.

El artículo 2.14.20.2.1. del mencionado decreto dispuso la creación de un sistema de coordinación interinstitucional para la unificación de la información predial de los territorios indígenas, integrado por: 1. Ministerio del Interior; 2. Ministerio Agricultura y

Desarrollo Rural; 3. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; 4. Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC); 5. Superintendencia de Notariado y Registro; 6. Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder (ahora la ANT); 7. Comisión Nacional de Territorios Indígenas.

Para tales efectos, tendrán en cuenta los aspectos relacionados con el territorio, población, georreferenciación, registros catastrales, resguardos constituidos, solicitudes de constitución, ampliación y saneamiento, resguardos de origen colonial o republicano, posesión ancestral y/o tradicional de los pueblos y comunidades indígenas. Como resultado de los trabajos adelantados por este sistema de coordinación se creará un sistema de información con todas las variables mencionadas, y aquellas que el sistema de coordinación identifique, el cual será administrado por el Ministerio del Interior. Los contenidos servirán para ser consultados en todas las actuaciones administrativas de las instituciones públicas en relación con los territorios indígenas.

En el artículo 2.14.20.3.1. se explica el procedimiento para adelantar la medida de protección de la posesión de territorios ancestrales y/o tradicionales, el cual comprende las siguientes etapas:

ARTÍCULO 2.14.20.3.1. PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN DE TERRITORIOS ANCESTRALES Y/O TRADICIONALES. El procedimiento para adelantar la medida de protección de la posesión de territorios ancestrales y/o tradicionales será el siguiente:

1. Solicitud: El trámite se iniciará de oficio por el Incoder, o a solicitud del Ministerio del Interior, de otra entidad pública, de la comunidad indígena interesada, a través de su cabildo o autoridad tradicional, o de una organización indígena.

La solicitud de protección de la posesión de territorios ancestrales y/o tradicionales deberá acompañarse de una información básica relacionada con la ubicación, vías de acceso, un croquis del área a proteger, el número de familias que integra la comunidad y la dirección donde recibirán comunicaciones y notificaciones.

Esta solicitud podrá presentarse junto con la solicitud de constitución de resguardos de que trata el artículo 2.14.7.3.1 y siguientes del presente decreto.

2. Validación de la información y apertura de expediente: Recibida la solicitud por el Incoder y revisados los documentos aportados, dentro de un término no mayor a 20 días se procederá a abrir un expediente, al cual se le asignará una numeración. Dicho expediente contendrá las diligencias administrativas adelantadas en el presente procedimiento. El Incoder revisará si adicionalmente existe una solicitud de procedimientos de constitución, ampliación, saneamiento de resguardos o clarificación y/o reestructuración de la vigencia legal de los títulos de origen colonial o republicano y podrá usar esta información para el procedimiento de protección del objeto del presente título.

3. Una vez se realice la solicitud y abierto el expediente de protección de los territorios ancestrales y/o tradicionales de los pueblos indígenas, el Incoder expedirá inmediatamente una Certificación de Apertura de Expediente e Inicio de Proceso de Protección, la cual será notificada a la comunidad y a quien esta lo solicite.

4. En caso de que existan estudios socioeconómicos y levantamientos topográficos adelantados dentro de los procedimientos de constitución, ampliación, saneamiento, o reestructuración de resguardos de origen colonial o republicano que hayan avanzado, el Incoder podrá emitir inmediatamente la medida de protección basado en la información y estudios que reposen en dichos expedientes.

5. El Incoder emitirá un auto donde se determinen los responsables, funcionarios, y fechas para realizar la visita técnica tendiente a recopilar la información para la elaboración del estudio socioeconómico y levantamiento topográfico. El auto que ordena la visita se comunicará al Procurador Agrario, a las comunidades ocupantes interesadas y a quien hubiese formulado la solicitud. También se notificará personalmente a los titulares de derechos inscritos en los folios de matrícula inmobiliaria y se fijará un edicto que contenga los datos esenciales de la petición en la secretaría de las alcaldías donde se halle ubicado el territorio ancestral y/o tradicional, por el término de diez (10) días, a solicitud del Incoder, el cual se agregará al expediente.

6. Visita técnica: En la visita técnica se levantará un acta suscrita por las autoridades indígenas y funcionarios y las personas que han intervenido en ella, la cual deberá contener los siguientes datos: a) Ubicación del territorio, b) Linderos generales, c) Área aproximada, d) Número de habitantes que hacen parte de la comunidad, e) Número de colonos o

terceros establecidos, indicando el área aproximada que ocupan y la explotación que adelantan. La visita deberá realizarse en un plazo no mayor a 12 meses después de emitido el auto. En los casos en que exista riesgo de despojo territorial, la visita se hará con carácter urgente y prioritario.

7. Entrega de estudio socioeconómico y levantamiento topográfico. Dentro de los 30 días hábiles siguientes a la culminación de la visita técnica, el Incoder elaborará el estudio socioeconómico y levantamiento topográfico con su plano correspondiente. Se compulsará copia del mismo a la comunidad respectiva y se realizará socialización cuando esta lo requiera.

8. Expedición de la resolución de protección provisional de la posesión del territorio ancestral y/o tradicional: con base en el estudio socioeconómico y levantamiento topográfico, el Incoder expedirá, en un plazo no mayor a 15 días siguientes a la elaboración del mismo, una resolución motivada decidiendo sobre el reconocimiento y protección provisional de la posesión del territorio ancestral y/o tradicional. En caso que resulte procedente tal reconocimiento y protección, en la misma resolución se solicitará a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos la inscripción de la medida provisional en los folios correspondientes. En los casos en que no existan folios de matrícula inmobiliaria se solicitará la apertura inmediata de uno nuevo a nombre del Incoder, con la anotación provisional respectiva de su carácter de territorio ancestral y/o tradicional indígena, en favor de la respectiva comunidad, así como la inscripción de la mencionada resolución.

PARÁGRAFO 1o. En expedientes de procesos de clarificación de vigencia de los títulos de origen colonial o republicano que hayan avanzado y en cuyos folios repose un estudio socioeconómico este podrá ser tomado como insumo para la medida de protección de territorio ancestral y/o tradicional.

PARÁGRAFO 2o. En virtud de las medidas provisionales de protección señaladas, los notarios y registradores de instrumentos públicos, así como los funcionarios del Incoder, adoptarán las medidas propias de su competencia para evitar cualquier acción de adjudicación de los predios cobijados por la medida de protección, a personas o comunidades distintas a las cobijadas por la misma. La omisión del cumplimiento de sus funciones acarreará las sanciones a que haya lugar de acuerdo con la normatividad vigente.

PARÁGRAFO 3o. A partir de la presentación de la solicitud de ampliación, constitución o saneamiento de resguardos o de reestructuración de títulos de origen colonial y/o republicanos, o de la solicitud de protección de posesión de los territorios ancestrales y/o tradicionales, el Incoder a petición de parte, podrá solicitar al inspector de policía de la jurisdicción correspondiente, la suspensión de los procesos policivos que se adelanten en tierras pretendidas en estos procedimientos, hasta tanto se culmine el proceso de titulación.

Igualmente, el Decreto 1071 de 2015[84] Libro 2 Parte 14 Título 20, establece los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas, acorde con lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT.

Del marco normativo descrito es posible colegir que el ordenamiento jurídico ha dispuesto los instrumentos procedimentales y sustantivos para facilitar la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. De ahí que la constitución del resguardo se haya convertido en el medio para garantizarles el acceso a una tierra formalmente titulada, en la que pueden desarrollar adecuadamente, con total seguridad jurídica, sus tradiciones y costumbres, así como mejorar la calidad de vida de sus integrantes.

En el ámbito internacional, este reconocimiento ha sido protegido por normas como los Convenios 107[85] y 169[86] de la OIT.

En el acápite de tierras, los artículos 11, 12, 13 y 14 del Convenio 107 prescribe: (i) el deber de reconocer el derecho de propiedad colectiva a favor de los pueblos indígenas sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellos; (ii) la prohibición de trasladar estas comunidades de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, y en caso de resultar necesario por razones de seguridad nacional, entre otras, restituirlos en tierras de iguales o mejores condiciones; (iii) el respeto por los usos y costumbres dados por las comunidades indígenas a sus territorios con el deber estatal de emitir medidas legislativas que las protejan de intervenciones arbitrarias de terceros; y (iv) el deber de que los programas agrarios nacionales garanticen a las comunidades indígenas la asignación de territorios adecuados para su subsistencia.

Por su parte, el Convenio 169 se ocupó de examinar y reevaluar la concepción de protección de los pueblos indígenas prevista en el Convenio 107. El artículo 13 numeral primero de aquella normativa, establece que los Estados tienen el deber de “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”; en el numeral segundo, aclara que “La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

Este tratado salvaguardó “el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”, impuso a los gobiernos el deber de tomar las medidas necesarias para “determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”(Art. 14), señaló que “la ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos”.[87] Y estableció que los Estados se encuentran en la obligación de prevenir éstas infracciones.[88]

En suma, el Convenio propende por la protección de los territorios indígenas, en cuanto enmarca (i) la obligación del Estado de proteger el territorio colectivo contra actos de terceros, (ii) el deber de consultar las medidas que afecten su territorio; y (iii) que su propiedad debe comprender bajo ciertas circunstancias un territorio mucho más amplio del que habitan.

El derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas ha sido desarrollado en otros instrumentos de derecho internacional, que por su naturaleza han servido a esta Corte como criterio auxiliar de interpretación judicial, a saber:

(i) Los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con el alcance del derecho a la propiedad privada contenido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(ii) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,

aprobada por la Asamblea General mediante Resolución 61/295 del 7 de septiembre de 2007, en particular sus artículos 3, 4, 5, 26 y 27. Esta Corporación ha reconocido el valor que tiene esta Declaración como fuente de derecho aunque no tenga la misma fuerza normativa que un tratado internacional.[89] Al respecto, en la sentencia T-376 de 2012[90] se estableció que este instrumento era aplicable con fundamento en las siguientes consideraciones:

“(i) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas precisa el contenido de un cuerpo normativo ya existente en el Convenio 169 de la OIT, otras normas de derechos internacionales, y el orden constitucional colombiano, a la vez que perfecciona y fortalece los estándares de protección de sus derechos.

En consecuencia, en principio, no presentan contradicciones normativas entre la Declaración y el orden interno, aunque en algunos aspectos la primera puede ir más allá del nivel de protección alcanzado por el Estado colombiano y previsto por el Convenio 169 de la OIT. En ese sentido, en tanto la Declaración precisa el alcance de las obligaciones de respeto, protección y garantía que el Estado debe asumir para asegurar la eficacia de un conjunto de derechos considerados fundamentales en la jurisprudencia constitucional, su aplicación contribuye a la eficacia de los derechos constitucionales y la fuerza normativa de la Constitución Política.

(ii) La Declaración contiene, así mismo, la opinión autorizada de la comunidad internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas, y fue construida en un proceso de diálogo con los pueblos interesados. El Estado colombiano es parte de tratados y convenios internacionales asociados a la protección de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes (especialmente el Convenio 169 de la OIT), y la Constitución Política de 1991 reconoce y valora el pluralismo y multiculturalismo. Por lo tanto, el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en esos tratados y la eficacia de las normas constitucionales concordantes, requiere el seguimiento de sus disposiciones.

(iii) El principio de no discriminación (segundo pilar de la Declaración, junto con la autodeterminación de los pueblos), es considerado una norma imperativa del derecho internacional de los derechos humanos. La Declaración explica plenamente el alcance de este principio en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Por ello, su eficacia

plena requiere la aplicación de las normas internas de forma concordante con la Declaración.

La Declaración posee un alto grado de legitimidad ética y política, en tanto documento emanado de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y en virtud de la intervención de los pueblos interesados en su discusión”.

La aplicación de las normas asociadas al pluralismo y la diversidad constitucional está permeada de razones éticas y políticas de las que el juez constitucional no puede prescindir al fallar, si pretende alcanzar un equilibrio adecuado entre intereses de grupos humanos que pueden sostener diferencias sensibles entre sus formas de vida. Por lo tanto, desconocer la Declaración podría llevar a decisiones irrazonables o arbitrarias, en oposición al principio de interdicción de la arbitrariedad, propio del Estado Constitucional de Derecho.

(v) Finalmente, las normas jurídicas son concebidas, desde ciertas orientaciones teóricas, como razones para la acción. Las fuentes de derecho son, desde ese punto de vista, razones especiales, en tanto se encuentran dotadas de autoridad. La Discusión sobre el carácter vinculante de la Declaración en el orden interno puede concebirse entonces como una discusión sobre si se trata de razones con autoridad o razones desprovistas de autoridad. Por supuesto, las segundas pueden ser utilizadas por las autoridades judiciales cuando contribuyen a solucionar un problema de discusión e interpretación normativa, siempre que ello no esté prohibido explícitamente. Las primeras, en cambio, tienen que o deberían ser atendidas por los jueces”.

4. Tratamiento jurisprudencial del derecho de los pueblos indígenas a constituir resguardos y el debido proceso administrativo.

Desde sus inicios esta Corporación ha destacado que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales es un medio para garantizar su subsistencia, así como su identidad étnica y cultural.

En la sentencia T-188 de 1993[91], la Corte reconoció que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas tiene el carácter de fundamental. Para llegar a ésta conclusión se apoyó en la ratificación por el Congreso del Convenio 169; las discusiones en

la Asamblea Nacional Constituyente y estableció que sin el reconocimiento del derecho fundamental al territorio “quedarían inactuadas (sic) disposiciones constitucionales en materia de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”. Después de referirse a la Ley 135 de 1961 citada con anterioridad, estableció que “el desarrollo legislativo de la protección a la propiedad colectiva mediante la constitución de resguardos confiere precisas facultades al INCORA, entidad oficial que está obligada a colaborar efectivamente para la realización de los fines del Estado, en especial asegurando la convivencia pacífica (CP art. 2) y adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados (CP art. 13)”.

La Corte señaló que “El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas”. Con base en ello, y comprobada la omisión de las entidades en el trámite del proceso de constitución de resguardo, esta Corte tuteló los derechos de la comunidad indígena accionante, ordenando a la entidad accionada que realizará los respectivos estudios.

En la sentencia SU-510 de 1998[92], señaló: “con base en las declaraciones constitucionales (C.P., artículos 58, 63 y 229) e internacionales respectivas (Convenio N° 169 O.I.T. [Ley 21 de 1991], artículos 13 a 19), que la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ejercen sobre sus resguardos y territorios tiene el carácter de derecho fundamental, no sólo porque tales territorios constituyen su principal medio de subsistencia sino, también, porque forman parte de su cosmovisión y religiosidad. En tanto propietarias de sus territorios, las comunidades indígenas son titulares de todas las prerrogativas que el artículo 669 del Código Civil otorga a los titulares del derecho de propiedad, lo cual apareja el deber de los terceros de respetar el anotado derecho”.

La Sala Cuarta de Revisión en sentencia T-652 de 1998 al estudiar la acción de tutela interpuesta por la comunidad Embera Katío, en la que se pretendía que el INCORA constituyera a su favor un solo resguardo, debido a que decisiones administrativas previas habían generado la división de su comunidad, indicó que el derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre los territorios que tradicionalmente habitan, comprende el derecho a la constitución del resguardo en cabeza del pueblo indígena. Advirtió que las actuaciones administrativas orientadas a constituir los resguardos deben

partir del respeto por el derecho a la personalidad de cada uno de los pueblos indígenas y raizales y que para efectos jurídicos, estos pueblos deben ser identificados aplicando el artículo 1°, numerales 1 -literal b)-, y 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, o el artículo 2° del Decreto 2001 de 1988, según los cuales:

“Artículo 1°

1. El presente Convenio se aplica:

a) ...

b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. ...”

“Decreto 2001 de 1988, artículo 2°: Entiéndase por comunidad indígena al conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social internos que los distinguen de otras comunidades rurales”.

En este caso, resolvió tutelar los derechos fundamentales alegados, y en consecuencia, ordenar a la demandada iniciar la actuación tendiente a unificar el resguardo, por estimar que la división del territorio indígena obedeció a un acto procedimental de la accionada, que no tuvo en cuenta la integridad cultural de la comunidad.

En la sentencia C-180 de 2005, la Corte al analizar la demanda interpuesta por un ciudadano contra los literales a y b del artículo 21 de la Ley 160 de 1994 y el párrafo del

artículo 85 del mismo cuerpo normativo porque, a su juicio, consagran un trato diferente no justificado constitucionalmente -trato discriminatorio- entre los campesinos y los indígenas en materia de acceso a la propiedad de la tierra, declaro exequibles los apartes demandados.

Para esta Corporación las diferencias entre las comunidades indígenas y los campesinos tienen sustento en razones constitucionalmente legítimas como lo son la diferencia de los sujetos destinatarios, la diferente destinación de los predios adquiridos, y la diferencia de principios y valores constitucionales en juego.

En efecto, en su análisis determinó que “el grado de promoción o satisfacción de la finalidad perseguida con la medida de protección contemplada por el legislador es alto, pues la entrega a título gratuito de predios a las comunidades indígenas permite que se consolide la propiedad colectiva sobre los resguardos y con ello se arraigue la identidad cultural de las comunidades indígenas estrechamente vinculada a la propiedad de la tierra. Mientras que el grado de afectación del deber de promoción de los campesinos es débil pues estos son titulares de medidas que igualmente les permiten el acceso a la propiedad como lo son los subsidios y los créditos”.

En la sentencia T-129 de 2011[93] la Corte Constitucional resolvió una tutela presentada por el pueblo Embera Katío de Chidima y Pescadito, en la que la Corte resolvió proteger, entre otros aspectos, su derecho a la propiedad colectiva por la invasión que habían realizado colonos a las tierras constituidas como resguardos indígenas. Según los accionantes, estas invasiones se surtieron por el fraccionamiento del territorio en tres resguardos, por lo cual solicitaban su englobe en uno solo. Esta Corporación encontró que los entes encargados de la protección de la integridad de las comunidades étnicas habían omitido este deber y que la comunidad se encontraba en peligro, por lo cual ordenó al Incoder determinar si hay lugar o no al englobe de los resguardos.

En la sentencia T-433 de 2011[94] la comunidad Embera Dobida de Eyakera, con asentamiento histórico en el territorio ubicado en el municipio de Ungía (Chocó), presentó acción de tutela con el fin de que fueran amparados sus derechos a la integridad, identidad, autonomía cultural y a la propiedad colectiva, por lo que solicitó ordenar al INCODER reiniciar los trámites de constitución del resguardo de su comunidad y realizar un nuevo

estudio técnico y topográfico del área real del resguardo y una medición exacta de la tierra ancestral que les pertenece. La presentación de la acción se sustentó en la demora de las entidades accionadas en el trámite de la solicitud de constitución de resguardo.

En su análisis, la Corte advirtió que “en la base de nuestro Estado Social de Derecho se encuentra la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y que ésta no puede concebirse sin el reconocimiento integral del derecho territorial de los grupos étnicos a las tierras que tradicionalmente ocupan.” Invocó las garantías del debido proceso administrativo, para señalar que en el marco de procesos de constitución de resguardo dicho derecho “puede verse infringido ante dilaciones administrativas que perpetúen la incertidumbre de los derechos fundamentales de la comunidad indígena, por la indefinición de la titulación que les corresponde culminar”. En la resolución del caso, determinó que a pesar de las gestiones adelantadas por las entidades demandadas tendientes a la titulación de la tierra, se cernía una amenaza sobre los derechos fundamentales de la comunidad indígena por la ausencia de un territorio debidamente reconocido y amparado por un título colectivo, lo que de suyo también comprometió la garantía del debido proceso administrativo. En consecuencia, tuteló los derechos a la propiedad territorial en conexidad con el derecho constitucional fundamental a la vida, ordenando al INCODER reiniciar el proceso de reconocimiento del resguardo indígena.

En la sentencia T-522 de 2016[95] la Corte se ocupó de la revisión de la acción de tutela instaurada por el ciudadano Isidro Méndez Ramos en su calidad de Gobernador del Cabildo Indígena de los Yaguara, quien alegaba la vulneración del derecho al debido proceso dentro de un proceso ejecutivo en el cual se secuestraron, embargaron, remataron y adjudicaron parcelas que hacen parte del territorio de la comunidad.

Esta Corporación evidenció la falta de titularidad formal de la comunidad accionante respecto de las parcelas objeto de debate, esto es, que la comunidad figure como propietaria en los registros de matrícula inmobiliaria, encontró probado que el territorio que fue afectado siempre ha estado en posesión de la comunidad indígena por ser considerado parte de la misma. Consideró dicha situación fundamental debido a que la jurisprudencia en la materia ha señalado, con base en la noción de territorio contenida en el Convenio 169 de la OIT, que basta con que el territorio sea de posesión ancestral de la comunidad, así no cuente con título de propiedad en los términos que define el Código Civil, para que el

territorio sea considerado colectivo y de propiedad de la comunidad. Lo anterior, en tanto el concepto de propiedad colectiva indígena hace referencia al lugar en donde la comunidad realiza sus actividades económicas, sociales y culturales, lo que amerita su protección aun cuando no cuente con la calidad formal de título del Resguardo, debido a que el concepto de territorio para las comunidades indígenas es un concepto más cultural que espacial[96]. Por lo tanto, los compromisos que llevaron a cabo con respaldo en las parcelas carecen de toda eficacia jurídica porque se trata de predios que hacen parte de la propiedad colectiva de la comunidad Yaguara. En esa medida, dejó sin efectos todas las actuaciones surtidas en el proceso ejecutivo.

Siguiendo estos parámetros, en la sentencia T-737 de 2017[97] la Corte se centró en determinar si las entidades estatales accionadas vulneraron los derechos al debido proceso administrativo, a la vida, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad alimentaria, al territorio colectivo y a la etnoeducación de la comunidad Embera Katío, asentada en el municipio de Puerto Boyacá (Boyacá), por las posibles dilaciones en la tramitación del proceso de constitución del resguardo indígena.

En su estudio, encontró probada la calidad de comunidad indígena de los Embera Katío y concluyó que problemas de toda índole (jurídicos, sociales, culturales, administrativos, económicos) han impedido que la comunidad indígena supere su situación de vulnerabilidad, ante la falta de un predio que satisfaga, de manera adecuada y suficiente, las necesidades de la población, sin poder constituir un arraigo. De lo anterior se desprende una dilación injustificada que viola el derecho constitucional fundamental al debido proceso administrativo (artículo 29 C. N.) y una vulneración del derecho al territorio colectivo del pueblo Embera Katío. En el caso concreto, observó que la falta de diligencia en el trámite de constitución de resguardo impidió que este grupo étnico obtuviera una solución definitiva a su problema de desplazamiento, lo que lo obligó a ocupar diferentes predios de manera provisional, sin poder constituir un arraigo que le permitiera (i) continuar con su proyecto productivo; (ii) practicar sus costumbres y tradiciones y; en efecto, (iii) preservar su identidad étnica y cultural. Por ello, tuteló los derechos al debido proceso administrativo y al territorio colectivo de los pueblos indígenas, y ordenó a la ANT que, de manera pronta, en aplicación de los principios de celeridad, economía y eficacia, adopte las medidas indispensables y adelante las actuaciones que sean necesarias para finalizar el proceso de constitución del resguardo promovido a favor de la comunidad Embera Katío, asentada en el

municipio de Puerto Boyacá.

Acorde con los lineamientos jurisprudenciales expuestos, es dable concluir que corresponde a los órganos estatales garantizar el derecho al debido proceso administrativo en cada uno de los procedimientos diseñados por el legislador para materializar el derecho al territorio colectivo de las comunidades indígenas. Por esta razón, frente a la solicitud de constitución de resguardo, las entidades competentes tienen la obligación de adelantar el respectivo proceso en los términos y dentro de los plazos establecidos por la ley.

Valga resaltar en este punto que el ordenamiento jurídico y el desarrollo jurisprudencial han considerado que la noción de territorio no coincide con la de propiedad, los pueblos indígenas no ven la idea de tierra como propiedad, como se hace comúnmente, sino que se encuentra condicionada como un espacio común al que se le adscriben diferentes dimensiones como la económica, la religiosa, la cultural y la festiva. Por lo mismo, puede decirse entonces que el “territorio” y la tierra que lo conforma se encuentra íntimamente ligado a la supervivencia material y cultural de los pueblos indígenas. Por esta razón, la formalización de la propiedad colectiva a través de la constitución de la misma como “resguardo” da seguridad jurídica a la comunidad étnica y refuerza la protección de su identidad cultural[99].

5. Los procesos de clarificación de la propiedad en Colombia.

De conformidad con el artículo 48 de la Ley 160 de 1994, el procedimiento de clarificación de la propiedad tiene como objeto determinar si unas tierras han salido o no del dominio del Estado; el inicio del procedimiento puede llevarse a cabo de oficio por el INCODER (ahora ANT), o por solicitud de los procuradores agrarios, otras autoridades, las comunidades u organizaciones campesinas, o cualquier otra persona natural o jurídica, quienes pueden además intervenir dentro del procedimiento.

Este procedimiento comienza con una etapa previa en la que el Instituto debe conformar un expediente con la información necesaria para identificar la situación física, jurídica, cartográfica, catastral, de ocupación y de explotación del inmueble. Para ello debe (i) solicitar a las autoridades competentes información sobre el inmueble; (ii) estudiar los documentos que presenten los presuntos propietarios, los que alleguen los interesados en que se adelante el proceso y los que obtenga de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 160

de 1994; y (iii) practicar una visita previa, si lo considera necesario.

Una vez surtida esta etapa, el INCODER (ahora ANT) debe decidir qué tipo de procedimiento adelantará. Por ejemplo, si del análisis de títulos se infiere sin lugar a dudas que el terreno en disputa es baldío -por no existir títulos que acrediten propiedad privada-, debe adelantar el proceso de recuperación de baldíos[100], pero si existe duda sobre la propiedad del terreno, deberá adelantar el de clarificación.

Si en la etapa previa se encuentra que existe mérito para iniciar el procedimiento debe expedir la resolución inicial. Ésta debe ser inscrita en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para efectos de publicidad ante terceros[101]; notificada al procurador ambiental y agrario, a los presuntos propietarios y quienes consideren tener derechos reales, a los propietarios de predios colindantes, entre otros; ejecutoriada la resolución inicial, las partes pueden solicitar y aportar pruebas. En la etapa probatoria, se debe practicar además una inspección ocular con intervención de peritos[102].

El artículo 51 ibídem señala que en materia de procedimientos de clarificación, deslinde y recuperación de baldíos, el INCODER (ahora ANT) puede "... requerir de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, Catastrales, del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' y demás dependencias del Estado, toda la información que posean sobre la existencia de propietarios o poseedores de inmuebles rurales, así como las fotografías aéreas, planos y demás documentos relacionados con los mismos". (Resaltado propio)

Finalmente, el artículo 48 de la Ley 160 dispone que para demostrar la propiedad en los procesos de clarificación, solamente es posible acreditar "...el título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, o los títulos debidamente inscritos otorgados con anterioridad a la vigencia de esta Ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria", salvo que se trate de terrenos no adjudicables, que estén reservados o destinados para cualquier servicio o uso público, respecto de los cuales no es posible declarar el dominio privado. (Negrilla fuera de texto)

El acto que da fin al procedimiento de clarificación debe determinar (i) la suficiencia o insuficiencia de los títulos de propiedad aportados por el particular que reclama dominio sobre el inmueble materia de controversia, así como (ii) si el bien se halla reservado o está

destinado al uso público.

Una vez ejecutoriada la resolución final, el INCODER (ahora ANT) debe (i) remitir el acto administrativo a la Oficina de Registro para que se efectúe la respectiva inscripción; (ii) remitir copia del acto al Instituto Geográfico Agustín Codazzi para que lleve a cabo la actualización de la cédula catastral[103].

Contra la resolución con que inicia el procedimiento en comento, de conformidad con el artículo 64 de la Ley 160, proceden el recurso de reposición por la vía gubernativa y las acciones contencioso administrativas.

Contra la resolución que define el fondo, procede el recurso de reposición dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la misma. Finalmente, es posible interponer la acción de revisión dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la respectiva resolución.

Los procedimientos agrarios descritos en esta ley fueron originalmente reglamentados por los decretos 2663, 2664 y 2665 de 1994. Ese decreto fue reemplazado por el Decreto 1465 de 2013[104] (compilado en el Decreto Único Reglamentario 1071 de 2015).

6. Breve reseña del precedente constitucional del derecho a la consulta previa. Reiteración.

El derecho fundamental a la consulta previa ha sido abordado por la jurisprudencia de esta Corte de manera enfática, en reivindicación y defensa de los pueblos indígenas y tribales, poseedores de una cultura diferente a la mayoritaria y que se encuentran en situación de vulnerabilidad desde el punto de vista constitucional, entre otras razones por la existencia de patrones históricos de discriminación que les impiden el pleno ejercicio de sus derechos y su cultura.

Este derecho implica que dichas comunidades deban ser consultadas sobre cualquier decisión que las afecte directamente, de manera que puedan manifestar su opinión sobre la estructura y las razones de aquellas medidas que constituyan un impacto a sus formas de vida. La consulta refleja un equilibrio o ponderación entre el interés general, representado en los proyectos o medidas que potencialmente pueden incidir en los derechos de los

pueblos indígenas y tribales, y el goce efectivo de estos, particularmente, en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos y participación[105].

En la sentencia SU-217 de 2017[106] se hizo referencia entre otros, a algunos aspectos territoriales asociados a la consulta previa, como problema persistente en esa materia.

En su análisis, la Corte recapituló a la luz de consideraciones históricas, lo que puede considerarse el origen de los conflictos territoriales actuales para los pueblos indígenas. La manera en que estos fueron considerados desde el derecho mayoritario, y en distintas épocas históricas, tierras susceptibles de transarse en el comercio o ámbitos culturales susceptibles de protección estatal, bajo diversos mecanismos jurídicos, la interdependencia entre el territorio, la autonomía, la subsistencia y la cultura.

Explicó la especial relación de los indígenas con su territorio, y la pertenencia mutua de los pueblos a sus tierras y de estas a esos pueblos, la idea de la ancestralidad como “título” de propiedad, precisando que el término “título” se utiliza entre comillas porque no es del todo posible categorizar la propiedad del territorio colectivo con un vocablo propio del derecho civil de corte romano. Los atributos del territorio colectivo se derivan de ese continuum entre cultura, autonomía y territorio que ha sido puesto de presente por la jurisprudencia”.

Consideró que en el caso colombiano hay territorios que no han sido objeto de posesión ancestral por razones ajenas a los pueblos indígenas, como la violencia y el desplazamiento forzado, la ocupación de los territorios por agentes económicos o debido al carácter nómada o semi nómada de ciertas comunidades; eventos estos en que el operador jurídico no puede válidamente negar los derechos asociados al territorio, pues ello supondría una nueva violación a sus derechos fundamentales. Por ello, la tarea de delimitación, clarificación o reconocimiento que ejerce el Incoder (ahora ANT) es un buen indicador acerca de la existencia de un territorio indígena.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en armonía con la Corte IDH, ha precisado que “la posesión ancestral del territorio, antes que los títulos que conceden los estados, constituye el fundamento del derecho; que la tardanza en la titulación comporta una violación al derecho (preexistente a esos procedimientos) y que, por otra parte, estas reglas deben aplicarse con especial precaución frente a comunidades que han sido víctimas de

despojo y desplazamiento, es decir, cuya posesión ancestral se ha visto suspendida por motivos ajenos a su voluntad”.

Determinó que cuando un programa, proyecto, política, plan o medida afecta el territorio de los pueblos indígenas, por definición, existe una afectación directa, pues el territorio, que se concibe en términos culturales, es uno de los derechos fundamentales de los pueblos. En esos eventos, por regla general, procede la consulta previa, pues “siempre que la medida incida en un derecho de los pueblos; siempre que desarrolle el convenio 169 de la OIT; siempre que una medida general, conlleve una afectación diferencial, entiende la Corte Constitucional que se produce la mencionada afectación directa”. Esta última, dice la Corte, es un concepto que se define en torno a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, o a la identificación de medidas que impactan su modo de vida, bien sea de forma exclusiva, bien de forma diferencial al resto de la población “por ello, además, la expresión no lleva por sí sola una carga semántica negativa (afectación no implica daño); sino una carga semántica de asociación o relación entre la medida y la vida en comunidad del pueblo concernido”.

La sentencia de unificación SU-123 de 2018[107] compendió aspectos relevantes de la consulta previa y además sistematizó los criterios para determinar cuál es el remedio judicial apropiado en caso de violación de ese derecho fundamental.

El fallo de unificación referido recordó la delimitación conceptual de “territorio” como criterio para determinar la afectación de una comunidad e identificar la procedibilidad de la consulta previa, según la cual:

(i) El territorio de las comunidades se define con parámetros geográficos y culturales. La demarcación es importante para que el derecho de propiedad de las comunidades pueda tener una protección jurídica y administrativa. Sin embargo, ello no puede soslayar que esa franja se expande con los lugares religiosos o culturales. En efecto, estas áreas tienen protección así estén o no dentro de los terrenos titulados. (Sentencias T-525 de 1998, Sentencia T-693 de 2011, T-698 de 2011, T-235 de 2011 y T-282 de 2012).

(ii) Los argumentos sobre la ausencia de reconocimiento oficial de una comunidad son insuficientes para que el Estado o un privado se nieguen a consultar una medida con una comunidad étnica. (Sentencias T-372 de 2012, T-693 de 2012, T-993 de 2012, T-657 de

2013 y T-172 de 2013).

(iii) La propiedad colectiva se funda en la posesión ancestral, de manera que el reconocimiento estatal no es constitutivo. Por lo tanto: la ausencia de reconocimiento no implica la inexistencia del derecho; y la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención de ese reconocimiento constituye, en sí misma, una violación al derecho. (Sentencias T-693 de 2011 y T-698 de 2011).

(iv) La interferencia que padecen los grupos étnicos diferenciados en sus territorios comprende las zonas que se encuentran tituladas, habitadas y exploradas y todas aquellas franjas que han sido ocupadas ancestralmente y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales. En esta concepción amplia de territorio adquieren importancia los lugares sagrados que no se encuentran al interior de los resguardos, pues en ellos la comunidad indígena puede desenvolverse libremente según su cultura y mantener su identidad.

Según advierte, el concepto de territorio no se circunscribe a reglas abstractas y formalistas, se debe (i) indagar las particularidades de cada comunidad étnica pues el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas implica respetar su concepción sobre el territorio; y (ii) examinar en la ley consuetudinaria de la colectividad o derecho mayor y con la comunidad en los términos del artículo 7.3 del Convenio 169 OIT sin que, en ningún caso pueda establecerse un criterio uniforme rígido de delimitación territorial. Es deber del Estado tomar todas las medidas necesarias para amparar el derecho de consulta de los grupos étnicos, lo cual incluye, entre otras, una adecuada demarcación de sus territorios y la existencia de una institucionalidad capaz de asegurar que las consultas sean realizadas en debida forma en aquellos casos exigidos por la Constitución.

Para la Corte, dicha institucionalidad debe estar compuesta por (i) la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior la cual debe interpretar su competencia conforme a los principios constitucionales relativos al derecho a la consulta previa de los pueblos étnicos, por lo cual no debe limitarse a señalar la presencia o ausencia de dichos pueblos dentro del territorio correspondiente al área de afectación de un proyecto, sino que debe incorporar dentro de los certificados que expida un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar el proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas

con independencia de la limitación del área de influencia; (ii) el Ministerio Público, que conforme a sus atribuciones legales y constitucionales, tiene responsabilidades en el procedimiento de expedición de certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas. La Corte entiende entonces que la Defensoría del Pueblo[108] y la Procuraduría General de la Nación[109], en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en el trámite de certificación de presencia, estarán habilitados para advertir y adelantar, con base en las medidas de control que les corresponde, las eventuales omisiones en el deber de identificación de la posible afectación directa de una determinada comunidad étnica; adicionalmente estas autoridades cuando sea relevante, deberán acudir (iii) a las entidades territoriales, a las corporaciones regionales y a las instituciones académicas, culturales o investigativas especializadas (el Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICAHN- o el Instituto Geográfico Agustín Codazzi -IGAC-) con el fin de obtener la información que permita establecer con la mayor seguridad jurídica si un pueblo étnicamente diferenciado se encuentra o podría resultar afectado por un proyecto o actividad dentro de un determinado territorio. Esta consulta a las entidades territoriales y a las instituciones especializadas se justifica por cuanto ellas poseen en muchas ocasiones la información más actualizada y precisa sobre la presencia y características de los grupos étnicos en los territorios.

Ha explicado la jurisprudencia de esta Corporación que para determinar la procedencia de la consulta previa no es suficiente la constatación de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad. El criterio adecuado e indispensable para establecer la aplicación de la consulta previa es el de afectación directa, en razón a que los estudios técnicos en los que se basa el concepto de “área de influencia no dan cuenta de los impactos ambientales, a la salud, culturales, sociales o espirituales que pueden ocasionarse sobre los pueblos indígenas o tribales”.

De otro lado, en el contexto de la actividad empresarial y su eventual responsabilidad frente a la consulta previa, la sentencia de unificación refirió la Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (conocidos como los “Principios Ruggie”), que fueron avalados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas[110], cuyo principio 17 señala que las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos, a fin de identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades[111]. Para la Corte, los

parámetros de debida diligencia permiten adecuar las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares a los principios constitucionales de buena fe (artículo 83 C.P.) y confianza legítima, pues otorgan estabilidad a los actores involucrados en relación con los lineamientos y criterios que deben seguir para cumplir con los mandatos de la consulta previa. Además, facilitan determinar si se vulneró el derecho a la consulta previa de una comunidad étnicamente diferenciada para, posteriormente, valorar la posibilidad de ordenar el remedio judicial correspondiente.

Precisó que el Estado deberá en todo caso garantizar los derechos fundamentales y la supervivencia (física-cultural) de las comunidades étnicas diversas y que a la hora de determinar el remedio judicial correspondiente y valorar las actuaciones que se desarrollan en el marco de la consulta previa, solo se pueden permitir limitaciones que sean constitucionalmente legítimas, esto es, que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que sea la menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas. Para ello, se debe ponderar los siguientes elementos: (i) la posición y las propuestas de los actores, (ii) el comportamiento de la empresa y en particular si ésta tuvo o no la debida diligencia frente a los derechos del grupo étnico, (iii) cuál es la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, (iv) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; (v) los derechos de terceros que podrían verse afectados por la suspensión o, por el contrario, por la continuación del proyecto, y (vi) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano.

Según se observa, el precedente en mención reafirmó que el desconocimiento del derecho a la consulta previa impone el deber de reparar los daños causados, por lo que corresponde a las autoridades identificar los perjuicios producidos, así como las medidas de restauración y recomposición para mitigarlos. Dicho resarcimiento debe ser efectuado con un enfoque étnico diferencial (etnoreparaciones), que tome en cuenta, entre otros, la particular identidad cultural del pueblo específico, la dimensión colectiva de las violaciones ocurridas y de las medidas reparatorias, las necesidades particulares de esos pueblos y que les permita un control de su implementación[112].

En últimas, concluyó el fallo entre otras cosas, que el derecho a la consulta previa se vulnera cuando se evidencia la existencia de una afectación directa sobre una comunidad y el proyecto que debía ser consultado ya se encuentra en fase de ejecución o ya se cumplió con su implementación total. No obstante, esta Corte ha señalado que la consulta sobre actividades que afectaron a los pueblos indígenas y que no fueron sometidos a dicho proceso opera, incluso (i) después del inicio de la ejecución de la actividad: pues se trata de la vulneración de un derecho fundamental cuya afectación es continua en el tiempo. Adicionalmente, en caso de existir un cambio sustancial en las condiciones del proyecto, que implique la adopción de nuevas medidas o la alteración del significado concreto de medidas ya tomadas, el deber de consulta se renueva pese a que el proyecto se encuentre en desarrollo. En estas circunstancias, la jurisprudencia ha indicado que esta obligación exige la identificación de las nuevas afectaciones que surjan en la realización de la actividad, al igual que las fases restantes del proyecto; o (ii) pese a su implementación total: evento ante el cual la consulta se dirige a buscar los remedios para reparar, recomponer y restaurar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, los cuales, deben responder a la clase de daño sufrido por la comunidad étnica. Tal regla tiene fundamento no solo en el principio general del derecho según el cual todo daño antijurídico debe ser reparado, sino porque el juez constitucional no puede avalar la vulneración de los derechos fundamentales o declarar la ocurrencia de un daño consumado en materia de consulta previa, pues se crearía un incentivo indebido para evadir esta obligación constitucional.

7. Análisis del caso concreto.

Para resolver la tutela interpuesta por los representantes de la comunidad indígena Mokaaná, la Sala dividirá esta sección en tres partes. En la primera parte (a) analizará la procedencia formal de la tutela. En la segunda parte (b) resolverá el fondo del asunto. En la tercera parte (c) presentará las decisiones a adoptar.

a) Procedibilidad formal de la tutela interpuesta.

Legitimación por activa.

El artículo 86 dispone que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar [...], por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos

constitucionales fundamentales”. En desarrollo de este precepto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 reguló las distintas hipótesis de legitimación en la causa por activa. Esta Corporación en jurisprudencia amplia y suficiente ha sostenido con base en los artículos 7 y 70 de la Constitución, que “la comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales”. Además, ha precisado que las autoridades ancestrales, de manera directa o por medio de apoderado, tienen la legitimidad de interponer las acciones de tutela para garantizar la protección de sus derechos, los cuales “no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia (...)”[113]. Es decir, “(...) estas comunidades son un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o agrupados”[114].

Como sujetos titulares de derechos, las comunidades indígenas a través de sus dirigentes y miembros, gozan de legitimidad para reclamar en sede de tutela la protección de sus derechos fundamentales, según ha establecido la jurisprudencia constitucional[115]. Así mismo, ha admitido que pueden hacerlo las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo.

En el asunto sub-judice, interpone la acción de amparo el señor Julio Manuel Viloría Ujueta como Gobernador Mayor del resguardo indígena Mokaná de Tubará y el señor Digno Santiago Gerónimo como Gobernador Mayor de la Regional Indígena Mokaná del Atlántico. No obstante, la Sala encuentra acreditada la legitimación por activa en cabeza del señor Gobernador Julio Manuel Viloría Ujueta, como representante de la comunidad indígena Mokaná de Tubará para reclamar la protección constitucional de los derechos fundamentales de dicha comunidad.

Lo anterior, teniendo en cuenta la constancia expedida por la Coordinadora del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, en la que señala que consultadas las bases de datos institucionales de registro de autoridades y/o cabildos indígenas de esa Dirección, se encuentra registrado el señor Julio Manuel Viloría Ujueta como Gobernador del Cabildo Mayor de Tubará, elegido por las comunidades indígenas Bajo Ostion, Cuatro Bocas, Corral de San Luis, Morro Hermoso, Guaimaral, Juaruco, Puerto Caiman y Tubará, del pueblo Mokaná, según acta de elección de

fecha 30 de diciembre de 2015 y acta de posesión de fecha 15 de enero de 2016, suscrita por la Alcaldía Municipal de Tubará, para el periodo del 01 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019[116]. Igualmente, se encuentra poder otorgado al abogado Diógenes Manuel Arrieta Zabala, por parte del señor Julio Viloria Ujueta, para que en su nombre y representación actúe dentro de la presente acción[117].

Legitimación por pasiva.

De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991[118], “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley”. Señala igualmente la norma referida, que de acuerdo con lo establecido en los artículos 42 al 45 ibíd y el inciso final del artículo 86 superior “procede contra acciones u omisiones de particulares”. Este último define la acción de amparo como un mecanismo preferente, cautelar, residual y sumario que procede contra particulares (i) encargados de la prestación de un servicio público; (ii) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión[119].

En desarrollo de esta disposición, la Corte Constitucional ha mencionado que la legitimación pasiva debe ser entendida como la facultad procesal que se le reconoce al demandado para que desconozca o controvierta la reclamación que el actor dirige contra él mediante demanda[120].

En el caso en estudio, la acción se dirige contra la Agencia Nacional de Tierras - ANT, Alcaldía Municipio de Tubará, Gobernación del Atlántico, Concesión Costera Cartagena-Barranquilla, Consorcio Vía al Mar, Proyecto Urbanización “Complejo Campestre Jwaeirruko Unidad Residencial y Club el Poblado, (jurisdicción de la parcialidad indígena de Juarúco), Relleno Sanitario los Pocitos, Parque Ambiental los Pocitos, Ecosol, Horno Crematorio Tecnianza, Fabrica de Llantas “Michelin”, Ladrillera Cuatro Bocas, Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barraquilla y otros que resulten vinculados a las pretensiones. Autoridades públicas y privadas que tienen relación directa con el terreno objeto de esa acción, por tanto la Sala entiende acreditado este requisito.

Inmediatez.

Para la Sala resulta evidente la mora injustificada en el adelantamiento del proceso de clarificación de la propiedad solicitado por la comunidad indígena demandante.

Subsidiariedad.

Establece el artículo 86 de la C.P. que la tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. De manera similar el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” señala que la acción de tutela no procederá “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

El Decreto citado también advierte que “la existencia de dichos medios de defensa será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”[123]. Para establecer si un medio de defensa desplaza a la tutela debe establecerse que es idóneo y eficaz. Según la jurisprudencia, la condición de sujeto de especial protección constitucional y la de debilidad manifiesta del accionante y de la comunidad, son relevantes para analizar si los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y efectivos, lo cual no indica que el requisito de subsidiariedad se desplace, sino que su valoración se flexibiliza, es decir, implica un estudio más riguroso para el juez[124].

Este Tribunal ha tenido en consideración varios factores que permiten colegir la procedencia de la acción de tutela en este tipo de casos, a saber: “(i) la especial protección que predica la Constitución hacia los pueblos indígenas; y (ii) la barrera de acceso a la propiedad colectiva por el retardo en el proceso de constitución de resguardo indígena, entendido como un problema de orden jurídico-administrativo que, eventualmente, puede comprometer la eficacia de los derechos fundamentales de cada miembro de la comunidad, por ejemplo, la salud, la vida, la identidad cultural y étnica, el debido proceso administrativo, entre otros[125]. En este marco, en diferentes pronunciamientos se ha concluido que la tutela es, por regla general, el mecanismo judicial de protección más adecuado para la garantía de los derechos de los pueblos indígenas.

Según se señaló en la sentencia T-737 de 2017[126], “la Corte Constitucional ha

determinado que procede la acción de tutela como mecanismo definitivo de amparo, en casos donde el retardo injustificado en el procedimiento de constitución, ampliación, reestructuración y/o saneamiento del resguardo indígena, podría derivar, prima facie, en la violación de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad. Tal criterio, por lo menos, ha sido aplicado por la Corte en las sentencias T-188 de 1993, T-652 de 1998, T-079 de 2001, T-433 de 2011, T-009 de 2013 y T-379 de 2014, al estudiar las solicitudes de amparo elevadas por diversos pueblos indígenas contra entidades como el INCORA y el INCODER (hoy, ANT), por la violación de sus derechos a la propiedad colectiva sobre sus territorios habitados ancestralmente, a la diversidad cultural y étnica, al debido proceso administrativo, entre otros, como consecuencia de la dilación en el adelantamiento de las etapas de los procesos administrativos relacionados con la constitución de resguardo indígena”(negrilla fuera del texto).

Con base en lo anterior, la Sala reitera en el presente asunto, la jurisprudencia según la cual la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de amparo al ser el medio idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad Mokane de Tubará.

b) Análisis de fondo

La Sala procederá a efectuar un breve recuento de los hechos y de la intervención de las entidades accionadas.

1. Los señores Julio Manuel Vilorio Ujueta y Digno Santiago Gerónimo, en representación de la comunidad indígena Mokane del Resguardado Colonial de Tubará, Puerto Colombia, Bajo Ostión, Juarúco, Morro Hermoso, Puerto Caimán, Corral de San Luis, Cuatro Bocas y Guaimaral, instauraron acción de tutela en contra de la Agencia Nacional de Tierras – en adelante ANT-, la Alcaldía del Municipio de Tubará, la Gobernación del Atlántico, Concesión Costera Cartagena-Barranquilla, Consorcio Vía al Mar, Proyecto Urbanización “Complejo Campestre Jwaeirruko Unidad Residencial y Club el Poblado, (jurisdicción de la parcialidad indígena de Juarúco), Relleno Sanitario los Pocitos, Parque Ambiental los Pocitos, Ecosol, Horno Crematorio Tecniaza, Fabrica de Llantas “Michelin”, Ladrillera Cuatro Bocas, Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barraquilla y otros que resulten vinculados a las pretensiones, por considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso. Lo

anterior, por cuanto manifiestan que están siendo despojados de las tierras que tradicionalmente han ocupado durante varios años, como consecuencia de sentencias judiciales, a través de las cuales se han otorgado títulos de propiedad sobre aquellos terrenos, que presuntamente pertenecen a su resguardo.

2. Relataron que las referidas comunidades indígenas han habitado durante varios años en el “Territorio Ancestral de Tierradentro” (hoy Departamento del Atlántico) y que, por tanto, son “propietarios ancestrales” de esos predios.[127] Explicaron que Tubará es “un territorio ancestral del Terciario, Pre-colombino declarado Resguardo Colonial de la Etnia Mukaná – Arawak, por la Corona Española”. [128] Señalaron que la comunidad es descendiente de la Tribu Lingüística Arawak y que se encuentran protegidos por la Corona Real de España desde el 18 de diciembre de 1553. Afirmaron que el título constitutivo del resguardo de indígenas fue expedido por el Cabildo de Cartagena, el 14 de septiembre de 1666, por orden del Rey de España. Dicho título era “un volumen en pergamino de cuero signado en letras de oro y en él se hallaba la Real Cédula en la cual el Rey había dispuesto mucho antes en 1540 concederle el Título de Nobleza al pueblo indígena.” Refirieron que aquel documento desapareció con posterioridad, como consecuencia de una maquinación dolosa.[129]

3. Alegaron que personas ajenas a la comunidad Mukaná, obrando de mala fe, han promovido procesos de pertenencia, los cuales nunca se le han notificado a la comunidad, logrando que mediante sentencias ejecutoriadas se declare la prescripción extraordinaria y por ende, se les otorgue el dominio de los terrenos que han venido ocupando. Señalaron que el 28 de mayo de 1998 radicaron una solicitud de registro ante el Ministerio del Interior en la oficina de Asuntos Indígenas y también ante el INCORA (antes INCODER, ahora ANT), esta última entidad requirió al Ministerio del Interior unos estudios etnológicos necesarios para la revisión de los linderos del Resguardo de Indígenas de Tubará.

4. Afirmaron que desde el 14 de agosto de 2015 han insistido ante el INCODER (ahora ANT), para que les entreguen un informe y una certificación provisional o total en la que se acredite la existencia del Resguardo de Tubará y la respuesta a dicho requerimiento es que, por tercera vez, han refundido los documentos entregados.

5. Indicaron los demandantes, que el Municipio de Tubará se encuentra dentro del

Resguardo de indígenas, que fue elevado a la categoría de Distrito Municipal inicialmente por Ley del 7 de junio de 1833, de la Confederación Granadina perteneciente a la Gobernación del Estado Soberano de Bolívar Grande y posteriormente fue creado municipio por la Asamblea del Departamento del Atlántico, cuando no tenía competencia para ello. Según afirman, en la sentencia del 13 de abril de 1921[130], se estableció “que los resguardos de indígenas cedidos a los Municipios por la Ley 55 de 1905, son bienes vacantes, pero no son baldíos ni de propiedad de la Nación. Que el procedimiento para la cesión a los Municipios de los resguardos vacantes es administrativo, en tanto que para la adquisición de los demás bienes vacantes se requiere sentencia judicial dictada en juicio seguido al efecto”, lo cual no sucedió en el caso de Tubará, dicen, porque fue una vacancia dolosa. Advirtieron que los indígenas Mokane de Tubará nunca han salido de su hábitat y que según disponen los artículos 286[131] y 287 de la Constitución Política, tienen derecho a “Gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponda y administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones”. Igualmente, indicaron que Tubará cuenta con tres entidades territoriales vigentes: (i) la del resguardo como territorio indígena, (ii) la del distrito y (iii) la del municipio. Afirmaron que el municipio se ha venido imponiendo frente a las demás, desconociendo el autogobierno y autonomía territorial del resguardo, de la que se hace referencia en la sentencia T-530 de 2016[132].

6. Aseveraron que, por varios años, los alcaldes han adjudicado “ilegalmente”[133] algunos predios del resguardo a personas provenientes de otros lugares, violando el artículo 63[134] de la Constitución Política. Señalaron que los demandados desconocen su condición de resguardo, lo que en su criterio los perjudica, pues la Gobernación ha venido adelantado un proyecto de ampliación de plazas para varios Municipios del Atlántico, entre los cuales se encuentra Tubará, que por ser un Resguardo de Indígenas necesita de una socialización y unos pre-acuerdos antes de la realización de una consulta previa; habida consideración que se tiene como finalidad la compra-venta de las viviendas ubicadas en la parte principal del poblado, por lo que afirman, los han inducido a vender so pena de ser expropiados, con fundamento en lo consagrado en el artículo 58[135] de la Constitución Política; lo cual consideraron que es legal en territorios no indígenas.

8. Puso de presente diversas problemáticas que dice, han puesto en riesgo la integridad social, cultural y étnica de la comunidad indígena. Entre ellas, el daño en sus territorios por

la injerencia de terceros en ellos, el constreñimiento del que son víctimas para que terceros puedan construir en sus tierras, sin que para ello convoquen a consulta previa, el detrimento de los lugares sagrados para la comunidad, la tala de varias hectáreas de bosque nativo, lo que ha puesto en peligro la fauna existente en el área de las “Reservas de Corral de San Luis, Juarúco, El Morro hasta Bajo Ostión”[137], adicionalmente, refirieron que se ha secado el cauce de las aguas que eran usadas por los indígenas para sus actividades básicas; situación que les obligó a vender sus terrenos, la profanación de lugares sagrados, como el Rupestre Mokaná donde los indígenas realizan los “pagamentos”, y expresaron su preocupación por la fauna y flora de la zona.[138]

9. A partir de lo expuesto, los señores Julio Manuel Vilorio Ujueta y Digno Santiago Gerónimo, solicitan que con fundamento en el precedente judicial y las ordenes contenidas en la sentencia T-488 de 2014, proferida por la Corte Constitucional: (i) se ampare el derecho fundamental al debido proceso; (ii) se dejen sin efectos las sentencias dictadas por los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla, en las que se declaró la prescripción extraordinaria de dominio; (iii) se ordene la suspensión de todas las obras que se han estado adelantando dentro del territorio del resguardo, incluyendo las actividades de explotación de recursos renovables y no renovables sobre el suelo, el subsuelo y sobre la “roca madre del resguardo de Tubará”[139]; (iv) se ordene al notario de Puerto Colombia y al señor Juan de Acosta cumplir la Ley 89 de 1890, “en el sentido de protocolizar todo documento que los indígenas quieran guardar en Protocolo”[140]; y (v) como medida provisional, suspender la ejecución de todas las “obras” “inconsultas y órdenes de amparo policivo que se tramiten ante las Inspecciones de Policía de Tubará”[141], en especial sobre las tierras que corresponden al resguardo.

10. Las entidades demandadas en su contestación alegaron la falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto el giro ordinario de sus funciones les impide pronunciarse frente a las reclamaciones de la comunidad indígena demandante. Sin embargo, algunas de las demandadas señalaron:

La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla aclaró que nunca ha registrado el predio que presuntamente corresponde al resguardo demandante y, por consiguiente, el territorio donde la comunidad indígena Mokaná ejerce su propiedad colectiva no tiene identificación registral; circunstancia que deslegitima las solicitudes de

protección de derechos fundamentales del resguardo indígena. Señaló que por solicitud de la Superintendencia Delegada para la Formalización y Restitución de Tierras de la Superintendencia de Notariado y Registro desde el 27 de diciembre de 2013 se adelanta la actuación administrativa expediente nro. 040-AA-2013-49, y desde esa fecha por orden del auto de apertura se encuentra bloqueado el folio de matrícula inmobiliaria nro. 040-62887, hasta tanto no se defina la situación jurídica del citado predio y de los más de 3.000 folios de matrícula inmobiliaria que se segregaron de este folio de mayor extensión.

Precisó que si bien al predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria nro. 040-62887 al momento de su inscripción se le denominó “ANTIGUO RESGUARDO DE INDIGENAS” y el mismo haya estado habitado por comunidades indígenas de la etnia Mokana, “esto no conlleva a que esté registrado que sobre dicho territorio esté legalmente conformado un resguardo indígena conforme a las leyes que regulan la materia, hasta el punto que no se ha inscrito en ninguna de sus anotaciones ningún acto administrativo de la dependencia de Asuntos indígenas del Ministerio del Interior o su similar, que haya ordenado conformar dicho resguardo e inscribir el territorio que lo conforma, pues simplemente así se le llamaba a dicho globo de tierra en el momento de la inscripción”. Por lo anterior, consideró que la tutela debía ser declarada improcedente.

La Alcaldía Municipal de Tubará, a través del Jefe de la Oficina Jurídica, desestimó lo pretendido por los accionantes[142]. Preciso que el municipio de Tubará es propietario de su territorio según se encuentra protocolizado en el folio de matrícula 040-62887. Aclaró que históricamente y amparado en la Constitución y la Ley, efectúa adjudicaciones a los ocupantes de dichos bienes fiscales, tal y como prescribe el acuerdo 014 de diciembre 23 de 2004 y para la época que citan los accionantes se efectuaba con amparo en la Resolución nro.002 de septiembre de 1989, la cual se encuentra vigente.

El Consorcio Vía al Mar, se refirió a los hechos y pretensiones de la tutela y solicitó que no se accediera a lo pretendido[143]. Afirmó que, mediante la Gobernación, puede verificarse que en el Departamento del Atlántico no existen registros ni reconocimientos de las comunidades indígenas mencionadas en la tutela. Afirmó que el Consorcio es el concesionario de la Ruta 90A o vía Cartagena-Barranquilla, a cargo de la rehabilitación, operación y mantenimiento de dicho corredor vial; obligaciones que ha cumplido hasta la fecha con todas las exigencias contractuales, en virtud de lo establecido en el contrato nro.

503 de 1994 suscrito inicialmente con el Instituto Nacional de Vías, entidad que posteriormente cedió el contrato al entonces Instituto Nacional de Concesiones INCO –hoy Agencia Nacional de Infraestructura ANI. Reitero que cuando el proyecto requirió la compra de predios para la ampliación de la calzada existente, dichos tramites se hicieron con apego a la ley, con un detallado y minucioso estudio de títulos, a fin de verificar la titularidad de cada uno de los inmuebles, parciales y totales, que al final fueron adquiridos por la ANI. Actualmente, dijo, el Consorcio adelanta obras menores de mantenimiento rutinario, sin que necesite, en consecuencia, adquirir algún predio adicional, razón por la que no está llamado a responder por la supuesta amenaza o vulneración de los derechos invocados.

El Proyecto Complejo Campestre “JW AEIRRUKO” – Unidad Residencial y Club El Poblado señaló el apoderado de la empresa que representa se encuentra desarrollando el proyecto Complejo Campestre Jwaeirruku hace ya cinco años (desde el año 2013) y el Municipio de Tubará mediante licencia de urbanismo y construcción Resolución 108 del 13 de diciembre de 2013, modificada por las resoluciones 028 del 21 de abril de 2015, 109 del 14 de diciembre de 2015 y la 116 del 28 de diciembre de 2015, todas expedidas por la Secretaría de Planeación del municipio, por ser la entidad competente, expidió los permisos correspondientes para el desarrollo de la actividad urbanizadora; todo lo anterior de conformidad al “Esquema de ordenamiento vigente, acuerdo 018 de 2001”. Indicó que el complejo campestre es “un proyecto urbano de índole estrictamente residencial que se desarrolla en el municipio de Tubará corregimiento de Juaruco y que ha traído progreso y beneficios a la población del corregimiento, el cual cuenta con todas las licencias urbanísticas y permisos ambientales requeridos para el desarrollo de la actividad; que si bien es cierto al principio interviene el medio ambiente, como tal el uso residencial genera compatibilidad con el mismo y más aun tratándose de condominios campestres”.

Manifestó que la autoridad competente para tramitar los permisos ambientales es la Corporación Autónoma Regional – CAR, ante la cual y antes de realizar cualquier intervención sobre el predio a construir, se realizaron los estudios pertinentes tales como “PLAN DE MANEJO AMBIENTAL E INVENTARIO FORESTAL y su correspondiente plan de compensación los cuales fueron radicados desde el 27 de marzo de 2015 y la corporación inicio trámite a través del auto 000028 de 2015”.

Desmintió lo manifestado por los demandantes respecto del talado de bosque nativo, pues el aprovechamiento del terreno “se solicitó sobre 20 hectáreas y 1.262 individuos (sic) a aprovechar. Una vez radicado el plan de manejo e inventario forestal la corporación dio inicio al trámite de aprovechamiento forestal el cual está basado en estudios y conceptos técnicos los cuales se aportan con la contestación”.

Afirmó que el aprovechamiento forestal fue autorizado por la corporación ambiental a través de resolución 515 de 2015, mediante la cual les impusieron una serie de obligaciones que se han cumplido. Resaltó que tal como consta en los informes, las hectáreas intervenidas eran una finca ganadera, “la cual ya había sido intervenida por lo que es impreciso hablar de que el lugar donde se desarrolló el proyecto es “un bosque natural”, de igual forma los árboles maderables eran explotados por los habitantes del corregimiento para extracción de carbón”.

Aseveró que la empresa fue obligada a compensar la cantidad de 25.755 árboles en rondas hídricas dentro y fuera del complejo, como consta en informe final de la siembra radicado el 15 de enero de 2018 y en las actas de visita realizada por la corporación ambiental, así como en el plan de compensación que se presentó. Dijo que, para cumplir con la compensación, la empresa implantó un vivero en el municipio de Baranóa el cual fue visitado el 15 de julio de 2016 según acta que se aporta. Resaltó que el terreno donde se desarrolló el proyecto no hace parte de una reserva natural denominada “corral de San Luis Juaruco”, ya que el acuerdo del año 1995 señalado por lo accionantes de categorización del suelo y áreas de protección en el municipio de Tubará, se encuentra derogado por el acuerdo 018 de noviembre 27 de 2001, actual esquema de ordenamiento del municipio de Tubará; “como se observa en la copia del plano nro.22 del EOT que establece dentro del municipio las áreas de reserva y se observa que el corregimiento de Juaruco donde se desarrolla el proyecto inmobiliario no hace parte de las mismas”.

Finalmente aseguró que no se cierto que la empresa ha secado el cauce del río, pues en esa área no han realizado ningún tipo de actividad por hacer parte de la ronda hídrica y de igual forma “ha tomado todas las acciones preventivas a fin de evitar la contaminación del mismo, en fotografías adjuntas a la contestación, se puede observar como a través de un pozo y una motobomba esta agua es impulsada para abastecimiento del corregimiento. Es decir, el ojo de agua existe y la afirmación que imputa a la empresa de acabar con el mismo

es descabellada”. Igualmente aseveró que consta mediante actas de seguimiento ambiental adelantadas en asocio con la CRA y la comunidad de Juaruco que la empresa ha estado atenta a las inquietudes de la comunidad.

En cuanto a la acusación de coacción ejercida por la empresa para que la comunidad accionante venda sus predios, el apoderado alega que es “totalmente falso”, pues “cada una de las compraventas efectuadas en favor de la empresa han sido voluntarias y sin ningún apremio”. Dijo que tampoco es cierto que estén profanando los lugares sagrados porque a más que los accionantes no prueban tal afirmación, el desarrollo urbanístico se ha dado sobre zonas que no son objeto de reserva.

La Agencia Nacional de Tierras, por medio de la Jefe de la Oficina Jurídica, puso de presente que la Dirección de Asuntos Étnicos de la ANT, dio respuesta a la petición con radicado 20179600350722 de fecha de 22 de junio de 2017, mediante oficio nro. 20185000049931 del 7 de febrero de 2018, razón por la que dice, debe declararse la carencia actual de objeto por hecho superado, pues se ha satisfecho lo pedido en sede de tutela. Señaló que en la solicitud se pedía “copias del expediente administrativo de la comunidad indígena Mokána, objeto de la acción de tutela, a efectos de lo cual la mencionada dirección en respuesta relacionada remitió copia de dicho expediente”.

11. En sentencia del 9 de febrero de 2018, el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Barranquilla decidió[144]: “(i) denegar por subsidiariedad la protección del derecho a la propiedad privada de los grupos indígenas de la comunidad Mokána; (ii) tutelar los derechos fundamentales de petición y debido proceso de la comunidad vulnerados por la ANT; y (ii) ordenar al INCODER, hoy Agencia Nacional de Tierras, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas de respuesta de fondo a la petición elevada por uno de los accionantes el 14 de agosto de 2015 y, que en caso de haber extraviado nuevamente las copias que se adjuntaron a la mentada solicitud, adelantar las investigaciones disciplinarias del caso”.

El juez de instancia estimó en sus consideraciones que las pretensiones de la acción se dirigen a dejar sin efectos providencias judiciales mediante las cuales se han otorgado títulos de propiedad de las tierras pertenecientes a su comunidad, para lo cual señala, existen otras vías idóneas y eficaces, como lo son los procesos de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, acciones de revisión o los recursos que,

en su momento, hubieran podido ser interpuestos por los accionantes contra las referidas decisiones.

Así también, evaluó la petición de ordenar la suspensión de las obras que estén siendo adelantadas dentro del territorio que dicen los accionantes pertenece al resguardo, la cual no encuentra fundamento por la falta de claridad en los límites del mismo. Consideró que a pesar de los argumentos desplegados en la acción de tutela, no es posible establecer que efectivamente posean una porción determinable o declarada que les permita desarrollar una defensa a ultranza o una posesión incuestionable, que propicie la protección del Estado frente a cualquier agresión a su territorio.

Infirió que lo que impide que la Comunidad Mokaná pueda ser protegida por parte del Estado, es la ausencia de declaratoria como resguardo indígena y de la delimitación del territorio que presuntamente les pertenece, lo cual solo se consigue previo una serie de diligencias y trabajos de campo dentro y fuera de la comunidad que permitan finalmente concluir que efectivamente son una tribu con todas las características propias de su etnia y que posee tradición, cultura, identidad y territorio, gestión que los accionantes no han logrado porque “se han visto saboteados por quienes han recepcionado sus peticiones”.

Determinó el juzgador que la acción de amparo invocada se torna improcedente siempre que “sus pretensiones se circunscriban a dejar sin efecto unas sentencias y a suspender obras, cuando lo que realmente deben perseguir es que se les declare resguardo para, a partir de esa declaración conseguir la legitimación en la causa por activa, requerida para interponer las acciones judiciales encaminadas a la protección de su territorio”.

Concluyó que está legitimado para salvaguardar cualquier derecho fundamental que se encuentre vulnerado, así su protección no haya sido solicitada en forma explícita, en razón de ello y en ejercicio de su facultad ultrapetita, el juez decidió proteger el derecho de petición, por considerarlo vulnerado por parte del INCODER, hoy la ANT, “al no haberle dado respuesta a la solicitud que elevaron los accionantes en el 2015, la cual buscaba por tercera vez se adelantara el trámite para declarar su resguardo indígena”.

12. En este contexto, procede la Sala a pronunciarse sobre el fondo del asunto, el cual involucra de manera contundente el derecho al debido proceso administrativo de la comunidad indígena Mokaná del Resguardo Colonial de Tubará.

Es necesario advertir que la pretensión de quien demanda la protección de los derechos fundamentales de la comunidad indígena Mokaná de Tubará fue encaminada a que (i) se ampare el derecho fundamental al debido proceso; (ii) se dejen sin efectos las sentencias dictadas por los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla, en las que se declaró la prescripción extraordinaria de dominio[145]; (iii) se ordene la suspensión de todas las obras que se han estado adelantando dentro del territorio del resguardo, incluyendo las actividades de explotación de recursos renovables y no renovables sobre el suelo, el subsuelo y sobre la “roca madre del resguardo de Tubará”; (iv) se ordene al notario de Puerto Colombia y al señor Juan de Acosta cumplir la Ley 89 de 1890, “en el sentido de protocolizar todo documento que los indígenas quieran guardar en Protocolo (sic)”; y (v) como medida provisional, suspender la ejecución de todas las “obras “inconsultas y órdenes de amparo policivo que se tramiten ante las Inspecciones de Policía de Tubará”, en especial sobre las tierras que corresponden al resguardo. No obstante, encuentra la Sala, luego del examen realizado al expediente en revisión, así como a los antecedentes expuestos, que la queja constitucional tiene su génesis en las posibles dilaciones en el trámite de clarificación de la propiedad del resguardo que representan los demandantes, razón por la que enfocará su análisis (i) en la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso administrativo y (ii) la aparente vulneración del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural, al territorio y a la consulta previa[146].

13. En este punto para la Sala resulta importante hacer una breve caracterización de la comunidad demandante.

Los Mokaná obtuvieron el reconocimiento estatal en el año de 1998. Pero en el 2001, dicho reconocimiento fue retirado por la Dirección de Asuntos Indígenas (DAI) del Ministerio del Interior, aduciendo la necesidad de realizar un nuevo estudio etnológico que determinara el carácter amerindio de esa población.[147]

El pueblo Mokaná hace parte de un proceso de reorganización de comunidades que se consideraban extintas. Desafortunadamente, dicho pueblo experimentó un fuerte proceso de aculturación que los llevó casi a la desaparición. Ese proceso hizo que sus principales elementos culturales se perdieran. En la actualidad algunos pobladores luchan por tratar de recuperar algunas de las tradiciones y concepciones del mundo, en un proceso que busca que la comunidad vuelva a tener un sentido indígena. Se ubican en la zona rural del

municipio de Tubará, departamento del Atlántico.[148]

14. El caso en revisión plantea como hechos relevantes (i) que se trata de una comunidad indígena que según alega, desde mayo de 1998 pretende proteger la posesión de su territorio ancestral, sin que hasta la fecha les hayan dado respuesta; (ii) están siendo despojados de las tierras que tradicionalmente han ocupado durante varios años, como consecuencia de sentencias judiciales, a través de las cuales se han otorgado títulos de propiedad sobre aquellos terrenos, que presuntamente pertenecen a su resguardo; y (iii) a causa de la falta de titulación de su territorio colectivo, se le desconoce su derecho de identidad cultural y libre autodeterminación.

(i) Aseveran los accionantes que desde el 28 de mayo de 1998 radicaron una solicitud de registro ante el Ministerio del Interior en la oficina de Asuntos Indígenas y también ante el INCORA, sin que a la fecha se le hubiera dado trámite alguno. Aseguran que en tres oportunidades han entregado y radicado la documentación pertinente para iniciar “el procedimiento de clarificación[149] y ratificación del resguardo de indígenas de origen colonial”, pero la documentación siempre se refunde.

Dentro del material aportado como prueba, solo reposa la copia de un oficio calendado 10 de agosto de 2015 (radicado 20151166963)[150], dirigido al gerente del INCODER, en el que el señor Gobernador Mayor Digno Santiago Gerónimo manifiesta que entrega por tercera vez documentos del Resguardo de Indígenas Mokaná de Tubará.

Igualmente, se encuentra la copia de un oficio de fecha 5 de abril de 2001, en el que el Jefe del Programa Indígenas (E) del INCORA, le informa por escrito (radicado 003428) al señor Digno Santiago Gerónimo, que “con el fin de atender la petición elevada a la Subgerencia de Ordenamiento Social de la Propiedad, en su comunicación calendada marzo 15 y recibida el 30 del mismo mes del cursante año, que el concepto etnológico solicitado en el oficio N° 03786 de marzo 30 del 2000, no ha sido remitido al INCORA por la Dirección Nacional de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, que es la entidad competente para realizar este trámite... por lo tanto, nuevamente se solicitará el envío de la referida información” [151].

Lo anterior, valida el hecho que el INCORA el 30 de marzo del 2000, elevó ante la Dirección Nacional de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, solicitud de concepto etnológico

de la comunidad Mokaná de Tubará, documento requerido por la autoridad petente para iniciar el proceso de clarificación y ratificación del mencionado resguardo, atendiendo el proceso de reconstrucción étnica iniciado en mayo de 1998. Ciertamente, los estudios etnológicos emitidos por la Dirección Nacional de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior tienen el doble propósito de garantizar, por un lado, el derecho al debido proceso que las colectividades solicitantes tienen y, por el otro, contrastar la información arrojada por los mismos con otras fuentes, a fin de conceptuar si los solicitantes constituyen o no una parcialidad indígena y producir un acto administrativo que bien puede ser positivo o negativo. Las implicaciones de una u otra decisión son importantes, toda vez que la efectiva garantía de los derechos especiales -enfoque diferencial- de los indígenas depende en buena parte de su vida en comunidad[152].

En cumplimiento al fallo de primera instancia emitido por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Barranquilla el 9 de febrero de 2018, en el que ordena a la ANT “dar respuesta de fondo a la petición elevada por uno de los accionantes el 10 de agosto de 2015 y que fue recibida bajo el radicado N° 20151166963”, dicha entidad allegó informe de acatamiento en el que manifestó que “la ANT, a través del área encargada Dirección de Asuntos Étnicos, envió oficio No. 20185000049931 del 7 de febrero de 2018, dando respuesta a lo solicitado en el radicado No.20151166963, en el cual se requerían copias del expediente administrativo de la comunidad indígena Mokaná, objeto de la acción de tutela, a efectos de lo cual la mencionada dirección remitió copia de dicho expediente”.

Con todo, la Sala encuentra en el caso sub examine que el proceso de clarificación solicitado por la comunidad indígena Mokaná del Resguardado Colonial de Tubará, Puerto Colombia, Bajo Ostión, Juarúco, Morro Hermoso, Puerto Caimán, Corral de San Luis, Cuatro Bocas y Guaimaral ha tomado un tiempo irrazonable al pasar 20 años desde que dicha comunidad radicó la documentación pertinente ante el Ministerio del Interior (asuntos indígenas) y el INCORA (ahora ANT), para iniciar la petición de los estudios de revisión de los linderos del resguardo, sin que a la fecha se le hubiera dado trámite alguno.

15. Respecto de la queja frente al despojo que presuntamente han sufrido como consecuencia de sentencias judiciales, a través de las cuales se han otorgado títulos de propiedad sobre aquellos terrenos, que presuntamente pertenecen a su resguardo, se encuentra acreditado, de las pruebas allegadas al expediente, que no existe una

delimitación formal del territorio ocupado por la comunidad accionante y sobre el cual pretenden reconocimiento.

Al respecto, la Sala encuentra que la Superintendente Delegada para la Protección, Restitución y Formalización de Tierras de la Superintendencia de Notariado y Registro de Bogotá, mediante oficio de noviembre 21 de 2013, radicado SNR2013EE031962 y dirigido al Registrador Seccional de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla, solicita la suspensión de inscripciones de registro en el folio de matrícula 04062887 perteneciente al predio “ANTIGUO RESGUARDO DE INDÍGENAS” ubicado en el municipio de Tubará[153].

En el oficio indicó la delegada que “de conformidad con los resultados arrojados por el estudio Jurídico-Registral preliminar realizado a los predios pertenecientes al ‘Antiguo Resguardo de Indígenas’ del municipio de Tubará, y con el fin de evitar posibles irregularidades y/o afectaciones a los mismos, nos permitimos recomendar que se estudie la posibilidad de suspender las inscripciones de registro en el folio de matrícula No. 04062887 el cual identifica el predio relacionado. Lo anterior teniendo en cuenta que se han encontrado las siguientes anomalías: (a) el folio de matrícula inmobiliaria y la cédula catastral que identifican el predio, no cuentan con un área determinada y cuenta con linderos costumbristas, los cuales imposibilitan determinar el área real; y (b) El Instituto Geográfico Agustín Codazzi profirió la resolución No.080-838-0088-2013 mediante la cual se deja sin efecto la validez de la inscripción catastral por no corresponder con la realidad del predio, lo cual indica que a la fecha no existe ninguna inscripción catastral[154] que respalde jurídicamente el folio de matrícula 04062887.

En atención a la anterior recomendación, el 27 de diciembre de 2013 el Registrador Principal de Instrumentos Públicos del Círculo de Barranquilla, inició actuación administrativa para establecer la real situación jurídica del folio de matrícula inmobiliaria 040-62887 y los folios que de este se derivaron que presenten inconsistencias, de la actuación se ordenó notificar al municipio de Tubará, y se procedió a bloquear el mencionado folio de matrícula inmobiliaria[155]. Se advierte que una vez resuelta esta situación, los accionantes podrán adelantar, si procede, las medidas necesarias para controvertir dichas decisiones judiciales.

16. En ese orden de ideas, encuentra la Sala que en el presente caso, no solo se está vulnerando el derecho al debido proceso administrativo de la comunidad accionante, sino los derechos a la identidad étnica y cultural, a la subsistencia y al territorio.

17. Ya la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto. En la sentencia T-601 de 2016[156] indicó que el juez constitucional generalmente tiene que intervenir en procesos de titulación colectiva de la tierra para los grupos étnicos, ya que las autoridades dilatan injustificadamente estos procesos.

En el marco de dicha acción de tutela interpuesta por una integrante de la Comunidad de Copropietarios de la Hacienda Arroyo Grande, la Corte planteó como problema jurídico la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la identidad étnica y cultural de las Comunidades Afrocolombianas de Arroyo Grande, por parte del INCODER y de otras entidades estatales, debido a la irresolución de las diferentes solicitudes de clarificación de la propiedad y de titulación colectiva, presentadas por éstas.

En su análisis, recordó que “a partir de la Constitución de 1991, el Estado colombiano reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación. Manifestación que parte del entendimiento de que la pérdida de la historia y la identidad multicultural, si bien afecta mayoritariamente a los grupos étnicos, implica a su vez la pérdida de identidad para todos los colombianos como tal”. Así, según la Corte Constitucional, “la historia colombiana se ha fraguado tristemente a partir de la violenta sustracción de tierras a los indígenas y de la expatriación obligada de los negros del África que fueron arrancados de su suelo para laborar en tierras ajenas”[157].

Resaltó que las condiciones de marginación y exclusión y la ausencia de reconocimiento de derechos étnicos y culturales, surgen además de políticas excluyentes como “Ejemplo de esta situación fue la Constitución de 1886, que no reconocía un estatuto especial para las minorías étnicas de la nación colombiana, tampoco se constituyó como un marco óptimo para una legislación de tierras tendientes a satisfacer las necesidades de territorio de estas comunidades, ni siquiera en el campo de la protección especial de las formas colectivas de la propiedad de la tierra”[158].

Determinó que la especial protección constitucional a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana es una obligación establecida por la actual Constitución Política. Como

una forma de compensación y reivindicación, frente a la situación de discriminación estructural previa a 1991, debido a la cual muchos ciudadanos, si bien disfrutaban nominalmente de los derechos atribuidos por el marco legal, no se encontraban en condiciones para que dicha igualdad fuera real y efectiva.

Estimó que muchas de las actuaciones devienen en trato discriminatorio debido a que ante la existencia de un conflicto territorial, en el cual las partes así exhiban títulos con el mismo valor probatorio, las autoridades eligen dar menor peso a las afirmaciones de los individuos y las colectividades minoritarias. Desestimando así, los procesos de organización comunitaria, a través de los cuales pretenden su fortalecimiento cultural, social, económico y político. Todo lo anterior con la complicidad estatal, generada por desórdenes administrativos o prácticas indebidas, que en todo caso, no pueden repercutir negativamente en la comunidad[159].

En el estudio del caso concreto de la aludida acción de tutela, se evidenció un complejo panorama catastral y registral del corregimiento de Arroyo Grande y sus alrededores; diversas formas de tenencia de la tierra, dentro de los documentos aportados se exhibieron folios de matrícula paralelos, licencias de construcción cuya veracidad se cuestionó, escrituras públicas cuya autenticidad debía comprobarse debido a que aparecían otorgadas por personas que habían fallecido al momento de suscribirse o que no eran titulares de los derechos transferidos, entre muchas otras irregularidades susceptibles de clarificación.

Por lo anterior, la Sala consideró necesario realizar el proceso de clarificación de la propiedad, sanear las diversas formas de tenencia de la tierra que se han dado en estos años, y verificar la validez y legalidad de los distintos títulos de propiedad que se exhiben al interior del predio de mayor extensión. Por tal motivo, la Corte ordenó al Director de la Agencia Nacional de Tierras, en coordinación con el Superintendente de Notariado y Registro y el Gerente del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, realizar el proceso de clarificación de la propiedad del predio Arroyo Grande descrito en la escritura pública N°161 de 1897. Proceso dentro del cual deben primar los derechos de las comunidades étnicas afrodescendientes, en virtud de la especial protección constitucional de la que gozan que, como se indicó, redundará en el enriquecimiento cultural de toda la nación colombiana, obviamente también respetando los derechos reales y en general los derechos adquiridos de buena fe.

18. Ahora bien, retomando el caso concreto de la comunidad indígena Mokaná, y como ya se advirtió, se acredita en el proceso que (i) no existe una delimitación formal del territorio ocupado por la comunidad accionante y sobre el cual pretenden reconocimiento; (ii) el folio de matrícula inmobiliaria y la cédula catastral que identifican el predio, no cuentan con un área determinada y cuenta con linderos costumbristas, los cuales imposibilitan determinar el área real; y (iii) El Instituto Geográfico Agustín Codazzi profirió la resolución No.080-838-0088-2013 mediante la cual dejó sin efecto la validez de la inscripción catastral por no corresponder con la realidad del predio, lo cual indica que a la fecha no existe ninguna inscripción catastral[160] que respalde jurídicamente el folio de matrícula 040-62887 perteneciente al predio denominado “ANTIGUO RESGUARDO DE INDÍGENAS” ubicado en el municipio de Tubará[161].

19. Dentro de la documentación aportada al expediente, se advierte el auto de modificación nro.2 expediente nro. 040-AA-2013-49 de 30 de septiembre de 2014[162], “por el cual se adiciona la actuación administrativa correspondiente al expediente mediante el cual se inició actuación para establecer la real situación jurídica del folio de matrícula inmobiliaria nro. 040-62887”, firmado por el registrador principal de la oficina de registro de instrumentos públicos del círculo de Barranquilla.

En dicho oficio, la Superintendencia Delegada para la Protección, Restitución y Formalización de Tierras, indicó que en cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales realizó el diagnóstico registral del globo de terreno denominado “Resguardo de Indígenas”, ubicado en el municipio de Tubará, ante las denuncias por presuntas irregularidades presentadas en las adjudicaciones dentro de este predio, identificado con folio de matrícula inmobiliaria nro. 040-62887, los 512 segregados que se desprenden directamente de este folio de mayor extensión y 1.716 segregaciones y sub segregaciones producto de actos y negocios jurídicos (divisiones materiales y compraventas parciales) posteriores a las adjudicaciones entre particulares. De acuerdo con las conclusiones del estudio jurídico-registral establecieron posibles inconsistencias desde el punto de vista de registro, así:

a) del estudio y evaluación al folio de matrícula inmobiliaria nro. 040-62887, de la carpeta de antecedentes registrales y de los libros de sistema antiguo de registro, determinaron que “el globo de terreno denominado Resguardo de Indígenas ubicado en el municipio de

Tubará, no registra una extensión de terreno determinada ni una cédula catastral que pueda identificarlo. El folio cuenta con 784 anotaciones, y su origen es la inscripción del auto aprobatorio del 29 de mayo de 1886 del Juzgado Primero de la Provincia de Barranquilla, en la cual se realizó remate del Juzgado Primero de la Provincia a Palacio Manuel María, inscrita en registro del 16 de julio de 1886 Código 109 y que consta en la anotación N° 1. Posteriormente, se pudo identificar que mediante escritura pública nro.1 del 31-12-1886 31 de diciembre del mismo año, el propietario vendió el suelo al municipio de Tubará y se reservó la propiedad y el uso del subsuelo para él y su familia, acto que llama la atención, toda vez que según las normas constitucionales de la época, el Estado era el propietario de los bienes de la unión como lo es el subsuelo (art.202 C.P. 1886). Desde la anotación 5 hasta la anotación 178, se evidencian múltiples compraventas y adjudicaciones derivadas de sucesiones del aparente propietario. De la anotación 170 en adelante, el folio refleja actos realizados por el municipio de Tubará en los cuales inician múltiples adjudicaciones de bienes inmuebles a particulares a título de cesión gratuita de bienes fiscales, donaciones y adjudicaciones propiamente dichas sobre el globo de terreno denominado “Resguardo de Indígenas”. Como dato importante, refirieron que la documentación que se encuentra en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi -IGAC- territorial Atlántico, corresponde a la ficha catastral asignada con la cédula 0004000100052000, inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria objeto de estudio, y que identifica físicamente un predio cuya extensión corresponde a 400 metros cuadrados aproximadamente y que se encuentra ubicado en un bien de uso público (playa), lo cual dicen, no refleja la realidad jurídica del predio, lo que los lleva a concluir que un predio con esa área no puede segregarse más de 512 veces, y que estos a su vez, se segreguen como consecuencia de compraventas parciales y divisiones materiales. Por esa razón, el IGAC mediante resolución 080-832-0088-2013 de septiembre 25 de 2013, revocó la resolución 00-003-0001-1121-000 por medio de la cual se otorgó cédula catastral al predio en mención y dejó sin efecto la validez de la misma. En consecuencia, afirmaron que “a la fecha no existe ninguna inscripción catastral en el municipio de Tubará que respalde jurídicamente el folio de matrícula inmobiliaria en estudio”.

b) La Superintendencia Delegada, según los antecedentes descritos, encontró probado que con el folio de matrícula inmobiliaria se están haciendo adjudicaciones en un predio sin cabida y linderos, situación que reviste gravedad, pues es imposible el fraccionamiento del predio por desconocer el área y los linderos en los cuales se está adjudicando, lo que va

contra las normas dispuestas para el caso[163].

c) Igualmente, estimó un alto riesgo frente al tema de registro de actuaciones en el folio de matrícula inmobiliaria, puesto que se podrían hacer adjudicaciones sobre un predio inexistente y/o traslapando predios, máxime cuando ni siquiera se tiene código catastral, ni área específica que lo identifique. Recordó que sobre el folio matriz 040-62887 se ha segregado 512 veces y sobre estos subsegregado hasta llegar a un total de 2.228 folios, situaciones estas que podrían llegar a ser violatorias de la Ley 1579 de 2012 (Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos).

Valga poner de presente, que el Registrador Principal de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla, dentro de esta actuación, resolvió, entre otros, (i) ordenar el bloqueo preventivo de todos los folios de matrícula inmobiliaria segregados y subsegregados del folio matriz 040-62887, sobre el cual se está adelantando la actuación administrativa; (ii) vinculó al INCODER (ahora ANT), al Instituto Geográfico Agustín Codazzi y a la Dirección General Marítima; (iii) notificó personalmente el auto al Alcalde del municipio de Tubará y a todas las personas con interés en la actuación, así como a terceros indeterminados; (iv) solicitó al Instituto Geográfico Agustín Codazzi certificación de los linderos y ubicación de los predios identificados con los folios de matrícula presuntamente afectados con la actuación; y (v) puso en conocimiento a la Procuraduría General de la Nación.

20. El recuento anterior hace evidente las dificultades que presenta el caso y la necesaria realización del proceso de clarificación que solicita la comunidad demandante. Ahora, para esta Sala es claro que dicho proceso escapa de la competencia y la capacidad técnica y material de esta Corte Constitucional. No obstante, es imperioso que la Agencia Nacional de Tierras, entidad encargada de concertar con las comunidades étnicas, a través de sus instancias representativas, los programas de clarificación y deslinde de sus tierras, según dispone el Decreto 2363 de 2015, respete las pautas previstas en el ordenamiento constitucional colombiano e internacional de los derechos humanos, para resolver conflictos por la propiedad de la tierra entre una comunidad indígena y terceros, reseñadas en la parte motiva del presente fallo.

En ese entendido, la queja formulada por los accionantes frente al despojo que

presuntamente han sufrido como consecuencia de sentencias judiciales, a través de las cuales se han otorgado títulos de propiedad sobre aquellos terrenos que presuntamente pertenecen a su resguardo, precisamente debe dilucidarse a través del proceso de clarificación, a la par de la actuación administrativa adelantada por la oficina de registro de instrumentos públicos del círculo de Barranquilla, a la que se vinculó al INCODER (ahora ANT), al Instituto Geográfico Agustín Codazzi y a la Dirección General Marítima.

21. Así las cosas, esta Corte ordenará al Director de la Agencia Nacional de Tierras, en coordinación con el Superintendente de Notariado y Registro y el Gerente del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, realizar el proceso de clarificación solicitado por la comunidad indígena Mokaná del Resguardado Colonial de Tubará, Puerto Colombia, Bajo Ostión, Juarúco, Morro Hermoso, Puerto Caimán, Corral de San Luis, Cuatro Bocas y Guaimaral, a la par de la actuación administrativa adelantada al folio de matrícula inmobiliaria 040-62887 perteneciente al predio denominado “Antiguo Resguardo de Indígenas” ubicado en el municipio de Tubará.

22. El proceso de clarificación, se debe regir por el procedimiento general establecido en la Ley 160 de 1994 y en el Decreto 1465 de 2013[164] (compilado en el Decreto único reglamentario N° 1071 de 2015). La culminación de este proceso y de la actuación administrativa mencionada, deberá darse en los próximos dos (2) años contados a partir de la notificación de la presente providencia.

23. Adicionalmente, según lo indicado en la parte motiva de esta providencia, el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas es de carácter fundamental. Ahora bien, debido a las ya referidas complejidades sobre el territorio objeto de estudio en el presente caso, es claro que para hacer efectivo cualquier derecho, debe surtirse previamente el proceso de clarificación de los terrenos y el saneamiento de la propiedad. Por ello, esta Sala estima necesario ordenar a la Agencia Nacional de Tierras que, una vez se haya culminado el proceso agrario, en los términos aquí establecidos, tramite las solicitudes de constitución y/o titulación a las que haya lugar, de manera pronta, efectiva y sin dilaciones injustificadas. Este trámite no podrá exceder del término de un (1) año a partir de la expedición de los actos administrativos que culminen el proceso de clarificación de la propiedad.

24. Superado el anterior análisis, la Sala procederá a pronunciarse frente a la aparente

vulneración del derecho fundamental a la consulta previa alegada por los demandantes en el relato de los hechos que fundamentan la presente acción constitucional.

25. En el caso objeto de estudio reclaman los accionantes la protección del derecho fundamental a la consulta previa, vulnerado según dicen por:

(i) La Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. y Consorcio Vía al Mar.

Refirió la comunidad demandante en el relato de los hechos de esta acción constitucional que (a) la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. y el Consorcio Vía al Mar, encargadas de la construcción de la “Vía al Mar”, desde que comenzaron con la obra, han generado conflictos con pescadores pertenecientes a grupos étnicos, los cuales se vieron forzados a desalojar los lugares donde acostumbraban a desarrollar su actividad de pesca[165], por lo que interpusieron una acción de tutela dirimida en la sentencia T-348 de 2012, en la que ordenaron indemnizarlos; y (b) que el proyecto atraviesa el territorio del resguardo y aun así no se realizó una consulta previa. Arguyeron que para el momento de la presentación de la tutela, se estaba adelantando la segunda calzada de la vía. Según los accionantes: el desarrollo de dicha actividad ha dañado predios del resguardo indígena y han sido víctimas de acoso, encaminado a que vendan sus tierras para poder continuar con la construcción de la segunda calzada, sin tener en consideración que se trata de lugares sagrados para la comunidad. A la altura de la parcialidad indígena de Morro Hermoso, donde están los lugares sagrados quieren cerrarle la vía de entrada a la comunidad, perjudicando no solo a los nativos sino también a quienes llegan a hacer sus pagamentos, tendrían que caminar más de un kilómetro exponiendo sus vidas para llegar a la entrada principal que antes no tenía ninguna clase de problemas. Hay denuncias que a la altura de Puerto Colombia han encontrado cementerios indígenas de los Ancestros, lo encontrado lo tienen en un llamado la “Y” de los chinos (sic) donde hay vasijas, ollas y osamenta entre otros”.

(ii) Alegan que el Proyecto Complejo Campestre “JW AEIRRU KU” – Unidad Residencial y Club El Poblado, con permiso otorgado por la C.A.R., Umata, Oficina de Planeación, Secretaría de Hacienda, Alcaldía y Concejo Municipal de Tubará, (c) ha talado varias hectáreas de bosque nativo, lo que ha puesto en peligro la fauna existente en el área de las “Reservas de Corral de San Luis, Juarúco, El Morro hasta Bajo Ostión”[166]. Adicionalmente, refirieron que se ha

secado el cauce de las aguas que eran usadas por los indígenas para sus actividades básicas; situación que les obligó a vender sus terrenos. Señalaron que han profanado lugares sagrados, como el Rupestre Mokane donde los indígenas realizan los “pagamentos”, y expresaron su preocupación por la fauna y flora de la zona.

Igualmente, señalan que el relleno sanitario los pocitos, el parque ambiental Los Pocitos, el horno crematorio Tecniaza, ECOSOL, la ladrillera Cuatrobocas, la fábrica de llantas Michelin “se han establecido en los terrenos del resguardo de indígenas sin haber adelantado una consulta previa con las autoridades tradicionales. Afirman no tener documentos para anexar a la tutela que prueben el hecho”.

26. A continuación procede la Sala a cotejar estas imputaciones con los documentos aportados al expediente.

(a) Revisado el fallo que mencionan, el T-348 de 2012, se advierte que la acción de amparo fue interpuesta por “La Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco -ASOPESCOMFE contra el Distrito Turístico de Cartagena, el Consorcio Vía al Mar, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Instituto Nacional de Concesiones - INCO -hoy Agencia Nacional de Infraestructura-, la Dirección General Marítima - DIMAR y el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS”, solicitando el amparo de los derechos fundamentales de sus integrantes al trabajo, a la paz, a la salud mental, a la vida digna, a la libre escogencia de profesión u oficio, a la protección especial de la tercera edad, de las minorías étnicas y de la diversidad cultural y a la dignidad humana.

En los hechos de la demanda afirmaron que “El Consorcio Vía al Mar mantiene y opera la carretera Cartagena - Barranquilla, ruta 90A, conocida como la vía al mar. El Consorcio tiene a cargo las labores de diseño y construcción del anillo vial de Crespo. En desarrollo de esa labor, presentó al Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible la información y documentación necesaria para la expedición de la licencia ambiental. Para el efecto, solicitó al Ministerio del Interior certificación sobre la presencia de comunidades indígenas y negras en el área de influencia del proyecto. Mediante las certificaciones OFI09-15106-GCP-0201 y la OFI11-31911-GCP-201 del 14 de mayo de 2009 y del 28 de julio de 2011, respectivamente, el Ministerio del Interior certificó la no presencia de las comunidades

mencionadas en la zona del proyecto. A través de la Resolución No. 1630 de 24 de agosto de 2009, se concedió licencia ambiental al proyecto “Anillo Vial Malecón Crespo”. Alegaron que el megaproyecto denominado “Anillo Vial Malecón de Crespo” el cual requería la construcción del túnel del Crespo, se inició en la zona donde realizaban su labor de pesca, sin que las entidades competentes les hubieran realizado ningún llamado formal para escuchar sus opiniones en relación con el proyecto. Por ese motivo, y al ver la instalación de una máquina en el mar a unos 200 o 300 metros aproximadamente, decidieron enviar una carta al Consorcio Vía al Mar, con el fin de llegar a un acuerdo por el inminente cierre de las playas y el secado de los cuerpos de agua debido a las técnicas de construcción, lo cual tornaba difícil coger los frutos del mar, como lo hicieron por más de 50 años.

Atendida su solicitud, señalaron que les mostraron un video sobre varios aspectos del proyecto, permisos, presupuesto, origen de los recursos económicos, participación del Distrito de Cartagena, etc. pero en el marco de esa reunión, no se habló de sus actividades de pesca ni de sus familias, las cuales eran las más afectadas con la realización del proyecto, solo hablaron de reparar a la Empresa Pública Ambiental del Distrito de Cartagena (EPA) por los daños ambientales que les estaban causando a los cuerpos de aguas, a las playas y al ecosistema, pero a quienes dependían económicamente de los frutos del mar les ofrecieron puestos de trabajo para mano de obra calificada hasta la terminación de la construcción, y la capacitación en proyectos productivos, desconociendo el derecho de la población afrodescendiente, y las normas jurídicas que protegen a los grupos minoritarios que por su condición de indefensión y debilidad manifiesta requieren de una protección especial. Por ello consideraron que el Distrito de Cartagena, el Consorcio Vía al Mar y las otras entidades accionadas estaban vulnerando abiertamente los derechos de las minorías a la consulta previa, los derechos de los adultos mayores que se dedicaban a la pesca en esta zona y los derechos de las familias de todos los pescadores que han sufrido la disminución constante de sus ingresos.

La Sala Séptima de Revisión, estudió como problema jurídico, “si el Consorcio Vía al Mar y las demás entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales al trabajo, a la libre escogencia de oficio o profesión, a la consulta previa de la comunidad pesquera y los derechos de los adultos mayores, al omitir garantizar un espacio de participación y concertación previo a la construcción del proyecto “Anillo Vial – Malecón del Barrio Crespo” con ASOPESCOMFE, y no ofrecerle a sus miembros medidas de reparación adecuadas por

los daños causados en desarrollo del proyecto”. Dentro de las temáticas analizadas, precisamente abordó aquella relacionada con “El derecho a la participación de comunidades locales en la construcción de megaproyectos que generan una afectación al ambiente e impactan a las comunidades asentadas en su área de influencia”, así como “La consulta previa como mecanismo de participación en la toma de decisiones ambientales”.

En el análisis del caso concreto, la Sala de Revisión advirtió que no era aplicable la consulta previa, en razón a que no se estaba ante un grupo culturalmente diferenciado titular de este derecho especial de participación, como lo son los indígenas y los afrodescendientes. Sin perjuicio de lo anterior, resaltó que “lo cierto es que cuando se trata de la realización de grandes proyectos de infraestructura que conllevan una afectación al ambiente, es necesario garantizar la participación de las comunidades afectadas con base en lo consagrado en los artículos 2, 40, 79 y 103 en la Constitución. De la misma forma, como parte de las decisiones que toma la administración y que afectan las tradiciones y la vida diaria de las poblaciones, el derecho al debido proceso administrativo y el derecho a la participación, obligan a concertar con la comunidad las medidas previas, interinas y posteriores que se adoptarán en el desarrollo de la ejecución del proyecto, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales”.

Enfatizó que “a pesar de que la Asociación actora no hace parte de una comunidad indígena, afrodescendiente o tribal, esto no es óbice para que en las negociaciones previas y estudios de impacto del proyecto “Anillo Vial Malecón Vía Crespo”, ignoren las opiniones de la comunidad de pescadores que trabajan en las playas afectadas. Es decir, el hecho de que los pescadores no sean parte de una población identificada como indígena o afrodescendiente, no implica una autorización para que las obras de un macroproyecto se realicen ignorando al resto de la comunidad posiblemente afectada. De hecho, por tratarse de obras que pueden afectar el medio ambiente y las prácticas productivas, se debe garantizar que la comunidad en general y sobretodo del grupo de personas que depende del espacio hídrico para acceder a un ingreso mínimo, tengan conocimiento claro e integral de la obra que se realizará, así como de los efectos positivos y negativos que se prevén, y participen en el diseño de las medidas de mitigación y compensación correspondientes”.

La Sala indicó que “la participación de una comunidad específica no se puede reducir a que la autoridad competente organice reuniones de información o de socialización del proyecto,

sino que éstas deben realizarse en coordinación con la comunidad, y deben contener espacios que garanticen efectivamente la participación. En otras palabras, los espacios no deben ser de naturaleza únicamente informativa sino verdaderos espacios de concertación teniendo en cuenta los intereses de la comunidad afectada, y no sólo los del proyecto a realizar. En consecuencia, y por la calidad de la comunidad de pescadores artesanales, las medidas de compensación y de mitigación del proyecto, debían ser concertadas con la comunidad. Así, la única forma como las medidas serán eficaces y adecuadas, es que sean el resultado de una evaluación, no sólo de los efectos negativos en el medio ambiente, sino de su impacto en la comunidad, teniendo en cuenta sus características especiales y su relación con el entorno ambiental, es decir, es necesario realizar una “evaluación nativa de los impactos”, y ésta sólo se logra identificando y caracterizando el significado que tiene para los pescadores, en este caso, ver restringidas sus estrategias tradicionales de subsistencia, tal como lo afirmó el ICANH”.

En el estudio del caso concluyó que “a) el método o mecanismo utilizado para realizar el censo de personas que ejercen la actividad de pesca en el área de influencia del megaproyecto no fue idóneo para identificar a toda la población afectada; y b) no se realizaron convocatorias abiertas y públicas dirigidas concretamente a la comunidad pesquera de la zona, para que asistieran a las reuniones de socialización e información del proyecto. Esta última tendría una referencia concreta del megaproyecto, del diagnóstico de los impactos que se podrían generar, de las fechas en las que se llevarían a cabo las reuniones, y resaltaría la importancia de conocer las opiniones de los pescadores –en este caso- para concertar las medidas de compensación o las de reparación si se generan daños”.

En todo caso, la Sala resaltó que la identificación de la comunidad afectada, debe ser una responsabilidad no sólo de la entidad ejecutora del megaproyecto, sino también de las autoridades estatales, quienes, en ejercicio de su deber de vigilancia, deben validar la información de las poblaciones afectadas y los estudios de impacto realizados.

Finalmente, la Sala advirtió que “el desarrollo del proyecto puede traer imprevistos que pueden tener impactos negativos ambientales y sociales distintos a los previstos inicialmente, y en esa medida, las acciones que se tomen para su mitigación deben ser también compartidas y concertadas con los sectores de la población que subsisten del área

acuática. Dichos espacios deberán ser debidamente valorados por las entidades estatales competentes, por ser el Estado el principal garante de los derechos fundamentales constitucionales, en particular, las autoridades municipales”.

La Sala de Revisión resolvió (i) negar el amparo solicitado respecto al derecho fundamental a la consulta previa, por cuanto los integrantes de ASOPESCOMFE no eran parte de pueblos indígenas o tribales, o comunidades afrodescendientes, (ii) contrario a lo aseverado por los demandantes, desestimó la pretensión de la Asociación sobre la indemnización económica pretendida, puesto que es improcedente vía el amparo constitucional. No obstante, sí consideró que las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales a la participación, al trabajo, a la libre escogencia de oficio y a la alimentación de ASOPESCOMFE, por ello ordenó al Consorcio Vía al Mar, teniendo en cuenta los impactos actuales de las actividades de obra en el proyecto, garantizar espacios de concertación con la Asociación en los que se tengan en cuenta sus opiniones, así como diseñar en conjunto con sus integrantes, las medidas de compensación, las cuales deberán ser acordes con la calidad del oficio desarrollado como pescadores artesanales y no necesariamente de naturaleza económica. De la misma manera, la Sala expresó que “es consciente que la ciudad de Cartagena, actualmente se encuentra desarrollando proyectos de infraestructura vial y turística, y que al mismo tiempo, es una de las ciudades de Colombia en que la población de más bajos recursos recurre al oficio de la pesca”. Por ello, advirtió a las autoridades competentes, sobre todo a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, que en futuros proyectos de infraestructura que intervengan las áreas de pesca en las playas, a pesar de que se trata de bienes de uso público, garantice espacios de concertación entre el constructor y la comunidad pesquera, para que se adopten medidas adecuadas y conforme a un estudio de impacto nativo. Asimismo, “exhorto al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y a las autoridades ambientales de Cartagena, a la Dirección General Marítima, a la Agencia Nacional de Infraestructura y al Distrito Turístico de Cartagena, para que en el futuro, las obras que afecten o puedan presentar una afectación a las zonas marítimas o playas donde comunidades dependen de la actividad pesquera, se garantice espacios de concertación, y no mera información y socialización, en los que se acuerden medidas de compensación acordes con un estudio cultural y con la naturaleza y las características de las comunidades que se dedican a la pesca como actividad tradicional y de sustento económico”.

(b) Respecto a los señalamientos descritos en este acápite, se advierte que la apoderada del Consorcio Vía al Mar, en la contestación de la demanda respondió que “los demandantes no aportaron una prueba sumaria que evidenciara la existencia jurídica o reconocimiento legal de los resguardos indígenas que decían representar. Afirmó que, mediante la Gobernación, puede verificarse que en el Departamento del Atlántico no existen registros ni reconocimientos de las comunidades indígenas mencionadas en la tutela”. Actualmente, dijo, “el Consorcio está en etapa de operación y mantenimiento del proyecto, adelantando obras menores de mantenimiento rutinario, sin que necesite, en consecuencia, adquirir algún predio adicional, razón por la que no está llamado a responder por la supuesta amenaza o vulneración de los derechos invocados”.

En relación con la afirmación según la cual “Hay denuncias que a la altura de Puerto Colombia han encontrado cementerios indígenas de los Ancestros, lo encontrado lo tienen en un llamado la “Y” de los chinos (sic) donde hay vasijas, ollas y osamenta entre otros”.

Encuentra la Sala dentro del material probatorio allegado con la demanda por los accionantes, la contestación a un derecho de petición elevado a la Concesión Costera Cartagena Barranquilla SAS., en la que el Concesionario informa lo siguiente[167]:

“Los días 14 y 15 de febrero de 2017 a la peticionaria se le hizo un recorrido por el Laboratorio de Arqueología de la Concesión Costera Barranquilla SAS ubicado en el Centro de Control de Operaciones en la Yé de los Chinos, Municipio de Puerto Colombia, Atlántico.

En unos de estos recorridos se mostraron los hallazgos arqueológicos realizados en las Unidades Funcionales 5 y 6 del proyecto constructivo. De la misma manera, el arqueólogo responsable de dichas investigaciones propuso realizar algunas charlas arqueológicas ante su comunidad. En este sentido, la Concesión Costera Cartagena Barranquilla SAS queda atenta para que a través de su vocería y con el arqueólogo se definan las fechas y lugares para las mismas.

Se hace entrega del informe arqueológico que en su momento fue aprobado por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH. Si bien la Concesión Costera Cartagena Barranquilla SAS como las demás empresas que adelantan actividades civiles a nivel nacional no están obligadas a presentar informes a las autoridades civiles del orden

territorial, a no ser que ellas lo soliciten, queremos aclarar lo siguiente:

El informe al que se hace alusión –y del cual se hace entrega a la peticionaria-, se titula “Programa de arqueología preventiva. Prospección y plan de manejo arqueológico para la Concesión Costera Cartagena Barranquilla SAS. Unidades Funcionales 4, 5, 6 y Rotonda. Departamentos de Atlántico y Bolívar”. El mismo fue aprobado bajo la licencia ICANH 4836 de 2015.

Informamos que la Concesión Costera Cartagena Barranquilla SAS cuenta actualmente con las licencias arqueológicas vigentes (5376 de 2015, 5396 de 2015 y 5468 de 2016). En función de lo anterior, las excavaciones arqueológicas realizadas hasta la fecha cuentan con todos los protocolos técnicos y permisos legales; de tal forma que no existe razón o causal legal en virtud de las cuales tenga que suspenderse el desarrollo de las obras civiles adelantadas por la Concesión.

Así mismo y en desarrollo de la transparencia operacional que le asiste a la Concesión en todas sus actividades, hay que manifestar que de los estudios arqueológicos realizados hasta la fecha se ha informado oportunamente al ICANH quien, actuando en consonancia con las actividades de investigación, ha autorizado varias adendas a las licencias arqueológicas.

Es de aclarar que la suspensión de obras, de conformidad con las leyes 397 de 1997; 1185 de 2008; los decretos reglamentarios 833 de 2002, 763 de 2009 y 1530 de 2016 solo es aplicable para excavaciones arqueológicas ilegales o para aquellas obras que no cuenten con los permisos del ICANH, situaciones en las que no se enmarca las actividades desplegadas por esta concesión.

Finalmente señalamos que una vez se obtengan los resultados y las aprobaciones respectivas de los Planes de Manejo Arqueológico relacionados con las Autorizaciones ICANH 5376 de 2015, 5396 de 2015 y 5468 de 2016, los informes estarán disponibles para las personas o entidades que lo soliciten”[168].

Si bien este documento da cuenta del manejo que la Concesión Costera ha dado a los hallazgos arqueológicos del proyecto constructivo, también evidencia que para ello, se desconoció la presencia de grupos étnicos en la zona de influencia del proyecto, lo que de

contera resulta en la vulneración de sus derechos fundamentales a la consulta previa y la inminente afectación por la perturbación al territorio geográfico, cultural, ancestral y espiritual de la comunidad.

(c) El apoderado del Proyecto Complejo Campestre “JW AEIRRUKU” – Unidad Residencial y Club El Poblado, frente a las imputaciones endilgadas, respondió que desde el año 2013 el Municipio de Tubará mediante licencia de urbanismo y construcción Resolución 108 del 13 de diciembre de 2013, modificada por las resoluciones 028 del 21 de abril de 2015, 109 del 14 de diciembre de 2015 y la 116 del 28 de diciembre de 2015, todas expedidas por la Secretaría de Planeación del municipio, por ser la entidad competente, expidió los permisos correspondientes para el desarrollo de la actividad urbanizadora; todo lo anterior de conformidad al “Esquema de ordenamiento vigente, acuerdo 018 de 2001”. De todos los documentos relacionados se allega copia en carpeta anexa al expediente (folios 27 a 49).

Aseveró que el complejo campestre cuenta con todas las licencias urbanísticas y permisos ambientales requeridos para el desarrollo de la actividad; “que si bien es cierto al principio interviene el medio ambiente, como tal el uso residencial genera compatibilidad con el mismo y más aun tratándose de condominios campestres”. Que antes de realizar cualquier intervención sobre el predio a construir, se realizaron los estudios pertinentes tales como “PLAN DE MANEJO AMBIENTAL E INVENTARIO FORESTAL y su correspondiente plan de compensación los cuales fueron radicados desde el 27 de marzo de 2015 y la corporación autónoma regional inicio trámite a través del auto 0000282 de 2015”. Reposa copia de esta documentación a folios 45 al 150 en carpeta anexa al expediente. Se observa igualmente, copia de la resolución 000515 de 2015, en la que se reseña que en la visita de campo efectuada el 15 de julio de 2015, por parte de funcionarios adscritos a la Gerencia de Gestión Ambiental de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico, con el fin de verificar el inventario y plan de aprovechamiento forestal presentado por la empresa el Poblado que “c.- el lote de terreno es surcado particularmente por dos arroyos a los cuales se les ha respetado la ronda hídrica, es así como se observan áreas con la vegetación original del terreno y sus individuos vegetales característicos de Bosque Seco Tropical. Se comprobó que las especies enumeradas y censadas dentro de las parcelas son las nativas de la zona, tienen un importante valor para la conservación de la biodiversidad, por lo que se procederá a otorgar el aprovechamiento forestal del área y se impondrán medidas compensatorias en una porción 1:3, es decir por cada árbol talado se debe sembrar tres

individuos forestales, para un total de 25.755 árboles.

El permiso otorgado por la CAR fue condicionado entre otros, al cumplimiento de la obligación de no afectar las rondas hídricas de los arroyos que surcan el área del proyecto, esto es, alrededor de los arroyos debe conservar las áreas con la vegetación original del terreno y sus individuos vegetales característicos de Bosque Seco Tropical. En relación con la fauna existente, el proyecto debe contemplar la implementación de medidas de ahuyentamiento y/o traslado de las especies presentes. Del cumplimiento a las órdenes impartidas en este acto administrativo, se allegó al plenario, copia de las actas de comité de seguimiento ambiental (folios 322 al 333 carpeta anexa al expediente).

27. Una vez más se evidencia que las autoridades competentes no verificaron la presencia de grupos étnicos en la zona a construir, lo que reafirma la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa y la inminente afectación por la perturbación al territorio geográfico, cultural, ancestral y espiritual de la comunidad.

28. Las autoridades involucradas en el presente caso desconocieron las reglas de decisión que ha empleado la Corte para dirimir controversias en las que se disputa la presencia de pueblos indígenas en la zona de influencia de un proyecto, para efectos de reconocer su derecho a la consulta previa, a saber:

“(i) No cabe desconocer la existencia de comunidades étnicas en la zona de influencia de un proyecto, con el único argumento de que su presencia no ha sido certificada por la entidad respectiva. En consecuencia, cuando se haya certificado la no presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia de un proyecto pero, no obstante, otros mecanismos de prueba permiten constatar su existencia, el responsable del proyecto deberá tenerlas en cuenta en los respectivos estudios y dar aviso al Ministerio del Interior, para efectos de garantizar su derecho a la consulta previa.[169]

(iii) Tampoco cabe negar el derecho de un grupo étnico a ser consultado con el argumento de que su territorio no se encuentra titulado como resguardo indígena o territorio colectivo o no ha sido inscrita dentro del registro de comunidades indígenas y afro colombianas del Ministerio del Interior.[170]

(iv) Cuando existan dudas sobre la presencia de grupos étnicos en el área de influencia de

un proyecto, o sobre el ámbito territorial que debe ser tenido en cuenta para efectos de garantizar el derecho a la consulta previa, la entidad encargada de expedir la certificación debe efectuar un reconocimiento en el terreno y dirimir la controversia a través de un mecanismo intersubjetivo de diálogo en el que se garantice la participación efectiva de las comunidades cuyo reconocimiento o afectación territorial es objeto de controversia.”[171]

Igualmente, la Corte ha enfatizado que “en todo caso, cuando existan razones fundadas para considerar que la población asentada en la zona de influencia de un proyecto no es titular del derecho a la consulta previa, debe garantizarse su derecho fundamental a la participación efectiva y significativa en la evaluación de los estudios de impactos ambientales, sociales y culturales derivados del proyecto, en la determinación de las medidas de prevención, mitigación y compensación, y en la elaboración de los instrumentos empleados para censar a la población afectada. Asimismo, su derecho a recibir compensaciones equitativas por las mayores cargas ambientales y sociales que, en caso de que el proyecto se lleve a cabo, tendrán que soportar como consecuencia de su realización[172]”.

29. Para esta Sala es claro, sin lugar a dudas, que a la comunidad demandante se le ha vulnerado su derecho fundamental a la consulta previa, en tanto no pudieron manifestar su opinión (derecho a la participación) sobre las medidas que según se advierte, constituyen un impacto a sus formas de vida. Por supuesto, el derecho a la consulta previa se vulnera cuando se evidencia la existencia de una afectación directa sobre una comunidad y el proyecto que debía ser consultado ya se encuentra en fase de ejecución o ya se cumplió con su implementación total.

Valga resaltar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional la consulta sobre actividades que afectaron a los pueblos indígenas y que no fueron sometidos a dicho proceso opera, incluso (i) después del inicio de la ejecución de la actividad: pues se trata de la vulneración de un derecho fundamental cuya afectación es continua en el tiempo. Adicionalmente, en caso de existir un cambio sustancial en las condiciones del proyecto, que implique la adopción de nuevas medidas o la alteración del significado concreto de medidas ya tomadas, el deber de consulta se renueva pese a que el proyecto se encuentre en desarrollo. En estas circunstancias, la jurisprudencia ha indicado que esta obligación

exige la identificación de las nuevas afectaciones que surjan en la realización de la actividad, al igual que las fases restantes del proyecto; o (ii) pese a su implementación total: evento ante el cual la consulta se dirige a buscar los remedios para reparar, recomponer y restaurar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, los cuales, deben responder a la clase de daño sufrido por la comunidad étnica. Tal regla tiene fundamento no solo en el principio general del derecho según el cual todo daño antijurídico debe ser reparado, sino porque el juez constitucional no puede avalar la vulneración de los derechos fundamentales o declarar la ocurrencia de un daño consumado en materia de consulta previa, pues se crearía un incentivo indebido para evadir esta obligación constitucional. (Resaltado y subrayado propio)

30. De lo expuesto se desprende entonces la necesidad de que esta Corte ordene al Ministerio del Interior, como autoridad encargada de dar cuenta de la presencia o ausencia de comunidades en determinada zona del territorio nacional, que en el marco de sus competencias y en ejercicio de sus funciones, inicie de manera inmediata, las gestiones tendientes a adoptar bajo una estrategia de enfoque diferencial, el procedimiento a seguir para la búsqueda de alternativas o medidas que se puedan abordar en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento en aquellas actuaciones adelantadas en el presente asunto, que de alguna manera hayan impactado o amenacen con afectar directamente a la comunidad accionante.

Lo anterior teniendo en cuenta que los accionantes alegan que al momento de interposición de la acción de tutela el Consorcio “Vía al Mar” estaba adelantando la segunda calzada de la vía, y que según eso: i) el desarrollo de dicha actividad ha dañado predios del resguardo indígena y (ii) han sido víctimas de acoso, encaminado a que vendan sus tierras para poder continuar con la construcción de la segunda calzada, sin tener en consideración que se trata de lugares sagrados para la comunidad. “A la altura de la parcialidad indígena de Morro Hermoso, donde están los lugares sagrados quieren cerrarle la vía de entrada a la comunidad, perjudicando no solo a los nativos sino también a quienes llegan a hacer sus pagamentos, tendrían que caminar más de un kilómetro exponiendo sus vidas para llegar a la entrada principal que antes no tenía ninguna clase de problemas. Hay denuncias que a la altura de Puerto Colombia han encontrado cementerios indígenas de los Ancestros, lo encontrado lo tienen en un llamado la “Y” de los chinos (sic) donde hay vasijas, ollas y osamenta entre otros”[173]. Sobre esta última queja, recordamos que según el precedente

jurisprudencial es “obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión”[174].

31. Así queda establecida la necesaria y urgente intervención estatal en el presente asunto, a fin no solo de realizar el proceso de clarificación de la propiedad de la comunidad Mokaná, sino de sanear y verificar los conflictos suscitados por la falta del proceso de consulta, en atención a la especial salvaguarda que merecen dichos procesos en virtud de los principios de pluralismo y multiculturalidad que rigen nuestra República.

32. Ahora, es claro que los anteriores procesos deben surtirse con la participación y mediación de diferentes entidades del estado, las cuales de manera articulada deben seguir las pautas constitucionales expuestas en el presente fallo. Por tal motivo, esta Corte ordenará al Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa que en coordinación con las entidades y dependencias que estime necesario, la Alcaldía Municipal de Tubará, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), y los representantes de la comunidad indígena accionante, procedan a realizar el proceso de consulta orientado a determinar la afectación que los distintos proyectos de infraestructura han causado sobre su territorio, su integridad cultural o sobre cualquier aspecto de su cosmovisión.

33. Este proceso deberá respetar y proteger los derechos de las personas afectadas y, en especial, de la comunidad accionante Mokaná, teniendo en cuenta que la misma ha ocupado ancestralmente esos territorios. Así mismo, la culminación del procedimiento deberá darse en los próximos dos (2) años contados a partir de la notificación de la presente providencia, atendiendo al hecho que en el marco de este asunto, también se está ordenando iniciar el proceso de clarificación de la propiedad, titulación y constitución del resguardo demandante.

III. DECISIÓN

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la

Constitución.

RESUELVE

PRIMERO.-REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Barranquilla el 9 de febrero de 2018, que declaró improcedente la protección a la propiedad privada de los grupos indígenas de la comunidad Mokaná.

SEGUNDO.-ORDENAR al Director de la Agencia Nacional de Tierras, en coordinación con el Superintendente de Notariado y Registro y el Gerente del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, realizar el proceso de clarificación solicitado por la comunidad indígena Mokaná del Resguardado Colonial de Tubará, Puerto Colombia, Bajo Ostión, Juarúco, Morro Hermoso, Puerto Caimán, Corral de San Luis, Cuatro Bocas y Guaimaral, a la par de la actuación administrativa adelantada al folio de matrícula inmobiliaria 040-62887 perteneciente al predio denominado “Antiguo Resguardo de Indígenas” ubicado en el municipio de Tubará.

Este proceso, si bien se debe regir por el procedimiento general establecido en la Ley 160 de 1994 y en el Decreto 1465 de 2013[175] (compilado en el Decreto único reglamentario N° 1071 de 2015), deberá respetar y proteger los derechos de las personas afectadas y, en especial, de la comunidad demandante, teniendo en cuenta que la misma ha ocupado ancestralmente esos territorios. Así mismo, la culminación del procedimiento deberá darse en los próximos dos (2) años contados a partir de la notificación de la presente providencia.

TERCERO.-REQUERIR al Gerente del IGAC, a la Superintendencia de Notariado y Registro y al Registrador Principal de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circulo de Barranquilla que pongan a disposición del Director de la Agencia Nacional de Tierras, toda la información que posean respecto de la actuación administrativa correspondiente al expediente nro.040-AA-2013-49 tendiente a establecer la real situación jurídica del folio de matrícula inmobiliaria nro. 040-62887 con relación al globo de terreno denominado “Resguardo de Indígenas” ubicado en el municipio de Tubará.

CUARTO.- ORDENAR al Gerente del IGAC, a la Superintendencia de Notariado y Registro y al Registrador Principal de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circulo de Barranquilla agilizar la actuación administrativa correspondiente al expediente nro.040-

AA-2013-49 tendiente a establecer la real situación jurídica del folio de matrícula inmobiliaria nro. 040-62887 con relación al globo de terreno denominado “Resguardo de Indígenas” ubicado en el municipio de Tubará, iniciada en diciembre de 2013, la cual debe culminar a la par con el proceso de clarificación ordenado en el aparte segundo del resuelve. Esto es, en los próximos dos (2) años contados a partir de la notificación de la presente providencia.

QUINTO.-ORDENAR al Director de la Agencia Nacional de Tierras que, una vez se haya culminado el proceso agrario, tramite las solicitudes de constitución y/o titulación a las que haya lugar, de manera pronta, efectiva y sin dilaciones injustificadas. Este trámite no podrá exceder del término de un (1) año a partir de la expedición de los actos administrativos que culminen el proceso de clarificación de la propiedad.

SEXTO.- ORDENAR a la Superintendencia de Notariado y Registro la adopción de la medida descrita en el artículo 8 del Decreto 1465 de 2013, referente a la inscripción de la apertura del proceso de clarificación en todos aquellos folios de matrícula segregados y subsegregados que se encuentran en conflicto con el folio matriz 040-62887 identificados (2.228 folios) y relacionados en el auto de modificación nro.2 del expediente 040-AA-2013-49 de fecha 30 de septiembre de 2014.

Para fines de cumplimiento de esta medida, la Superintendencia de Notariado y Registro y las oficinas de registro respectivas, deberán actuar en coordinación con la Agencia Nacional de Tierras y el IGAC. Entidades que estarán obligadas a actuar diligentemente, sin dilación alguna.

La Superintendencia de Notariado y Registro y las oficinas de registro se abstendrán de crear cualquier folio de matrícula nuevo, hasta tanto no culmine el proceso de clarificación de la propiedad.

SÉPTIMO.-ORDENAR a la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio de Interior, a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación, que en el marco de sus competencias y en ejercicio de sus funciones asesore y acompañe a la comunidad indígena Mokaaná del Resguardado Colonial de Tubará, Puerto Colombia, Bajo

Ostión, Juarúco, Morro Hermoso, Puerto Caimán, Corral de San Luis, Cuatro Bocas y Guaimaral, en los procesos que se lleven a cabo en el presente asunto.

OCTAVO.- ORDENAR al Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa que, en coordinación con las entidades y dependencias que estime necesario, la Alcaldía Municipal de Tubará, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), y los representantes de la comunidad indígena accionante, procedan a realizar el proceso de consulta orientado a determinar la afectación que los distintos proyectos de infraestructura han causado sobre sus territorios, su integridad cultural o sobre cualquier aspecto de su cosmovisión.

Este proceso deberá respetar y proteger los derechos de las personas afectadas y, en especial, de la comunidad accionante Mokaná, teniendo en cuenta que la misma ha ocupado ancestralmente esos territorios. Así mismo, la culminación del procedimiento deberá darse en los próximos dos (2) años contados a partir de la notificación de la presente providencia, atendiendo al hecho que en el marco de este asunto, también se está ordenando iniciar el proceso de clarificación de la propiedad, titulación y constitución del resguardo demandante.

NOVENO.-SOLICITAR a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo que, en ejercicio de sus funciones, vigile el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos protegidos. Para el anterior efecto, por Secretaría General de esta Corporación ofíciase a las entidades referenciadas.

DECIMO. – ENVIAR copia de esta providencia a cada una de las partes, y adicionalmente, al Instituto Colombiano de Antropología e Historia –ICANH, así como al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

DECIMO PRIMERO. – LÍBRESE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones a las que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sala de Selección Número Siete, conformada por los magistrados Diana Fajardo Rivera y Alberto Rojas Ríos. Auto del 27 de julio de 2018, notificado el 13 de agosto de 2018.

[2] Constitución Política de Colombia de 1991: “Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.” (Subrayado fuera del texto)

[3] Constitución Política de Colombia de 1991: “Artículo 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte. Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.”(Subrayado fuera del texto)

[4] Ver folio 3 del segundo cuaderno.

[5] Ver folio 3 del segundo cuaderno.

[6] Publicada en la Gaceta Judicial, Tomo XXVIII, No. 1479, pg. 343 y 344.

[7] Constitución Política de Colombia de 1991: “Artículo 286. 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.”

[8] Corte Constitucional, Sentencia T-530 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: “Una de las manifestaciones más importantes del derecho fundamental a la autonomía de los pueblos indígenas es la posibilidad – reconocida por la Constitución – de que estas comunidades sean gobernadas por sus propias autoridades tradicionales. Al respecto, la jurisprudencia ha reconocido que esta facultad implica, a su vez, el derecho a escoger la modalidad de gobierno que debe regir a las comunidades; la posibilidad de establecer las funciones que les corresponden a las autoridades de acuerdo con las costumbres tradicionales y los límites que señale la ley; a determinar los requisitos para acceder a estos cargos y los procedimientos de elección de sus miembros y a definir las instancias internas de decisión de los conflictos electorales y judiciales”.

[9] Constitución Política de Colombia de 1991: “Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. -”

[10] Ver folio 6 del segundo cuaderno.

[11] Ver folio 6 del segundo cuaderno.

[12] Constitución Política de Colombia de 1991: “Artículo 58. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 1 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los

derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa – administrativa, incluso respecto del precio.”

[13] Ver folio 6 del segundo cuaderno.

[14] Corte Constitucional, Sentencia T-488 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Se refiere al régimen jurídico aplicable a los bienes baldíos en el ordenamiento nacional.

[15] Refiere que mediante la sentencia T-348 de 2012, se tutelaron los derechos fundamentales de los pescadores de la zona y se le obligó a la responsable a indemnizarlos por los perjuicios causados.

[16] Ver folio 8 del segundo cuaderno.

[17] Ver folio 9 del segundo cuaderno.

[19] Ver folio 9 del segundo cuaderno.

[20] Decreto 1983 de 2017: “Artículo 1. Modificación del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015. Modifícase el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, el cual quedara así: “Artículo 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas: 2. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría”.

[21] Ver folios 28 y 29 del segundo cuaderno.

[22] Ver folios 236 al 240 del segundo cuaderno.

[23] Ver folios 247 al 254 del segundo cuaderno.

[24] Ver folios 256 al 268 del segundo cuaderno.

[25] Ver folios 290 al 293 del segundo cuaderno.

[26] Ver folios 299 al 302 del segundo cuaderno.

[27] Folio 1 al 7, carpeta anexa al expediente.

[28] Ver folios 316 al 328 del segundo cuaderno.

[29] Ver folio 16 del segundo cuaderno.

[30] Ver folios 17 al 22 del segundo cuaderno.

[31] Ver folios 23 al 30 del segundo cuaderno.

[32] Ver folios 31 al 36 del segundo cuaderno.

[33] Ver folio 37 del segundo cuaderno.

[34] Ver folio 38 del segundo cuaderno.

[35] Ver folios 39 al 41 del segundo cuaderno.

[36] Ver folios 42 al 43 del segundo cuaderno.

[37] Ver folios 44 al 45 del segundo cuaderno.

[38] Ver folios 46 al 49 del segundo cuaderno.

[39] Ver folios 50 al 53 del segundo cuaderno.

[40] Ver folio 54 del segundo cuaderno.

[41] Ver folios 55 al 56 del segundo cuaderno.

[42] Ver folios 57 al 58 del segundo cuaderno.

[43] Ver folios 59 al 70 del segundo cuaderno.

[44] Ver folios 79 al 80 del segundo cuaderno.

[45] Ver folio 81 del segundo cuaderno.

[46] Ver folio 82 del segundo cuaderno.

[47] Ver folios 83 al 84 del segundo cuaderno.

[48] Ver folio 85 del segundo cuaderno.

[49] Ver folios 86 al 91 del segundo cuaderno.

[50] Ver folios 92 al 101 del segundo cuaderno.

[51] Ver folios 102 al 103 del segundo cuaderno.

[52] Ver folios 104 del segundo cuaderno.

[53] Ver folios 105 del segundo cuaderno.

[55] Ver folios 109 al 129 del segundo cuaderno.

[56] Ver folios 130 al 153 del segundo cuaderno.

[57] Ver folios 154 al 155 del segundo cuaderno.

[58] Ver folios 156 al 158 del segundo cuaderno.

[59] Ver folios 159 al 161 del segundo cuaderno.

[60] Ver folios 162 al 163 del segundo cuaderno.

[61] Ver folios 164 al 170 del segundo cuaderno.

[62] Ver folios 171 al 173 del segundo cuaderno.

[63] Ver folios 174 al 179 del segundo cuaderno.

[64] Ver folios 180 al 198 del segundo cuaderno.

[65] Ver folios 199 al 200 del segundo cuaderno.

[66] Ver folios 241 al 245 del segundo cuaderno.

[67] Ver folios 269 al 289 del segundo cuaderno.

[68] Ver folios 346 al 349 del segundo cuaderno.

[69] Esta Corporación ha señalado en su copiosa jurisprudencia que el juez de tutela se encuentra facultado para emitir fallos extra y ultra petita, cuando de la situación fáctica de la demanda puede evidenciar la vulneración de un derecho fundamental, aun cuando su protección no haya sido solicitada específicamente por el peticionario, tal y como ocurre en este caso con el análisis del derecho fundamental al debido proceso administrativo. En la sentencia SU-195 de 2012, reiterada recientemente por la sentencia T-634 de 2017, este Tribunal señaló: “En cuanto a la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra petita en materia de tutela, esta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales.” (resaltado propio).

[70] Artículo 63 de la Constitución Política: “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

[71] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[72] Cfr. Sentencia C-921 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Ver también la

sentencia T-188 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[73] Entre otros, la Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.

[74] Sentencia T-235 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En el auto 004 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda, esta Corporación advirtió que los indígenas se encuentran expuestos en el desarrollo del conflicto armado a causa de: “(1) las confrontaciones que se desenvuelven en territorios indígenas entre los actores armados, sin involucrar activamente a las comunidades indígenas y sus miembros, pero afectándolos en forma directa y manifiesta; (2) los procesos bélicos que involucran activamente a los pueblos y comunidades indígenas, y a sus miembros individuales, en el conflicto armado; y (3) los procesos territoriales y socioeconómicos conexos al conflicto armado interno que afectan sus territorios tradicionales y sus culturas”.

[75] El decreto reglamentario 2001 de 1988 disponía en su artículo primero: “El Instituto Colombiano de Reforma Agraria, INCORA, en desarrollo de sus facultades legales y estatutarias y en especial de las que le confiere el inciso tercero del artículo 94 de la ley 135 de 1961, constituirá, previa consulta con el Ministerio de Gobierno, resguardos de tierras en beneficio de los grupos o tribus indígenas ubicados dentro del territorio nacional”.

[76] Modificada por la Ley 1900 de 2018, “Por medio de la cual se establecen criterios de equidad de géneros en la adjudicación de las tierras baldías, vivienda rural, proyectos productivos, se modifica la Ley 160 de 1994 y se dictan otras disposiciones”, publicada en el Diario Oficial No. 50.628 de 18 de junio de 2018.

[77] “Por el cual se reglamenta parcialmente el [Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994] en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional”.

[78] La jurisprudencia constitucional desde sus inicios ha señalado que las características constitucionales más relevantes del resguardo son la propiedad colectiva del territorio y la

concepción del resguardo como ámbito territorial, conceptos que se funden en la idea de un espacio cultural en el que se desarrollan los principales derechos de autonomía de las comunidades indígenas, ver sentencias T-188 de 1993 y T-380 de 1993.

[79] Artículos 7°, 8°, 9°, 10, 11, 12, 13 y 14, respectivamente.

[80] Modificado por el decreto 440 de 2016.

[81] “Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones.”

[82] El Decreto 2365 de 2015 dispuso la supresión del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER y ordenó su liquidación. Mediante el Decreto 2363 del 7 de diciembre de 2015 se crea la Agencia Nacional de Tierras - ANT.

[83] Artículo 26°. Dirección de Asuntos Étnicos. Son funciones de la Dirección de Asuntos Étnicos, las siguientes: Concertar con las comunidades negras e indígenas, a través de sus instancias representativas, el plan de atención a las comunidades étnicas, en lo referente a programas de titulación colectiva, constitución, ampliación, saneamiento, y reestructuración de resguardos indígenas, adquisición, expropiación de tierras y mejoras para dotar de tierras a las comunidades étnicas de conformidad con lo establecido en la Ley 160 de 1994 y Ley 70 de 1993.

[84] “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural”.

[85] Ratificado por el Estado colombiano mediante la Ley 31 de 1967, se ocupa de lo relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otros grupos tribales en los países independientes.

[86] Aprobado por el Estado colombiano mediante la Ley 21 de 1991. Este convenio se ocupó de revisar lo dispuesto en el convenio que le antecedió (107) y cambió la concepción respecto de la protección de los pueblos indígenas.

[87] Art. 18 “La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada

en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones”.

[88] *Ibíd.*

[89] Sentencias T-704 de 2006, MP. Humberto Antonio Sierra Porto y T-514 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[90] M.P. María Victoria Calle.

[91] M.P. Eduardo Cifuentes. En esta oportunidad la Corte decidió una tutela interpuesta por la comunidad de Paso Ancho en el Tolima en la que se le ordenó al INCORA adelantar los procedimientos pertinentes para constituir un resguardo. Los peticionarios alegaron que la falta de constitución del resguardo había generado conflictos entre las personas que habitaban en la zona.

[92] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[93] MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[94] M.P. Mauricio González Cuervo.

[95] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[96] Al respecto, ver las sentencias T-610 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-661 de 2015 M.P. María Victoria Calle.

[97] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[98] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Párrafos 137-154 y 215-218. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Párrafos 210-215.

[99] El derecho al territorio de los pueblos indígenas se encuentra reconocido a nivel del derecho universal de los Derechos Humanos mediante la denominada Declaración de las

Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 (A/RES/61/295) y firmada por Colombia en 2009. Por este instrumento, los Estados se comprometieron a establecer mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeer a los pueblos indígenas de sus tierras, territorios o recursos (Artículo 8) y a prohibir el desplazamiento forzado de los indígenas (Artículo 10). En el mismo sentido, los artículos 25 y 26 de la Declaración contemplan el derecho que tienen los pueblos indígenas de profundizar y mantener su propia relación espiritual con las tierras y recursos que tradicionalmente han ocupado o utilizado, así como el derecho que tienen a conservar dichos elementos como ligados a su propia cosmovisión. En virtud de este segundo artículo, los Estados reconocen el derecho de los pueblos indígenas “a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma” y obliga a asegurar el reconocimiento y protección jurídica de esos bienes y recursos o de implementar procedimientos idóneos para reconocer y adjudicar los derechos de estos pueblos en relación con sus tierras ancestrales.

[100] Ver párrafo 1 del artículo 37 del Decreto 1465 de 2013.

[102] Ver artículos 49 y 53 de la Ley 160, y 13 y ss. del Decreto 1465 de 2013.

[103] Ver los artículos 40 y 43 del Decreto 1465 de 2013.

[104] Este cuerpo normativo fue expedido para “...fortalecer y unificar en un solo estatuto reglamentario las normas que actualmente regulan los procedimientos administrativos de extinción del derecho de dominio privado, clarificación de la propiedad, deslinde de las tierras de la Nación, recuperación de baldíos indebidamente ocupados y reversión de baldíos adjudicados, con el propósito de mejorar su efectividad como mecanismos de protección del patrimonio público y de tutela de la función social de la propiedad y de aplicar los principios de debido proceso, eficacia, eficiencia, transparencia, celeridad y economía procesal y facilitar el trámite oportuno de estos procedimientos...”. Ver los considerandos del Decreto 1465 de 2013.

[105] Este aspecto fue ampliamente explicado en la sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[106] M.P. María Victoria Calle.

[107] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[108] El artículo 13 del Decreto 25 de 2014 (Orgánico de la Defensoría del Pueblo) señala que son funciones de las Defensorías Delegadas “2. Velar por el respeto y ejercicio de los Derechos Humanos y la observancia del Derecho Internacional Humanitario y adelantar las acciones y estrategias que se requieran para el efecto. // 3. Adelantar las acciones y estrategias que se requieran para la protección de los derechos de los sujetos de especial protección constitucional, bajo los lineamientos del Defensor del Pueblo. // 4. Presentar las recomendaciones y observaciones a las autoridades y a los particulares, en caso de amenaza o violación de los Derechos Humanos y la inobservancia del Derecho Internacional Humanitario. // 5. Adelantar las investigaciones de oficio o a petición de parte, sobre las presuntas violaciones de los Derechos Humanos y la inobservancia del Derecho Internacional Humanitario y rendir los informes sobre el resultado de las mismas al Defensor del Pueblo.”

[109] El artículo 24 del Decreto 262 de 2000 (Orgánico de la Procuraduría General de la Nación), en concordancia con la Resolución No. 017 del mismo año y la misma entidad, establece como función de la Procuraduría Delegada para la Prevención en materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, la de “intervenir ante las autoridades públicas, cuando sea necesario para defender el orden jurídico, el patrimonio público o las garantías y derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente, así como los derechos de las minorías étnicas”.

[110] Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”, resolución 17/4, de 16 de junio de 2011, A/HRC/17/31.

[111] Según el Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las

consecuencias negativas. En criterio del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, la debida diligencia en materia de derechos humanos: a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales; b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones; c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas. Al respecto consultar el documento “Principios Rectores Sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, documento de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en versión digital en el link: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf

[112] Ver, entre otras, las sentencias T-080 de 2017 y T-300 de 2017.

[113] Posición expuesta en la Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes. Reiterada en las sentencias SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-769 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla), y T-379 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto, entre otras.

[114] Sentencias T-154 de 2009, T-769 de 2009, ambas del M.P. Nilson Pinilla, reiterada en la sentencia T-379 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto, entre otras.

[115] Sentencia T-652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[116] Folio 83 del segundo cuaderno.

[117] Folio 398 del segundo cuaderno.

[118] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[119] Ver entre otras las sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-425 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, en la cual se señaló que “De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto

2591 de 1991, la acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario que tiene toda persona para solicitar de manera directa o por quien actué a su nombre la protección de sus derechos fundamentales. Adicionalmente, la acción de amparo debe dirigirse contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental”.

[120] Ver sentencia T-416 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández. “(...) la legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. En la medida que refleja la calidad subjetiva de la parte demandada “en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”, la misma, en principio, no se predica del funcionario que comparece o es citado al proceso, sino de la entidad accionada, quien finalmente será la llamada a responder por la vulneración del derecho fundamental, en caso de que haya lugar a ello. Cfr. sentencias T-1015 de 2006. MP. Álvaro Tafur Galvis y T-780 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[121] Esta Corporación ha señalado que “el paso del tiempo por largo que sea no elimina la razonabilidad de la presentación de una acción de tutela en relación con los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas, por ejemplo la consulta previa o la propiedad sobre sus territorios ancestrales. Esta conclusión se sustenta en que se comprende cumplido el requisito de inmediatez cuando: i) la vulneración o amenaza de los derechos se mantiene o se agrava con el transcurso del tiempo o recae sobre derechos imprescriptibles; y (ii) las colectividades indígenas o tribales fueron diligentes para solicitar la protección de sus derechos, verbigracia formularon derechos de petición, acciones judiciales o manifestaron ante las autoridades que los proyectos o medidas que los afectaba, al punto que es necesario consultar con ellos.

[122] Copia del derecho de petición a folios 39 al 41 del segundo cuaderno.

[123] Al respecto esta Corte ha sostenido en su jurisprudencia: “para los efectos de establecer cuándo cabe y cuándo no la instauración de una acción de tutela, el juez está obligado a examinar los hechos que ante él se exponen así como las pretensiones del actor, y a verificar si, por sus características, el caso materia de estudio puede ser resuelto, en relación con los derechos fundamentales posiblemente afectados o amenazados, y con la

efectividad indispensable para su salvaguarda, por los procedimientos judiciales ordinarios, o si, a la inversa, la falta de respuesta eficiente de los medios respectivos, hace de la tutela la única posibilidad de alcanzar en el caso concreto los objetivos constitucionales". Al respecto ver: T-093 de 1997 MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-175 de 1997 MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-554 de 1997 MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-400 de 2002 MP. Jaime Araujo Rentería; T-800 de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería.

[124] Ver, sentencia T-662 de 2013.

[126] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[127] Ver folio 2 del segundo cuaderno.

[128] Ver folio 3 del segundo cuaderno.

[129] Ver folio 3 del segundo cuaderno.

[130] Publicada en la Gaceta Judicial, Tomo XXVIII, No. 1479, pg. 343 y 344.

[131] Constitución Política de Colombia de 1991: "Artículo 286. 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."

[132] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[133] Ver folio 6 del segundo cuaderno.

[134] Constitución Política de Colombia de 1991: "Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. -"

[135] Constitución Política de Colombia de 1991: "Artículo 58. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 1 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de

una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa – administrativa, incluso respecto del precio.”

[136] Corte Constitucional, Sentencia T-488 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Se refiere al régimen jurídico aplicable a los bienes baldíos en el ordenamiento nacional.

[137] Ver folio 8 del segundo cuaderno.

[138] Ver folio 8 del segundo cuaderno.

[139] Ver folio 9 del segundo cuaderno.

[140] Ver folio 9 del segundo cuaderno.

[141] Ver folio 9 del segundo cuaderno.

[142] Ver folios 290 al 293 del segundo cuaderno.

[143] Ver folios 256 al 268 del segundo cuaderno.

[144] Ver folios 316 al 328 del segundo cuaderno.

[145] Se advierte que esta Sala no abordará el estudio de esta pretensión, toda vez que se encuentra en curso una actuación administrativa para establecer la real situación jurídica del folio de matrícula inmobiliaria 040-62887 y los folios que de este se derivaron correspondiente al predio “ANTIGUO RESGUARDO DE INDÍGENAS” ubicado en el municipio de Tobará. No obstante, se advierte que una vez resuelta esta situación, los accionantes podrán adelantar, si procede, las medidas necesarias para controvertir dichas decisiones

judiciales.

[146] Esta Corporación ha señalado en su copiosa jurisprudencia que el juez de tutela se encuentra facultado para emitir fallos extra y ultra petita, cuando de la situación fáctica de la demanda puede evidenciar la vulneración de un derecho fundamental, aun cuando su protección no haya sido solicitada específicamente por el peticionario, tal y como ocurre en este caso con el análisis del derecho fundamental al debido proceso administrativo. En la sentencia SU-195 de 2012, reiterada recientemente por la sentencia T-634 de 2017, este Tribunal señaló: “En cuanto a la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra petita en materia de tutela, esta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales.” (resaltado propio).

[147] Reseña tomada del siguiente enlace: <http://www.onic.org.co/pueblos/1124-mokana>

[148] Reseña tomada de
https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/upload/SIIC/.../pueblo_mokan_.pdf

[149]
http://www.upra.gov.co/documents/10184/11165/Bases_conceptuales_procesos_regula_propiedad_rural.pdf/

c6f34b46-9887-4b87-8f33-aa9d7c8d953a: La clarificación de la propiedad es el procedimiento administrativo agrario que está encaminado a cumplir con los siguientes fines: a) Identificar las tierras que pertenecen al Estado, determinar si han salido o no de su dominio y facilitar el saneamiento de la propiedad privada; b) Establecer la vigencia legal de los títulos de los resguardos indígenas, teniendo en cuenta para ello, además, las normas especiales que los rigen (Artículos 48, 49, 50, 51 y 85, de la Ley 160 de 1994).

[150] Folios 39 al 41 del segundo cuaderno.

[151] Folio 38 del segundo cuaderno.

[152] Definición extraída del siguiente enlace,
<https://www.mininterior.gov.co/content/estudios-etnologicos>.

[153] Folio 105 del segundo cuaderno.

[154] <https://www.catastrobogota.gov.co/es/node/263>. Unidad Administrativa Especial de Catastro. Se entiende por inscripción catastral la incorporación de la propiedad inmueble en el censo catastral, dentro de los procesos de formación, actualización de la formación o conservación.

[155] Folios 106 al 129 del segundo cuaderno.

[156] M.P. Gloria Stella Ortiz. En este caso se estudió la tutela interpuesta por una integrante de la Comunidad de Copropietarios de la Hacienda Arroyo Grande, en contra de la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio del Interior, el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural INCODER, la Inspección de Policía de Arroyo Grande, la Personería Distrital de Cartagena y “demás autoridades que se determinen en el desarrollo de la presente”. Lo anterior debido a que estas entidades incurrieron en diversas y reiteradas acciones y omisiones que han conllevado a que se adelanten procesos policivos en contra de la Comunidad de Arroyo Grande, mediante los cuales se ha desplazado forzosamente a las familias que históricamente han sido propietarias de los predios desalojados. En esa medida, la accionante considera que sus derechos fundamentales al debido proceso, de petición, de defensa, y especialmente, aquellos consagrados en el Convenio 169 de la OIT en favor de los grupos indígenas y tribales, fueron vulnerados.

[157] Sentencia T-422 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[158] Coronado Delgado, Sergio Andrés. “el territorio: derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes en Colombia”. Biblioteca virtual del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. CLACSO. Diciembre, 2006.

[159] Sentencia C-671 de 2014 M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. “Ahora bien. Esta connotación estructural de la discriminación tiene varias repercusiones...En primer lugar, ésta tiene no solo una dimensión individual, sino también un origen institucional. En

ocasiones, incluso, la discriminación más nociva, o la que tiene un efecto más devastador en el goce efectivo de los derechos, proviene fundamentalmente de la organización y el funcionamiento de las instituciones privadas y públicas, más que de actuaciones particulares de sujetos específicos: ‘El fenómeno de la discriminación no puede circunscribirse al ámbito de lo meramente subjetivo pues implica procesos institucionalizados tanto en la vida cotidiana (si por institución entendemos ‘pautas recurrentes’, ‘regularidades’), como en la inscripción de la discriminación en discursos mediáticos, políticos y jurídicos’”.

[160] <https://www.catastrobogota.gov.co/es/node/263>. Unidad Administrativa Especial de Catastro. Se entiende por inscripción catastral la incorporación de la propiedad inmueble en el censo catastral, dentro de los procesos de formación, actualización de la formación o conservación.

[161] Folio 105 del segundo cuaderno.

[162] Folios 130 al 153 del segundo cuaderno.

[163] * El artículo 5 de la ley 78 de 1935 que definió el catastro nacional como el “conjunto de documentos de los cuales se obtenga una relación más o menos sumaria, de los tres elementos de la propiedad inmueble del país: su descripción física (área, linderos y los detalles geológicos del suelo, acompañado del correspondiente plano - Decreto 1301 de 1940, art.7); su descripción económica (todos los datos para el avalúo del inmueble) y la situación jurídica, que consiste en la indicación de los derechos reales constituidos sobre el inmueble según los datos de la matrícula en el registro”.

* La Ley 1579 de 2012 Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos, que relaciona las labores del Catastro Nacional y la Oficina de Registro: Artículo 50. Referido a “la matrícula inmobiliaria y la cédula catastral”, dispone que cada folio de matrícula inmobiliaria corresponderá a una unidad catastral y a ella se referirán las inscripciones a que haya lugar. En consecuencia, cuando se divida materialmente un inmueble o se segregue de él una porción, o se realice en él una parcelación o urbanización, o se constituya en propiedad por pisos o departamentos, o se proceda al englobe de varios predios el Registrador dará aviso a la respectiva oficina catastral para que esta proceda a la formación de la ficha o cédula correspondiente a cada unidad. Los predios o unidades catastrales, se numerarán en una

serie ordenada con relación a los números de las zonas, las cuales resultan de dividir el croquis de conjunto del territorio de un municipio – Decreto 1301 de 1940, arts. 26 y 32. En general, se denomina fichero o cédula catastral, el número que le haya correspondido al predio.

Artículo 65. Señala que las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos estarán obligadas a suministrar a las autoridades catastrales competentes, los documentos o títulos relativos a las mutaciones y/o modificaciones de la descripción física de los bienes inmuebles de las cuales toman nota las autoridades catastrales.

Artículo 66. Ordena a las autoridades catastrales informar a las de registro, la asignación de los números catastrales correspondientes a los predios que generan una nueva ficha predial y enviar el plano del respectivo inmueble al archivo de registro. Si el certificado catastral contiene los linderos del inmueble objeto de transferencia, constitución o limitación del derecho real de dominio, estos se identificarán en la escritura en la forma señalada en aquel. En caso de que los linderos descritos en la escritura no coincidan con los del certificado catastral expedido, el registrador de instrumentos públicos, no la inscribirá. En adelante, en todos los folios de matrícula deberán consignarse los datos relativos a la descripción, cabida y linderos del predio de que se trate.

[164] Por el cual se reglamentan los Capítulos X, XI y XII de la Ley 160 de 1994, relacionados con los procedimientos administrativos especiales agrarios de clarificación de la propiedad, delimitación o deslinde de las tierras de la Nación, extinción del derecho de dominio, recuperación de baldíos indebidamente ocupados o apropiados, reversión de baldíos adjudicados y se dictan otras disposiciones. El procedimiento a seguir será el establecido en el referido Decreto 1645 de 2013, Capítulo III sobre los “aspectos procedimentales comunes a los procedimientos agrarios”, artículo 5° al 22.

[165] Refiere que mediante la sentencia T-348 de 2012, se tutelaron los derechos fundamentales de los pescadores de la zona y se le obligó a la responsable a indemnizarlos por los perjuicios causados.

[166] Ver folio 8 del segundo cuaderno.

[167] Folios 102 y 103 del segundo cuaderno. Se lee como referencia del oficio lo siguiente:

“Contrato 004 de 10 de septiembre de 2014 suscrito entre la ANI y la CONCESION COSTERA CARTAGENA BARRANQUILLA S.A.S. cuyo objeto es financiación, elaboración de estudios y diseños definitivos, gestión ambiental, gestión predial, gestión social, construcción, rehabilitación mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor Proyecto Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad. Respuesta a comunicación R-654-BQ-17. Derecho de Petición elevado por la señora Isabel María Ariza Arrieta – Malambo.

[168] Firma el oficio de febrero 21 de 2017, el representante legal de la Concesión Costera Cartagena Barranquilla SAS., dirigido a la señora Isabel María Ariza Arrieta. En la Referencia: Contrato 004 de 10 de septiembre de 2014 suscrito entre la ANI y la Concesión Costera Cartagena Barranquilla SAS cuyo objeto es financiación, elaboración de estudios y diseños definitivos, gestión ambiental, gestión predial, gestión social, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor Proyecto Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad.

[169] Ello en consonancia con lo establecido en el artículo 3º, párrafo 1º, del mencionado Decreto 1320 de 1998, donde se dispone que: “si durante la realización del estudio el interesado verifica la presencia de tales comunidades indígenas o negras dentro del área de influencia directa de su proyecto, obra o actividad, deberá integrarlas a los estudios correspondientes, en la forma y para los efectos previstos en este decreto e informará al Ministerio del Interior para garantizar la participación de tales comunidades en la elaboración de los respectivos estudios”. La Corte Constitucional ha reiterado la vigencia de esta regla, entre otras, en las sentencias T-693 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa), T-993 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa), T-172 de 2013 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio). En esta última decisión fue empleada como principal argumento para tutelar el derecho a la consulta del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la Unidad Comunera de Gobierno de Barú. En este caso el Ministerio del Interior había expedido un informe de verificación de presencia de comunidades negras en la isla de Barú, en el que dejó por fuera a la comunidad accionante, pese a que en el informe de visita que soportaba dicha certificación se constataba su existencia. Como consecuencia de ello, la entidad responsable de la construcción del muelle multipropósito “Puerto Bahía”, no la incluyó dentro del proceso de consulta que se adelantaba con los representantes de otras organizaciones negras de la isla. La Corte otorgó el amparo solicitado y ordenó integrar a la comunidad demandante al proceso de consulta que estaba en curso.

[170] Esta regla ha sido aplicada por la Sala Primera de Revisión, entre otras, en las sentencias T-372, T-693 y T-993 de 2012, ya analizadas, y en la T-657 de 2013 (MP. María Victoria Calle Correa), en este caso para tutelar el derecho a la consulta previa de los integrantes del Consejo Comunitario de Mulaló, a quienes se negó tal derecho, entre otros, bajo el argumento de que no contaban con un título de propiedad colectiva sobre su territorio.

[172] Ver entre otras, las sentencias T-194 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz) para amparar los derechos a la participación y al medio ambiente de la población campesina y de pescadores afectada como consecuencia del proyecto hidroeléctrico Urrá I; en la T-348 de 2012 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) para proteger el derecho a la participación, libertad para ejercer su oficio, alimentación y mínimo vital de una asociación de pescadores de Cartagena afectada por la construcción de un proyecto vial; recientemente, en la T-135 de 2013 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), para proteger el derecho a la participación de pescadores, paleros y constructores que vieron afectado su modo de sustento por la construcción del proyecto hidroeléctrico El Quimbo.

[173] Folios 102 y 103 del segundo cuaderno.

[174] Ver sentencia T-129 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio.

[175] Por el cual se reglamentan los Capítulos X, XI y XII de la Ley 160 de 1994, relacionados con los procedimientos administrativos especiales agrarios de clarificación de la propiedad, delimitación o deslinde de las tierras de la Nación, extinción del derecho de dominio, recuperación de baldíos indebidamente ocupados o apropiados, reversión de baldíos adjudicados y se dictan otras disposiciones. El procedimiento a seguir será el establecido en el referido Decreto 1645 de 2013, Capítulo III sobre los “aspectos procedimentales comunes a los procedimientos agrarios”, artículo 5° al 22.