

COMUNIDADES INDIGENAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL Y TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES-Reiteración de jurisprudencia

Esta Corte ha considerado que el reconocimiento de derechos fundamentales a las comunidades indígenas tiene sustento en los principios de participación y pluralismo consagrados como fundantes del Estado en el artículo 1º superior; en el principio de respeto a la diversidad étnica establecido en el artículo 7º constitucional, y en el principio de igualdad entre culturas (artículo 70 CP). En jurisprudencia temprana, explicó este Tribunal que el carácter fundamental de los derechos de los grupos indígenas se desprende de la prohibición de desaparición forzada llevada al plano de estos grupos humanos. Posteriormente, la Corte ha avanzado en la comprensión de los derechos de los pueblos aborígenes en el marco del DIDH y los mandatos de protección reforzada sentados por el constituyente frente a las comunidades indígenas. . La jurisprudencia constitucional ha señalado, además, que los pueblos indígenas, al igual que las personas con identidad étnica indígena, son sujetos de protección constitucional reforzada, en atención a lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, especialmente en sus incisos 2º y 3º, que ordenan a todas las autoridades prodigar un trato especial (favorable) a grupos y personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad o en situación de debilidad manifiesta. La caracterización de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional atiende a su situación de vulnerabilidad, originada en los siguientes aspectos históricos, sociales y jurídicos: 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); y la especial afectación que el conflicto armado del país ha significado para las comunidades indígenas, principalmente por el interés de las partes en conflicto de apoderarse o utilizar estratégicamente sus territorios, situación que adquiere particular gravedad, en virtud de la reconocida relación entre territorio y cultura, propia de las comunidades aborígenes.

DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE GRUPOS ETNICOS SOBRE TERRITORIOS-Fundamental

El derecho fundamental de los pueblos indígenas al territorio colectivo (o a la propiedad colectiva del territorio), encuentra fundamento en la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT. En el orden interno, el derecho a la propiedad colectiva de la tierra o al territorio colectivo se desprende del artículo 329 Superior, que atribuye el carácter de propiedad colectiva al territorio de los resguardos, en armonía con el artículo 58 que ordena proteger todas las formas de propiedad; y el artículo 63 constitucional, que atribuye a los citados territorios las cualidades de inembargables, inalienables e imprescriptibles.

DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE GRUPOS ÉTNICOS SOBRE TERRITORIOS- Características

Las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son (i) el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio; y (ii) la consideración de la ancestralidad como “título” de propiedad. Además, la Corte Constitucional ha enfatizado que (iii) el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto más amplio de ámbito cultural de la comunidad. La posesión ancestral de las tierras que habita la comunidad es un elemento importante para la titularidad del derecho al territorio colectivo. Sin embargo, cuando la comunidad pierde esa posesión por motivos ajenos a su voluntad (como por definición sucede en caso de desplazamiento forzado), el Estado mantiene la obligación de propender por la recuperación de su territorio; velar porque se haga efectivo el derecho al retorno; y, en caso de que este no sea posible, iniciar los trámites y adoptar las medidas necesarias para que la comunidad obtenga tierras aptas para mantener sus tradiciones y desarrollar su proyecto de vida buena.

DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO-Procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población desplazada

La Corte Constitucional ha establecido, en jurisprudencia reiterada y uniforme, que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos fundamentales de las personas víctimas de desplazamiento forzado. Este supone una grave y compleja vulneración a un amplio conjunto de derechos constitucionales. Esa violación se produce, en un primer momento, a raíz de los acontecimientos propios del desplazamiento que, en el caso colombiano, por regla general se relacionan con hechos violentos. Pero, además, la

amenaza a los derechos de las personas en situación de desplazamiento se extiende en el tiempo, debido a los obstáculos que deben superar para acceder a los servicios estatales y asegurar su participación en la sociedad desde una posición marginal en la sociedad.

DERECHOS DE LA POBLACION DESPLAZADA EN MATERIA DE DESALOJO FORZOSO

De la jurisprudencia de la Corporación construida en escenarios constitucionales semejantes al que se aborda en esta oportunidad, es posible extraer las siguientes conclusiones: existe jurisprudencia constante, uniforme y reiterada por distintas salas de revisión en el sentido de que (i) la tutela es procedente en términos formales para estudiar asuntos en los que la población desplazada se encuentra inmersa en diligencias de desalojo (o, de forma más amplia, en procesos policivos de restitución bienes ocupados irregularmente), incluso cuando los bienes ocupados son de propiedad pública. En esos casos, (ii) el Estado tiene la obligación de garantizar un albergue en condiciones acordes con la dignidad humana para los afectados con la actuación policiva y (iii), en caso de que ello no haya ocurrido aún, tiene el deber de activar el sistema de protección de la población desplazada y asumir las obligaciones establecidas por la jurisprudencia constitucional, la ley y el reglamento en cabeza de las distintas autoridades públicas frente a las víctimas del desplazamiento forzado.

DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA DE POBLACION DESPLAZADA-Orden de suspender desalojo de 120 familias que ocupan predio de Alto Nápoles

Referencia.: expedientes T-2898085 y T-2890730.

Acciones de tutela de (i) Chilo Valencia, en nombre propio y en representación de su esposa, Reveca Esneda Moreno; y (ii) Elvia Guatoro Baicué, en nombre propio y en representación de sus hijos Yeni Gonzales (28 años) y Felipe Belardes Gonzales (8 años) contra la Inspección urbana de policía municipal 1ª categoría Fray Damián N 4 de Santiago de Cali y la Secretaría de Vivienda de Santiago de Cali (Valle del Cauca).

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Bogotá, D.C., el doce (12) de abril de dos mil once (2011).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el trámite de revisión de los fallos dictados en los asuntos de la referencia, dentro de las acciones de tutela promovidas separadamente por (i) Chilo Valencia en nombre propio y en representación de su esposa, Reveca Esneda Moreno; y (ii) Elvia Guatoro Baicué, en nombre propio y en representación de sus hijos Yeni Gonzales (28 años) y Felipe Belardes Gonzales (8 años).

De manera preliminar debe anotarse que la Sala de Selección de Tutelas número doce (12) de esta Corporación, a través de auto de diez (10) de diciembre de dos mil diez (2010), decidió acumular los citados procesos, a fin de que fueran resueltos en una sola sentencia, en razón a la analogía de los problemas jurídicos en ellos contenidos.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y las demandas de tutela.

Dado que los peticionarios presentaron solicitudes de amparo idénticas, esto es, utilizando un formato en el que solo cambian los nombres, la Sala expondrá de manera conjunta los hechos y argumentos de derecho presentados en la demanda y, de manera independiente, las intervenciones de las partes vinculadas y los fallos judiciales que se revisarán¹.

1. Narración de los hechos en las demandas (Expedientes T-2898085 y T-2890730).

1.1. Los peticionarios, integrantes de un conjunto de 120 familias indígenas (etnias nasa (paez) y yanacona) desplazadas por la violencia desde el departamento del Cauca, se encontraban asentados en un bien baldío al que accedieron 9 meses antes de la interposición de la acción de tutela, buscando solucionar sus imperiosas necesidades en materia de alojamiento o habitación. Las familias, en su conjunto, comprenden 400 personas étnicamente diversas, entre quienes se cuentan sujetos de especial protección constitucional, como niños, adultos mayores y mujeres embarazadas.

1.2. El predio ocupado por los peticionarios está ubicado en el barrio Alto Nápoles de la ciudad de Cali, y en su interior las familias indígenas construyeron ranchos de bahareque y guadua, cubiertos con plásticos, para habitar, dormir, y protegerse del clima. El grupo decidió, además, constituirse en el cabildo indígena de “Alto Nápoles - Santiago de Vali - Valle del Cauca Nasa Ukawe” sx Tahj (sic)”, con el fin de preservar y promover su cultura ancestral, su forma de educación y sus modos de organización política y social en un hábitat ajeno, situación reconocida por otras autoridades indígenas y en proceso de legalización ante las autoridades del orden jurídico mayoritario. Un desalojo forzoso, evidentemente, podría frustrar ese proceso de reconstrucción social.

1.3. La Inspección urbana de policía municipal de 1ª categoría Fray Damián N 4 de Santiago de Cali (en adelante, Inspección Fray Damián) comunicó a los peticionarios sobre la “adecuación” del trámite de lanzamiento por ocupación de hecho de inmueble urbano, al trámite de restitución de bien fiscal, mediante aviso fijado en el predio.

Argumentos jurídicos.

Los peticionarios consideran que las actuaciones adelantadas por la Inspección de policía accionada comportan una violación de su derecho fundamental al debido proceso, y una amenaza para otros derechos fundamentales como el mínimo vital y la vivienda digna. Concretamente, en la demanda se exponen las siguientes razones de inconformidad con las actuaciones de la Inspección Fray Damián:

1.4. Violación al debido proceso por indebida notificación: el aviso por el cual se informó a los accionantes de la adecuación del trámite de lanzamiento por ocupación de hecho de bien inmueble al de restitución de bien fiscal no cumple con los requisitos de la notificación debida a los afectados en este tipo de procesos, pues no fueron informados del proceso policivo desde su inicio y, porque al acudir a la Inspección para indagar sobre el sentido de las actuaciones anunciadas mediante aviso, no recibieron información alguna, sino que fueron remitidos al juzgado 11 (no se especifican en la demanda los demás datos de identificación del despacho judicial).

1.5. Caducidad de la acción: la acción policiva se encontraba caduca pues no fue iniciada dentro de los treinta días siguientes a la ocupación del bien sino cuando las familias llevaban 9 meses en el predio.

1.6. Amenaza de perjuicio irremediable: resulta imperiosa la intervención del juez de tutela frente al daño irremediable que produciría en la comunidad el desalojo del predio citado, pues las familias, incluidos los sujetos en estado de vulnerabilidad, quedarían “a la intemperie y a la deriva, sin un sitio donde vivir, ni donde alojar[se], con [sus] hijos (...) esposas, compañeras permanentes, padres y abuelos y, en consecuencia, ...[expuestos] a deambular por las calles en condiciones de indignidad, donde seguramente también [serían] perseguidos por las autoridades” por ocupación del espacio público.

Pretensión.

1.7. Con base en los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos, los demandantes solicitaron, como medida provisional, la suspensión del desalojo para evitar un perjuicio grave a sus derechos constitucionales a la vivienda digna, la diversidad étnica y cultural y los demás eventualmente amenazados en concepto del juez de tutela, mediante la suspensión del desalojo programado el día veintiocho (28) de junio de dos mil diez (2010). Aunque en la demanda no se precisó ninguna otra pretensión, entiende la Sala que la solicitud material de amparo guarda identidad con la medida provisional mencionada.

2. Intervención de las autoridades accionadas.

2.1. Expediente T-2898085.

2.1.1 De la Inspección Urbana Municipal 1ª Categoría -Fray Damián N 4.

La Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad – Inspección Urbana de Policía Municipal 1ª categoría Fray Damián N 4 intervino en el trámite de primera instancia solicitando denegar el amparo invocado. Como fundamento de su solicitud propuso las siguientes razones:

i. La Inspección Fray Damián inició un procedimiento policivo de lanzamiento por ocupación de hecho de inmueble urbano en el lote de terreno ubicado en Alto Nápoles, sector La Mina, mediante auto de 7 de diciembre de 2009, y a partir de querrela interpuesta por el señor Ignacio Franco Buitrago. En desarrollo de ese trámite, el 15 de febrero de 2010, practicó una

inspección ocular al lote ocupado, con apoyo de perito, y encontró que este hace parte de un predio de mayor extensión en el que se encuentran árboles de 70 años de antigüedad; constató que las familias habían levantado 60 cambuches en esterilla y guadua, cubiertos con plástico de color verde; y observó la tala de árboles por parte de los indígenas asentados en el lugar.

Los funcionarios fueron atendidos por personas que se identificaron como víctimas de la violencia y explicaron que se encontraban buscando refugio para vivir, aclarando que temían dar más información sobre su identidad por temor a ser víctimas de “falsos positivos”.

(ii) La Inspectora solicitó entonces a la perito, determinar la naturaleza del inmueble y establecer en cabeza de quién se encontraba registrado, actuaciones a partir de las cuales se estableció que se trata de un bien fiscal, registrado a nombre de la Secretaría de vivienda social y reforma urbana del municipio de Santiago de Cali. En consecuencia, la actuación policiva se adecuó al de restitución de bien fiscal según lo dispuesto por el artículo 245 del Código departamental de policía.

(iii) Ciñéndose al procedimiento legal, la Inspección Fray Damián continuó el procedimiento oficiosamente, ordenando la restitución del bien o -en caso de no verificarse la restitución en un término perentorio- el desalojo forzoso² de los ocupantes. Por lo tanto, en las actuaciones de la autoridad demandada no se presentó violación al debido proceso de los accionantes.

2.1.2. Intervención de la Alcaldía de Santiago de Cali – Secretaría de Vivienda.

La Secretaría de Vivienda de Santiago de Cali fue vinculada al presente trámite de manera oficiosa por parte del juez de primera instancia. En su intervención solicitó denegar el amparo, con base en las siguientes consideraciones:

i. La Corte Constitucional ha establecido que los procesos policivos se asemejan a los procesos judiciales, razón por la cual las subreglas aplicables a la tutela contra sentencias judiciales, establecidas en sentencia C-590 de 2005, son las mismas que debe emplear el juez constitucional cuando la actuación controvertida es resultado de un trámite policivo.

i. Sobre el cargo de caducidad de la acción, explica que, en el caso objeto de estudio se evidencia que la querrela se presentó el 19 de octubre de 2009, precisamente el día en que se produjo la ocupación del predio y, por ende, dentro del término de 30 días exigidos por la ley, de manera que el cargo de caducidad de la acción carece de fundamento.

(iii) En desarrollo del trámite policivo se estableció que el inmueble ocupado es de carácter fiscal, pues su propietario es la Alcaldía Municipal y se encuentra en cabeza de la Secretaría de Vivienda Social. En ese marco, la autoridad accionada continuó oficiosamente el procedimiento, observando las reglas establecidas en el artículo 6º del citado decreto, así que no puede imputársele una violación al derecho al debido proceso o desconocimiento al orden jurídico.

(iv) Los peticionarios fueron debidamente notificados, mediante aviso, del proceso de lanzamiento y la orden de desalojo, garantizándose así su derecho de defensa y contradicción y, concretamente, la posibilidad de demostrar la titularidad de un derecho a permanecer en el asentamiento. En el mismo sentido, de acuerdo con lo establecido en sentencia T-252 de 2005, el proceso policivo constituye un sendero idóneo para demostrar la existencia de los derechos cuya protección invocan los peticionarios y ejercer los recursos previstos por la ley para asegurar la eficacia de esos derechos.

Además, es claro que los demandantes conocían de la existencia de un proceso policivo en su contra desde la diligencia de inspección ocular de 15 de febrero de 2010, en la cual se les informó que debían abandonar el predio y suspender la tala de árboles que venían realizando.

(iv) Si bien los accionantes afirmaron ser personas desplazadas no probaron esa afirmación, y, aún en caso de que efectivamente se trate de víctimas del desplazamiento, no agotaron los mecanismos diseñados por el Gobierno Nacional para acceder del derecho a la vivienda digna mediante la solicitud de asignación de subsidios ante la Secretaría de Vivienda Social del Municipio de Cali, la Caja de Compensación Familiar correspondiente o el Fondo Nacional de Vivienda - Fonvivienda.

2.2. Expediente T-2890730.

2.2.1 De la Inspección Urbana Municipal 1ª Categoría Fray Damián N 4.

2.2.2. Intervención de la Secretaría de Vivienda de Santiago de Cali.

La Secretaría de Vivienda de la Alcaldía municipal de Santiago de Cali, mediante escrito de veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010) intervino en el trámite de la primera instancia, solicitando denegar el amparo, con base en los siguientes argumentos.

i. El derecho de propiedad se encuentra protegido en el orden jurídico colombiano mediante las normas que regulan el acceso al dominio de los bienes, y aquellas que establecen medidas punitivas para las conductas que lesionen el derecho mencionado. Así, el artículo 63 constitucional establece el carácter inalienable, inembargable e imprescriptible de los bienes de uso público; el artículo 82 superior dispone que las entidades públicas tienen a cargo la regulación del suelo; el artículo 131 ibídem, prescribe que los concejos municipales tienen competencias especiales en la reglamentación de los usos del suelo; el artículo 339 de la Carta dispone la existencia de planes nacionales y territoriales de desarrollo y el artículo 367 de la Constitución prescribe la existencia de un régimen legal de servicios públicos, en tanto que el artículo 263 del Código Penal tipifica como delito la conducta de invasión de tierras.

De allí se deduce, en armonía con lo planteado por el artículo 58 de la Carta, que el derecho de propiedad solo puede ejercerse en el marco previsto por las normas referidas y que no puede “alegarse la función social de la propiedad o las restricciones constitucionales al derecho de propiedad como justificación para quebrantarlo de hecho, o mediante la violencia o el uso de la fuerza física”, como ocurre cuando se configuran hechos como los que dieron origen a esta tutela.

(iii) En relación con las tierras de los pueblos indígenas, la Constitución prevé tres tipos de territorios: los resguardos, los resguardos con rango de municipio para efectos fiscales, y las entidades territoriales indígenas que se diferencian en el nivel de autonomía que representan para el grupo social. Por ello, la diversidad étnica y cultural “se deben analizar bajo los parámetros de las normas citadas y no como justificación de conductas contrarias a la Constitución y la Ley, como las adelantadas por la parte actora”. (La Sala pretende ser fiel al argumento presentado en la contestación de la demanda pese a que su estructura no es muy clara).

(iv) La tutela objeto de estudio es improcedente, pues la peticionaria no ha presentado solicitud alguna ante la Secretaría de Vivienda de Cali, de forma que no puede imputársele a dicha autoridad una acción u omisión capaz de vulnerar derechos fundamentales, presupuesto necesario para la procedencia de la tutela, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política.

(v) No se presentó violación al debido proceso en el trámite policivo estudiado pues la recuperación del espacio público o de bienes fiscales es una obligación estatal que no puede obstaculizarse invocando el derecho al trabajo, la intención de adquirir una vivienda irregular “o la de forjarse una

nueva forma de vida huyendo del lugar de origen como consecuencia del conflicto armado que afecta no sólo a las comunidades indígenas sino rurales del país, pues el interés general prevalece sobre el particular”.

La inspectora de policía obró conforme a lo dispuesto por las normas que rigen la recuperación de bienes fiscales ocupados irregularmente. El proceso policivo es el sendero idóneo para invocar los derechos presuntamente amenazados, siempre que se demuestre la titularidad de un “mejor derecho” sobre el bien ocupado.

(vi) Si bien es cierto que el derecho a la vivienda digna posee rango constitucional, debe tomarse en cuenta que su desarrollo es progresivo y su efectividad depende de la existencia de condiciones jurídico-materiales que lo posibiliten. Por ello, el acceso al derecho en mención debe perseguirse mediante la inscripción en los planes para subsidios de vivienda de interés social, trámites que no fueron iniciados por la peticionaria (o los peticionarios). No es legítimo, en cambio, que bajo el argumento de ser víctimas de desplazamiento, los peticionarios incurran en un predio de forma violenta sin agotar los trámites administrativos referidos.

(vii) Además, no basta con que una persona manifieste ser desplazada para activar los deberes de protección del Estado. Debe acreditarse esa condición mediante los mecanismos dispuestos por el Gobierno Nacional y administrados por Acción Social.

3. De los fallos objeto de revisión.

3.1. T-2898085.

3.1.1. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado tercero (3º) penal municipal de Santiago de Cali, con funciones de control de garantías, mediante sentencia de primera instancia proferida el nueve (9) de julio de dos mil diez (2010), decidió denegar el amparo invocado por el señor Chilo Valencia, con base en las siguientes consideraciones:

(i) La tutela interpuesta contra un proceso policivo sigue las subreglas de estudio sentadas por la Corte en relación con la tutela contra providencia judicial. En este trámite, (ii) los peticionarios alegan que la Inspección Fray Damián N 4 incurrió en un defecto procedimental por notificar indebidamente a los peticionarios. Sin embargo, (iii) resulta claro que la parte accionada siguió las disposiciones legales y, particularmente, el artículo 6º del decreto 990 de 1930 y notificó al peticionario mediante aviso, cuya fotocopia fue anexada a la demanda. En efecto, (iv) esa notificación los llevó a acudir al juez constitucional, lo que demuestra que la actuación cumplió con el propósito de garantizar el debido proceso del actor, en las facetas de defensa y contradicción. Pero además, (v) está comprobado que los peticionarios conocían del trámite que se adelantaba en su contra desde el 15 de febrero de 2010, cuando la Inspección efectuó una inspección ocular en el predio de Alto Nápoles, y les informó que la ocupación del mismo, y la tala de árboles que venían realizando debía cesar. Finalmente, (v) la tutela no cumple con los presupuestos del principio de subsidiariedad pues el proceso no había culminado al momento de su interposición y, de acuerdo con sentencia T-252 de 2005 ese es el escenario idóneo para que el accionante haga valer sus derechos presuntamente vulnerados o amenazados.

3.1.2. El peticionario impugnó la decisión de primera instancia, sin exponer argumentos adicionales a los presentados en la demanda.

3.1.3. Fallo de segunda instancia.

El Juzgado séptimo (7º) penal del circuito de Cali, mediante providencia de segunda instancia, proferida el treinta y uno (31) de agosto de dos mil diez (2010) decidió confirmar la decisión del a quo, considerando que el actor cuenta con otros medios de defensa judicial, como la “declaración de pertenencia”, contemplada en el artículo 407 del CPC, lo que torna

improcedente su solicitud de amparo.

Pese a la declaratoria de improcedencia, el ad quem decidió abordar el fondo del asunto y consideró que no se presentó violación al debido proceso pues el trámite de lanzamiento siguió las formalidades legales.

3.2 Expediente T-2890730.

3.2.1. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado diecinueve (19) penal municipal de Santiago de Cali, mediante providencia de primera instancia, proferida el veintinueve (29) de septiembre de dos mil diez (2010) decidió denegar el amparo, considerando que no se presentó en el trámite policivo controvertido vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante, toda vez que el procedimiento se ciñó a las disposiciones legales pertinentes.

Explicó el a quo que la peticionaria y los demás moradores del predio fueron notificados y conocían del procedimiento adelantado desde la inspección ocular realizada por la autoridad accionada el día 15 de febrero de 2010, así que la Inspección Fray Damián N 4 no vulneró su debido proceso ni incurrió en una vía de hecho administrativa, sino que se limitó al cumplimiento de sus funciones, dando prevalencia al interés general sobre el particular:

“El debido proceso se respeto (sic), se demostró que el tramite (sic) realizado es el procedente, se guardo (sic) la debida consonancia antes y después de proferirse el acto administrativo que ordena la RESTITUCION DEL BIEN FISCAL Desconociéndose si ya se realizo (sic) el desalojo, pues la inspectora nada dice al respecto, pero al emitirse la orden de RESTITUCION DEL BIEN FISCAL, conlleva ese desalojo a menos que lo hagan voluntariamente o se realice algún acuerdo con la secretaria (sic) de vivienda social quien es la encargada de darle alternativas de planes de vivienda, dado que la inspección solo actúa conforme le es permitido dentro de sus facultades ejerciendo acciones netamente represivas, no siendo la encargada de reubicar a los desalojados”.

3.2.2. El fallo no fue impugnado.

a. Problema jurídico planteado.

Corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar si la Inspección Urbana de Policía Municipal de 1ª categoría Fray Damián N 4, y la Secretaría de Vivienda de la Alcaldía municipal de Santiago de Cali desconocieron los derechos fundamentales a la vivienda digna, la especial protección de las personas desplazadas, y los derechos derivados de la diversidad étnica de los peticionarios como personas indígenas, en el trámite policivo adelantado en su contra por la ocupación de un bien fiscal en el barrio Alto Nápoles de Cali.

Para resolver el problema planteado en este trámite, la Sala (i) recordará las obligaciones del Estado frente a la población desplazada y la especial afectación que enfrentan en el marco del desplazamiento los pueblos aborígenes, en especial en lo relativo a la defensa de sus tierras y/o territorios ancestrales; (ii) reiterará los pronunciamientos proferidos por esta Corporación en escenarios fácticos y jurídicos análogos al presente y, en ese marco, (iii) procederá al análisis del caso concreto.

Las comunidades indígenas como sujetos de especial protección constitucional y titulares de derechos fundamentales. Reiteración de jurisprudencia.

1. La Corte Constitucional ha desarrollado una vasta jurisprudencia en relación con el alcance del pluralismo y la diversidad étnica, principios constitucionales que asumen el carácter multiétnico de la nación y prevén la existencia de sistemas jurídicos y políticos alternativos al del grupo mayoritario, con el fin de preservar el patrimonio cultural y los modos de vida de los distintos colectivos humanos que componen la nación.

2. En esta oportunidad interesa resaltar tres aspectos de ese entramado jurisprudencial y constitucional: (i) la titularidad de derechos fundamentales por parte de los pueblos indígenas; (ii) la condición de sujetos-colectivos de especial protección constitucional de estos mismos grupos; y (iii) algunas facetas del derecho fundamental al territorio colectivo para los pueblos aborígenes, relevantes para la solución del problema jurídico.

2.1. Sobre el primer aspecto, esta Corte ha considerado que el reconocimiento de derechos fundamentales a las comunidades indígenas tiene sustento en los principios de participación y pluralismo consagrados como fundantes del Estado en el artículo 1º superior; en el principio de respeto a la diversidad étnica establecido en el artículo 7º constitucional, y en el principio de igualdad entre culturas (artículo 70 CP).

En jurisprudencia temprana, explicó este Tribunal que el carácter fundamental de los derechos de los grupos indígenas se desprende de la prohibición de desaparición forzada llevada al plano de estos grupos humanos³. Posteriormente, la Corte ha avanzado en la comprensión de los derechos de los pueblos aborígenes en el marco del DIDH y los mandatos de protección reforzada sentados por el constituyente frente a las comunidades indígenas.⁴

Así, en la sentencia T-514 de 20095, la Corte recordó que (i) las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales; (ii) estos derechos son diferentes a los derechos de cada miembro de la comunidad y también a la sumatoria de aquellos; y (iii), no son derechos asimilables a los derechos colectivos de otros grupos sociales; y agregó que ese reconocimiento tiene consecuencias políticas y jurídicas de gran alcance, entre las que cabe destacar (iv) el rango de norma constitucional de esos derechos; (v) la procedencia de la acción de tutela para su protección; y (vi) la necesidad de que los conflictos entre estos derechos y los derechos fundamentales de cada uno de los miembros de una comunidad indígena se resuelvan mediante ponderación o reiteración de las subreglas sentadas por esta Corte⁶, y no mediante el principio de jerarquía normativa (ley superior deroga ley inferior).

2.2. La jurisprudencia constitucional ha señalado, además, que los pueblos indígenas, al igual que las personas con identidad étnica indígena, son sujetos de protección constitucional reforzada, en atención a lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, especialmente en sus incisos 2º y 3º, que ordenan a todas las autoridades prodigar un trato especial (favorable) a grupos y personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad o en situación de debilidad manifiesta.

La caracterización de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional atiende a su situación de vulnerabilidad, originada en los siguientes aspectos históricos, sociales y jurídicos: 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); y la especial afectación que el conflicto armado del país ha significado para las comunidades indígenas, principalmente por el interés de las partes en conflicto de apoderarse o utilizar estratégicamente sus territorios, situación que adquiere particular gravedad, en virtud de la reconocida relación entre territorio y cultura, propia de

las comunidades aborígenes⁷.

2.3. Para la determinación de las obligaciones del Estado en relación con los pueblos indígenas la Corte ha recurrido constantemente al Convenio 169 de la OIT, instrumento de derecho internacional, cuyas normas sobre la protección de los derechos de los pueblos aborígenes hacen parte del orden interno, con rango de normas constitucionales, de acuerdo con el artículo 93.1 de la Constitución Política y jurisprudencia reiterada de esta Corporación⁸

Es importante precisar que para determinar los beneficiarios de los compromisos adquiridos por los estados parte en el Convenio 169 de la OIT, tanto Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT⁹ como la Corte Constitucional, han considerado a partir de la interpretación del artículo 1º, incisos 1º y 2º del instrumento¹⁰, que la voluntad de preservar o reconstruir costumbres ancestrales, el linaje ancestral, y el auto reconocimiento de los pueblos aborígenes como culturalmente diversos son criterios determinantes de la identidad étnica diferenciada¹¹.

2.4. El derecho fundamental de los pueblos indígenas al territorio colectivo (o a la propiedad colectiva del territorio), encuentra fundamento en la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT.

En el orden interno, el derecho a la propiedad colectiva de la tierra o al territorio colectivo se desprende del artículo 329 Superior¹², que atribuye el carácter de propiedad colectiva al territorio de los resguardos, en armonía con el artículo 58¹³ que ordena proteger todas las formas de propiedad; y el artículo 63 constitucional¹⁴, que atribuye a los citados territorios las cualidades de inembargables, inalienables e imprescriptibles¹⁵. La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado la fundamentalidad del derecho al territorio colectivo en estos términos:

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso¹, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos

aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas.

“Sin este derecho los anteriores [identidad cultural y autonomía] son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat² (...) Lo anterior permite ratificar el carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios”.¹⁸ (Negrillas del original).

3. Las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son (i) el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio; y (ii) la consideración de la ancestralidad como “título” de propiedad¹⁹. Además, la Corte Constitucional ha enfatizado que (iii) el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto más amplio de ámbito cultural de la comunidad.²⁰

4. En relación con las poblaciones indígenas desplazadas o trasladadas de su territorio por motivos de fuerza mayor, el Convenio 169 de 1989 establece el derecho al retorno de la comunidad a su hábitat ancestral y, en caso de que este sea imposible, el deber estatal de entregar tierras de igual o mejor calidad y estatuto jurídico de las que poseía la comunidad antes del desplazamiento, lo que debe realizarse de forma consensuada con los afectados. (Convenio 169, artículo 16.4)²¹.

5. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha estudiado las obligaciones de estados que consagran la protección a la diversidad étnica y hacen parte del Convenio 169 de la OIT en situaciones en que poblaciones indígenas se ven obligadas a salir de su territorio por ocupación privada y deben asentarse en márgenes del mismo, tales como carreteras u otros espacios públicos, ajenos a su hábitat natural.

Resulta para la Sala relevante citar algunas conclusiones del alto tribunal en los casos de las comunidades Yakyé Axa y Sowhamayaxa contra el Estado de Paraguay, en relación con conflictos entre el derecho al territorio colectivo y otras formas de propiedad; y

especialmente, en lo que tiene que ver con la posesión ancestral como título de dominio del territorio.

5.1. En el caso de la Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay²², la CorteIDH llamó la atención sobre la forma en que el despojo del territorio amenaza directamente la identidad étnica, en tanto la cultura del pueblo indígena se construye alrededor del mismo; y cómo ese fenómeno pone en peligro la supervivencia del grupo indígena, en tanto sus formas de vida y producción están afianzadas en el ámbito cultural que surge del territorio colectivo o el resguardo²³.

217. Por lo expuesto, el Estado deberá identificar ese territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, conforme a lo expuesto en los párrafos 144 a 154 de esta Sentencia. Para ello, deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la Comunidad indígena Yakye Axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario. Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad.

218. A efectos de dar cumplimiento a lo señalado en el párrafo anterior, el Estado, de ser necesario, deberá crear un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras a entregarse a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, fondo que será destinado bien sea para la compra de la tierra a propietarios particulares o para el pago de una justa indemnización a los perjudicados en caso de expropiación, según corresponda.

5.2. En la sentencia “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay”²⁵, o caso Sawhoyamaxa, en una situación similar a la de la comunidad Yakie Axa²⁶, la CorteIDH

analizó aspectos trascendentales del título de propiedad ancestral de la comunidad indígena, especialmente al indagarse si la posesión es un requisito para el reconocimiento del derecho al territorio colectivo. Al respecto, son pertinentes los siguientes apartes del fallo:

“127. En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la posesión de tierras indígenas en tres situaciones distintas. Por un lado, en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, el Tribunal señaló que la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro²⁷. Por otro lado, en el Caso de la Comunidad Moiwana, la Corte consideró que los miembros del pueblo N’djuka eran “los dueños legítimos de sus tierras tradicionales” aunque no tenían la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de los actos de violencia que se produjo en su contra. En este caso las tierras tradicionales no fueron ocupadas por terceros²⁸. Finalmente, en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa, el Tribunal consideró que los miembros de la Comunidad estaban facultados, incluso por derecho interno, a presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, y ordenó como medida de reparación que el Estado identifique esas tierras y las entregue de manera gratuita²⁹.

128. De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto”.

De lo expuesto, cabe resaltar que la posesión ancestral de las tierras que habita la

comunidad es un elemento importante para la titularidad del derecho al territorio colectivo. Sin embargo, cuando la comunidad pierde esa posesión por motivos ajenos a su voluntad (como por definición sucede en caso de desplazamiento forzado), el Estado mantiene la obligación de propender por la recuperación de su territorio; velar porque se haga efectivo el derecho al retorno; y, en caso de que este no sea posible, iniciar los trámites y adoptar las medidas necesarias para que la comunidad obtenga tierras aptas para mantener sus tradiciones y desarrollar su proyecto de vida buena.

Procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de las personas en situación de desplazamiento forzado. Reiteración de jurisprudencia³⁰.

1. La Corte Constitucional ha establecido, en jurisprudencia reiterada y uniforme, que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos fundamentales de las personas víctimas de desplazamiento forzado, por las razones que a continuación se exponen³¹:

El desplazamiento forzado supone una grave y compleja vulneración a un amplio conjunto de derechos constitucionales. Esa violación se produce, en un primer momento, a raíz de los acontecimientos propios del desplazamiento que, en el caso colombiano, por regla general se relacionan con hechos violentos. Pero, además, la amenaza a los derechos de las personas en situación de desplazamiento se extiende en el tiempo, debido a los obstáculos que deben superar para acceder a los servicios estatales y asegurar su participación en la sociedad desde una posición marginal en la sociedad.

5. En tal sentido, la intensidad con que el desplazamiento limita o lesiona la efectividad de diversos derechos fundamentales ha sido considerada por este Tribunal incompatible con un régimen constitucional basado en el respeto por la dignidad humana y la eficacia de los derechos fundamentales, razón por la cual en el fallo T-025 de 2004, esta Corporación declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado³².

6. Si bien esta Corte considera que el complejo problema del desplazamiento no puede atribuirse a una autoridad estatal específica³³, sí resulta claro que en la base del fenómeno

se encuentra comprometida la responsabilidad del Estado³⁴, por incumplimiento del deber de protección a la vida, la dignidad y la integridad personal de todos los colombianos (Arts. 1º, 2º C.P.)³⁵.

Por tales razones, las personas desplazadas de su territorio constituyen un grupo poblacional en extremo vulnerable, merecedor de un trato especial -de carácter preferente- por parte de las autoridades, y frente al cual las cargas exigidas al resto de la población para el ejercicio de sus derechos resultan desproporcionadas o exorbitantes. Entre otras consecuencias de ese reconocimiento, ha considerado la Corporación que la acción de tutela es el único mecanismo judicial que reúne un nivel adecuado de idoneidad, eficacia y celeridad para garantizar sus derechos fundamentales con la urgencia debida, es la acción de tutela³⁶.

7. Así, en sentencia T-821 de 2007, expresó la Corte: “En suma, para la Corte, dada la situación de extrema vulnerabilidad de las personas en situación de desplazamiento, el mecanismo que resulta idóneo y eficaz para defender sus derechos fundamentales ante una actuación ilegítima de las autoridades encargadas de protegerlos, es la acción de tutela”³⁷.³⁸ Y, en sentido similar, en el fallo T-086 de 2006 consideró: “(...) como se verá, por el solo hecho de su situación, las personas sometidas a desarraigo pueden exigir la atención del Estado, sin soportar cargas adicionales a la información de su propia situación, como las que devienen de promover procesos dispendiosos y aguardar su resolución (...) se ha admitido que cuando quiera que en una situación de desplazamiento forzado una entidad omita ejercer sus deberes de protección para con todos aquellos que soporten tal condición, la tutela es un mecanismo idóneo para la protección de los derechos conculcados”.³⁹

8. La subregla procedimental reiterada, de acuerdo con la cual la tutela procede para la protección de los derechos de la población desplazada ha sido aplicada también ante supuestos similares a los que configuran el problema jurídico que deberá resolver la Sala. En tal sentido, en las sentencias que se reiterarán en el siguiente acápite, la Corte ha indicado que, si bien existe la solicitud de amparo frente a procesos policivos sigue las subreglas de la tutela contra providencias judiciales, en el caso especial de los desplazados, es viable el estudio de fondo sin el análisis de los exigentes requisitos sentados por la Corte para evaluar contravenciones a los derechos fundamentales originadas en decisiones de carácter policivo.

Derechos de la población desplazada en materia de desalojo forzoso.

9. Esta Corporación ha conocido en diversas oportunidades de asuntos similares al sub exámine. A continuación explica la Sala las principales decisiones adoptadas en la materia:

1. . En la sentencia T-078 de 2004 la Corte asumió, en sede de revisión, el estudio del caso de un grupo de familias en situación de desplazamiento forzado que se asentaron en las márgenes de las quebradas “la sardina” y “la perdiz” -municipio de Florencia-, lugares que habían sido declarados por las autoridades competentes como “zona(s) de riesgo por ser parte de los márgenes de seguridad y protección del cauce y como zona inundable en las grandes avenidas”. A partir de esos hechos, la Alcaldía municipal y la Cámara de Comercio de la ciudad iniciaron las actuaciones tendientes al desalojo de los demandantes.

En ese marco, la Sala Novena de Revisión consideró que, dada la condición de sujetos de protección constitucional reforzada de las personas víctimas de desplazamiento forzado; la procedencia de la acción de tutela para la protección de sus derechos⁴⁰; y la comprobada negligencia de las autoridades municipales en el cumplimiento de sus obligaciones de defensa, respeto y garantía de los derechos de ese grupo poblacional y, particularmente de los peticionarios en ese trámite, debía otorgarse el amparo a su derecho fundamental a la vivienda digna.

Agregó que, si bien la suspensión del desalojo no resultaba procedente, pues mantener un asentamiento en condiciones de riesgo para sus habitantes no sería constitucionalmente legítimo, las autoridades vinculadas al trámite sí se encontraban en la obligación de asegurar a los peticionarios un albergue provisional en condiciones acordes con la dignidad humana, y de iniciar los trámites para su incorporación en los programas de atención de población desplazada. La Corte consideró pertinente, además, dictar órdenes de prevención a las autoridades locales concernidas con la atención de población vulnerable, con el fin de garantizar su colaboración en el cumplimiento de las determinaciones del fallo.

9.2. En sentencia T-770 de 2004, la Corte analizó un caso en el que un grupo de familias (entre 20 y 30 familias), víctimas de desplazamiento forzado, invadieron un lote de terreno en la vía paralela al río Medellín -municipio de Bello- y levantaron en el lugar ranchos en

madera, cartón y plástico. Tras comprobar que el bien ocupado tenía naturaleza fiscal, la Alcaldía de Bello ordenó su restitución o, en caso de no verificarse, el desalojo de los accionantes. Las autoridades vinculadas al trámite, además, controvirtieron la alegada condición de desplazamiento de los tutelantes, argumentando que nunca aportaron un certificado de la Red de Solidaridad Social en ese sentido.

La Sala Cuarta de Revisión consideró que el asunto estudiado “[n]o se trataba, entonces, de una invasión de un predio público sino fundamentalmente de satisfacer la necesidad de alojamiento de personas desplazadas”, de donde se desprendía un complejo problema jurídico, ante la necesidad de resolver un “claro conflicto entre la necesidad de proteger un bien público, como una franja de terreno que hacía parte de un afluente hídrico y que no era apta para asentamientos humanos, y la necesidad de proteger los derechos fundamentales de varias familias que se atribuían la calidad de víctimas de desplazamiento forzado y que se encontraban ocupando esa franja de terreno”.

Se refirió entonces la Corporación al grave problema social y jurídico que representa el desplazamiento forzado en Colombia, y a la consecuente afectación de otros derechos constitucionales cuando este tiene lugar. En ese orden de ideas, la Sala citada calificó como lamentable la indiferencia demostrada por las autoridades estatales y otorgó el amparo a los peticionarios, ordenando la entrega de un albergue provisional en condiciones acordes con la dignidad humana, y la inscripción en los programas adelantados por el gobierno a raíz de la sentencia T-025 de 2004.

La Corte concedió protección constitucional a los peticionarios que ostentaban la condición de desplazados y negó el amparo a otras personas que no se encontraban en dicha situación. Al respecto, la Sala Cuarta reiteró que el desplazamiento obedece y se prueba a partir de factores materiales o de hecho, por lo que no es legítimo exigir la inscripción en un registro de víctimas de esa grave violación a los derechos humanos (hoy en día RUPD) como único medio para que una persona demuestre que ha sufrido un desplazamiento interno forzado. El registro -indicó la Sala- constituye solo una herramienta -importante y legítima sin embargo- para el adecuado manejo de recursos públicos para enfrentar el estado de cosas inconstitucional en la materia.⁴¹

9.3. En providencia T-967 de 2009, la Sala Segunda de Revisión se pronunció sobre la

situación de una mujer desplazada que, junto con su hija, ocupó un inmueble abandonado en la ciudad de Fusagasuga “mediante vías de hecho” y, al ser notificada del inicio de un trámite de lanzamiento por ocupación de bien fiscal en su contra, decidió interponer acción de tutela solicitando la suspensión del proceso policivo y/o del desalojo ordenado por las autoridades de policía.

Sobre el fondo del asunto, estimó la Sala citada que aún en las apremiantes condiciones de la actora, la ocupación de un bien fiscal carecía de sustento legal por lo que no podría considerarse fuente de derechos subjetivos o de expectativas legítimas, ni dar pie a la suspensión del desalojo, pues ello implicaría la legitimación de una actuación de hecho, en desmedro del principio de legalidad: “(...) no es posible acceder a la solicitud de la actora de que se impida el adelantamiento del lanzamiento en el proceso policivo en curso, al momento de interponer la tutela. Efectivamente, considera la Corte que si así procediera un juez de tutela en un caso similar, tendería un manto de aparente legitimidad sobre una conducta ilegal”.⁴²

Por lo tanto, la Sala Séptima denegó el amparo al derecho fundamental al debido proceso y la suspensión de la diligencia de desalojo y/o del proceso policivo. Sin embargo, concedió protección al derecho fundamental a la vivienda digna, precisando que la primera conclusión no podía interpretarse como una negación a la titularidad del derecho al acceso a la vivienda por parte de la peticionaria y su hija, razón por la cual ordenó a las autoridades vinculadas brindarles a las tutelantes un albergue en condiciones acordes con la dignidad humana, e incluirlas en los programas de atención para la población desplazada desarrollados por Acción Social, en especial, aquellos iniciados a partir del auto 092 de 2008 (relativo a la especial afectación de las mujeres víctimas de desplazamiento forzado).

9.4. Finalmente, en sentencia T-068 de 2010, la Sala Séptima de revisión se pronunció en un trámite iniciado por una familia desplazada de origen indígena que ocupó un bien del municipio de Fusagasuga, buscando un lugar de residencia y considerando que se trataba de bienes baldíos.

Como ocurrió en las hipótesis fácticas previamente reseñadas, la Secretaría de Vivienda del municipio y la Inspección de policía competente iniciaron proceso de lanzamiento por ocupación de bien fiscal, considerando que el inmueble se encontraba en cabeza de la

Secretaría de Vivienda y estaba destinado al desarrollo de planes de vivienda de interés social.

En primer término, la Sala Séptima reiteró la jurisprudencia relativa a la especial protección debida a las personas en situación de desplazamiento y la procedencia (formal) de la acción de tutela para la protección de sus derechos.

Posteriormente, en los fundamentos centrales del fallo, se consignaron importantes consideraciones sobre los desalojos forzados a la luz del artículo 51 Superior, la jurisprudencia constitucional sobre las obligaciones del Estado para asegurar el derecho a la vivienda digna de las personas en situación de desplazamiento, la relación entre los desalojos forzados y el derecho humano a la vivienda adecuada establecido en el artículo 11, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, bajo las directrices del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU vertidas en su Observación General Nro. 7 (En adelante, OG 7 del Comité DESC).

A continuación efectúa la Sala una síntesis de los apartes relevantes de la sentencia⁴³:

9.4.1. Tal como se estableció en el fallo T-585 de 2006 –sentencia hito sobre el derecho a la vivienda de personas en situación de desplazamiento– el derecho a la vivienda digna tiene carácter fundamental autónomo frente a ese grupo poblacional y su protección es procedente por vía de tutela⁴⁴. Las obligaciones del Estado en la materia comprenden, por lo menos, los siguientes aspectos:

“(i) [R]eubicar a las personas desplazadas que, debido al desplazamiento, se han visto obligadas a asentarse en terrenos de alto riesgo; (ii) brindar a estas personas soluciones de vivienda de carácter temporal y, posteriormente, facilitarles el acceso a otras de carácter permanente. En este sentido, la Corporación ha precisado que no basta con ofrecer soluciones de vivienda a largo plazo si mientras tanto no se provee a los desplazados alojamiento temporal en condiciones dignas; (iii) proporcionar asesoría a las personas desplazadas sobre los procedimientos que deben seguir para acceder a los programas; (iv) en el diseño de los planes y programas de vivienda, tomar en consideración las especiales necesidades de la población desplazada y de los subgrupos que existen al interior de ésta –personas de la tercera edad, madres cabeza de familia, niños, personas discapacitadas, etc.–; y (v) eliminar las barreras que impiden el acceso de las personas desplazadas a los

programas de asistencia social del Estado, entre otras.”⁴⁵

9.4.2. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha evidenciado una intensa preocupación por los efectos nocivos de los desalojos forzados sobre los derechos humanos. Así, el Consejo Económico y Social de la ONU, ha expresado que uno de los efectos más graves del desplazamiento interno forzado es “la pérdida de la tierra y de la vivienda, la marginación, (las) graves repercusiones psicológicas, el desempleo, el empobrecimiento y el deterioro de las condiciones de vida, el incremento de las enfermedades y de la mortalidad, la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, la inseguridad alimentaria y la desarticulación social”. (T-068 de 2010, fundamento 4.2.1)

9.4.3. El Comité DESC de la ONU, intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (instrumento que se encuentra incorporado al orden interno por remisión del artículo 93, inciso 1º), se ocupó en su Observación General Número 7 (en adelante, OG 7 del Comité DESC) del tema de los desalojos forzados, con el fin de determinar su adecuado entendimiento bajo el manto normativo de las obligaciones derivadas del PIDESC.

9.4.4. En relación con el concepto de desalojo forzoso, explicó el Comité DESC que resulta en alguna medida problemático pues, de una parte, la expresión sería redundante en tanto la idea de “desalojo” hace referencia implícita al uso de la fuerza. De otra parte, expresiones similares como desalojo ilegal y desalojo injusto tampoco resultan satisfactorias ya que, la primera supone que todo desalojo legal es legítimo en el marco del Pacto, lo que no necesariamente es cierto; y la segunda remite a un componente de extrema subjetividad (OG 7, párrafo 3º). Por ello, procedió el Comité a definir el sentido de la expresión en el contexto del PIDESC:

“[Se entiende por desalojo forzoso] el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos”.

9.4.5. En ese orden de ideas, desalojos que se realicen al margen de una regulación legal

precisa son contrarios al Pacto y, por lo tanto, a la Constitución; los desalojos legales pueden ajustarse al PIDESC siempre que respeten determinados parámetros de razonabilidad y proporcionalidad; y puede haber también desalojos legales que sean abiertamente contrarios al Pacto, cuando no se ajusten a esos límites.

En efecto, la existencia de una regulación legal precisa sobre los supuestos en que procede un desalojo constituye una primera garantía frente a posibles violaciones de derechos humanos ocurridas en este tipo de situaciones, en tanto el principio de legalidad excluye las actuaciones caprichosas y arbitrarias de los operarios jurídicos. Sin embargo, la regulación legal⁴⁶ debe ser analizada bajo los parámetros de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que (i) debe considerarse incompatible con el Pacto –y por lo tanto inconstitucional- una regulación que produzca (promueva o agudice) un trato discriminatorio; (ii) los desalojos deben perseguir fines constitucionalmente legítimos; y (iii) en ellos debe observarse que la intensidad de la afectación de la persona desalojada no sea desproporcionada, a la luz de los criterios (o subprincipios) de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

9.4.6. La regulación legislativa debe prever la adopción de medidas para disminuir los efectos nocivos de un desalojo forzado, tales como: “a) la consulta y los acuerdos con las personas objeto de desplazamiento, b) que se analice el contexto económico social de la población afectada de modo que se matice su impacto tomando las previsiones necesarias que garanticen que no se interrumpe su derecho a una vivienda adecuada o digna (...), c) que la orden de ejecutarlos provenga siempre de la autoridad competente y que su trámite se ajuste a una normatividad previamente establecida y conocida por los desalojados”.⁴⁷

9.4.7. En la OG 7 del Comité DESC se establece, así mismo, que los grupos vulnerables como “(l)as mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos” (Párrafo 10; OG 7), y que el Estado debe adoptar medidas para evitar que fenómenos de discriminación terminen por exacerbar esa intensa afectación. En consecuencia, cuando el desalojo afecte a colectivos vulnerables, los estados deben (i) agotar todas las vías de concertación previo el decreto de un desalojo y (ii) evitar al máximo el uso de la fuerza. Resulta pertinente transcribir entonces el párrafo 13 de la OG 7:

“13. Antes de que se lleve a cabo cualquier desalojo forzoso, en particular los que afectan a grandes grupos de personas, los Estados Partes deberían velar por que se estudien en consulta con los interesados todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza. Deberían establecerse recursos o procedimientos legales para los afectados por las órdenes de desalojo. (Subraya la Sala).

9.4.8. Cuando se presenta un desalojo forzoso, las autoridades deben aplicar las garantías del debido proceso que se aplican en todos los trámites judiciales y administrativos⁴⁸ y, además, deben garantizar: “(...) a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales”. (Cfr. OG 7; párrafo 15).

9.4.9. Para finalizar, resulta oportuno mencionar que, de acuerdo con el párrafo 16 de la Observación citada “[l]os desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda”.

10. En el estudio de fondo del asunto, la Sala Séptima consideró que las autoridades accionadas debían responder de forma solidaria por la omisión y/o morosidad en la atención de los peticionarios, personas particularmente vulnerables y sujetos de protección constitucional reforzada. En consecuencia, ordenó la suspensión de la diligencia de desalojo y la preservación de los lugares habitados por los peticionarios como albergue temporal.

11. En suma, de la jurisprudencia de la Corporación construida en escenarios constitucionales

semejantes al que se aborda en esta oportunidad, es posible extraer las siguientes conclusiones: existe jurisprudencia constante, uniforme y reiterada por distintas salas de revisión en el sentido de que (i) la tutela es procedente en términos formales para estudiar asuntos en los que la población desplazada se encuentra inmersa en diligencias de desalojo (o, de forma más amplia, en procesos policivos de restitución bienes ocupados irregularmente), incluso cuando los bienes ocupados son de propiedad pública. En esos casos, (ii) el Estado tiene la obligación de garantizar un albergue en condiciones acordes con la dignidad humana para los afectados con la actuación policiva y (iii), en caso de que ello no haya ocurrido aún, tiene el deber de activar el sistema de protección de la población desplazada y asumir las obligaciones establecidas por la jurisprudencia constitucional, la ley y el reglamento en cabeza de las distintas autoridades públicas frente a las víctimas del desplazamiento forzado.

12. Sobre la posibilidad de suspender el desalojo o el trámite policivo, la situación resulta menos clara y consolidada, toda vez que en los tres primeros fallos de la línea (T-078 de 2004, T-770 de 2004 y T-967 de 2009) no se consideró viable la suspensión del desalojo, en tanto que en la sentencia más reciente (T-068 de 2010) se consignó que el desalojo se encuentra prohibido cuando involucra personas en situación de desplazamiento, en virtud de los estándares internacionales de protección a la vivienda digna y la obligación de restitución de bienes a las víctimas de desplazamiento.

En los dos últimos casos, esa circunstancia no se presentaba, razón por la cual la discusión se ubicó en el plano jurídico y las salas Segunda y Séptima llegaron a conclusiones opuestas. En tal sentido, la Sala Segunda consideró que suspender el desalojo implicaba una legitimación de conductas de hecho por parte del juez de tutela, en desmedro del principio de legalidad; a su turno, la Sala Séptima estimó que los estándares internacionales, principalmente aquellos contenidos en la OG 7 del Comité DESC (que estudia la relación entre los desalojos forzosos y el derecho a la vivienda digna) y los principios Pinheiro⁴⁹ prohíben diligencias de desalojo cuando los afectados son víctimas de desplazamiento forzado.⁵⁰

De ello, se podrían extraer dos conclusiones: en primer término, que el conocimiento de la Corte sobre el conflicto jurídico mencionado se encuentra aún en formación así que, por el momento, no puede hablarse de jurisprudencia consolidada que oriente claramente la decisión de los jueces constitucionales en este escenario. O bien, que existe una

contradicción irreconciliable entre las Salas Segunda y Séptima que afecta la unidad interpretativa y la coherencia de la jurisprudencia constitucional, sin que quede otro camino que aguardar por un fallo de unificación en la materia.

13. A juicio de esta Sala, es posible, mediante una metodología constructiva, destinada a proteger de manera abierta y explícita una práctica jurisprudencial valiosa, encontrar una vía de solución a ese conflicto, sin entrar a discutir las decisiones concretas ya adoptadas por cada sala, y actualmente intangibles de acuerdo con el principio de cosa juzgada constitucional. La viabilidad de esta solución radica en que en los dos casos en aparente conflicto, al igual que en los casos decididos en 2004, se concedió el amparo a los afectados, difiriendo el alcance de las decisiones únicamente en lo referente a la eventual suspensión del desalojo.

14. La posibilidad de armonización de las decisiones contenidas en los dos últimos fallos a partir de las decisiones previas de la línea, se desprende de una trascendente afirmación contenida en la sentencia T-770 de 2004, de la Sala Cuarta de Revisión (y reiterada en esta oportunidad): la hipótesis de ocupación de bien fiscal por parte de personas desplazadas constituye un complejo conflicto entre la necesidad de proteger el patrimonio público de una parte, y la obligación de garantizar mínimos de bienestar a la población desplazada en lo concerniente al derecho a la vivienda digna y adecuada, de otro lado.

Dejar por fuera del análisis cualquiera de las “aristas” del problema, por así decirlo, implica adoptar una decisión basada en obligaciones ordenadas prima facie por uno solo de los principios en conflicto, en lugar de llegar a conclusiones normativas considerando todos los elementos relevantes de los principios involucrados en la colisión normativa. Así, por ejemplo, asumir el carácter absoluto del principio de legalidad en materia de desalojos puede llevar a desconocer el principio de supremacía constitucional y las circunstancias especiales en que un desalojo forzoso, a pesar de estar previsto por la ley y de ser desarrollado con apego a esta, puede afectar desproporcionadamente los derechos humanos / fundamentales de los afectados.

Cabe anotar que el propio legislador ha previsto eventos en los que esa desproporción es evidente, por ejemplo, cuando hay involucradas personas gravemente enfermas o desahuciadas⁵¹, como lo recordó la Corte en sentencia T-967 de 2009; el Comité DESC ha

precisado que los desalojos son desproporcionados en el marco del PIDESC, cuando llevan a un completo desamparo de los afectados; o cuando las condiciones climáticas son particularmente inclementes (Ver, supra, considerandos 9.4.8 y 9.4.9). La CorteIDH, en fin, en el caso Sawohmayaxa sentenció que el Estado de Paraguay ostentaba condición de garante frente a los derechos de los niños y ancianos ubicados al borde de una carretera (bien de uso público, por cierto), al margen de su territorio colectivo, ocupado por una empresa privada, aunque cabe precisar que en el caso no se discutía un desalojo forzoso.

15. En consecuencia, si bien es cierto que la ocupación por vías de hecho de un bien público carece de protección legal y puede, por lo tanto dar lugar a un desalojo constitucionalmente legítimo, también es posible que en algunos casos las disposiciones legales deban inaplicarse en atención del carácter normativo de la Constitución (incluido el PIDESC), lo que acontecerá siempre que la diligencia afecte de manera desproporcionada a grupos vulnerables⁵².

Desde otro punto de vista, argumentar que existe una prohibición de desalojo absoluta frente a la población desplazada lleva a ocultar aspectos constitucionalmente relevantes que deben tenerse en cuenta al analizar asuntos concretos desde una perspectiva constitucional. En ese sentido, la propia Corte, en sentencias T-078 de 2004 y T-770 de 2004, estimó que no se puede suspender un desalojo cuando la población se encuentra en situación de riesgo por amenazas naturales pues, en la “balanza” del juez entran en juego otros derechos fundamentales de los propios afectados por el desalojo, que inclinan la decisión en sentido contrario a la prohibición absoluta.

16. Sin pretender iniciar un análisis puramente casuístico y contrafáctico, sino con ánimo ilustrativo, resultan útiles algunos ejemplos para comprender la importancia de tomar en cuenta todos los principios y aspectos relevantes antes de proponer la prevalencia absoluta de uno de los intereses en conflicto en escenarios constitucionales complejos como el que se estudia.

Así, factores de hecho y principios jurídicos diferentes deberán ser tenidos en cuenta por el juez si, por ejemplo, aborda el estudio de una hipótesis en la que un grupo de personas en situación de desplazamiento ocupa una oficina pública (por ejemplo, un Ministerio) con el fin de residir allí de manera indefinida, de aquellos que deberá analizar si se trata de una

población étnicamente diversa que ocupa una plaza pública con el ánimo de protestar (o, como ha ocurrido, de realizar “mingas” o asambleas de pensamiento) por horas, días, o períodos más prolongados. Ambas situaciones difieren, a su turno, de la ocupación de un bien abandonado por familias que carecen de otra forma de asegurar sus necesidades básicas, y nuevos factores deberá evaluar el operador judicial, dependiendo de si esas familias son o no desplazadas⁵³.

16. Los factores relevantes a considerar se desprenden de las circunstancias concretas de los peticionarios, y de las normas constitucionales y estándares internacionales de protección de la población desplazada y de aquellos que definen el contenido y las garantías del derecho fundamental a una vivienda digna y adecuada.

Aspectos como la naturaleza del bien ocupado, y el uso que se esté realizando del mismo al momento de la ocupación, interpretados desde la óptica de la función social y ecológica de la propiedad, son sin duda relevantes; las circunstancias económicas, sociales y culturales del grupo ocupante, el número de potenciales afectados por el desalojo, la presencia de “otras vulnerabilidades” como la edad, la eventual afectación de personas con discapacidad o de mujeres embarazadas; y las posibles consecuencias del desalojo, son también aspectos a considerar.

17. En ese orden de ideas es imprescindible recordar que el Comité DESC encuentra los desalojos incompatibles, prima facie, con el PIDESC y, por lo tanto con la Constitución Política; acepta que existen desalojos justificados, recalcando que estos deben estar regulados con precisión en la ley para evitar la arbitrariedad de las autoridades; y aclara que no toda regulación es compatible con el Pacto, sino que esta debe ser razonable y proporcionada, especialmente frente a conjuntos que reúnan amplio número de sujetos vulnerables.

En ese marco, la Sala abordará el estudio del caso concreto.

Del caso concreto.

A continuación pasa la Sala a aplicar las subreglas y criterios de interpretación establecidos en los fundamentos normativos de esta providencia, a los hechos que componen el caso concreto. Para ello, establecerá los hechos materiales del caso y posteriormente abordará el

análisis de fondo. No hace falta, en cambio, un estricto análisis de procedibilidad pues, de acuerdo con jurisprudencia reiterada y uniforme, la tutela es procedente para la protección de los derechos de la población desplazada, incluso cuando se trata de potenciales violaciones ocurridas en trámites policivos de lanzamiento, desalojo, o restitución de bienes, como ocurre en el sub exámine.

18. Determinación y valoración de los hechos.

18.1. Los peticionarios se reconocen como personas étnicamente diversas y, concretamente, como indígenas de la(s) etnia(s) nasa (paez) y yanacona. Hacen parte de un grupo de 120 familias indígenas desplazadas del Cauca por la violencia.

Este hecho se da por probado en virtud de la narración de hechos de la demanda en donde se expresa que las 120 familias han manifestado su intención de constituirse en cabildo/resguardo indígena; así como el certificado de reconocimiento de ese proceso por el Cabildo San Luis, Nasa Sat Tame Cauca, en donde se hace referencia al proceso comunitario de los accionantes y al “posesionamiento” del cabildo Nasa Ukawe’sx Thaj en el sector de Alto Nápoles, comuna 18 de Santiago de Cali, mediante ceremonia en la que se eligieron autoridades tradicionales (gobernador, secretaria, comisario, alguacil, tesorero, fiscal, consejero mayor).

En esos términos concurren dos declaraciones relevantes que, evaluadas desde el principio de buena fe y a partir del hecho -notorio y jurídicamente reconocido por esta Corporación desde el auto 04 de 2009- de la gravedad del desplazamiento forzado para las comunidades indígenas del Valle del Cauca (en el que se hizo referencia explícita a los pueblos nasa (paez) y yanacona) llevan a dar por ciertas las declaraciones de la comunidad indígena.

Desde el punto de vista de las reglas de la experiencia, se refuerza la conclusión presentada, pues es difícil suponer una hipótesis fáctica distinta al desplazamiento forzado que explique la presencia de 120 familias étnicamente diversas lejos de su(s) territorio(s) colectivo(s), que, además, deseen mantenerse unidas para iniciar un proceso de construcción, reconstrucción y preservación de tradiciones ancestrales. En efecto, de acuerdo con la experiencia, los pueblos indígenas guardan un fuerte nexo con sus territorios, de manera que esa movilización de tan amplio grupo de personas debe hallar una explicación razonable, como el desplazamiento forzado que afecta intensamente a las comunidades aborígenes del Cauca.

Por ello, la controversia planteada por la Secretaría de Vivienda de Cali, sobre la condición de desplazamiento de los accionados y la acusación de invasión de tierras carecen del soporte fáctico necesario para ser al menos plausibles desde el punto de vista constitucional.

Tampoco encuentra plausible la Sala el argumento de la Secretaría de Vivienda según el cual, aún si el desplazamiento en efecto ocurrió, ya no existiría razón para que los peticionarios continúen en situación de desplazamiento. En primer término, el argumento no es claro, pues no explica cómo ha debido operar esa supuesta “terminación” del desplazamiento; pero además de ello, y esto resulta delicado desde el punto de vista constitucional, la posición de la autoridad citada demuestra plena indiferencia hacia un grupo de especial protección constitucional, e ignora que la eficacia del derecho al retorno depende de varios factores, entre los que cabe destacar: (i) la situación de orden público del lugar de origen, así como la existencia o inexistencia de conflictos de hecho y de derecho con propietarios, poseedores o tenedores privados; (ii) la voluntad de retorno del grupo de personas en situación de desplazamiento; y (iii) que el Estado es el obligado a garantizar el derecho al retorno en condiciones adecuadas para las víctimas de desplazamiento forzado.

18.2. Las 120 familias desplazadas y con identidad étnica diversa llegaron a un bien en la ciudad de Cali, considerando que se trataba de un predio baldío, con el fin de satisfacer sus necesidades de alojamiento, techo y alimentación y, en el lugar, decidieron iniciar un proceso de reconstrucción o preservación de tradiciones ancestrales.

El hecho se desprende también de la demanda y la certificación de otras autoridades indígenas, anexa al expediente. Además de ello, es claro que al momento de iniciarse el trámite policivo, la Secretaría de Vivienda de Cali no se encontraba utilizando el bien ni adelantando proyectos de desarrollo de vivienda de interés social, u otro tipo de procesos de relevancia social y constitucional en el lugar. Según la Inspección Fray Damián N 4, a la iniciación del trámite de lanzamiento por ocupación de bien inmueble, solo se tenía noticia de un ocupante irregular en el lugar, y fue necesaria la intervención de un perito para determinar la naturaleza y titularidad del bien.

Ello permite inferir la plausibilidad de la exposición de los hechos realizada por los accionantes, aspecto importante para determinar, en el análisis jurídico del caso, los elementos de contexto y los principios jurídicos relevantes en conflicto en este trámite.

18.3. En el proceso policivo se comprobó que el bien era de naturaleza fiscal, lo que llevó a la adecuación del procedimiento y a su impulso oficioso por parte de la Inspección Fray Damián N 4. Aunque no es claro que los peticionarios hayan sido comunicados del inicio del procedimiento policivo, sí se encuentra comprobado que sabían de él desde el 15 de febrero de 2010, a raíz de una diligencia de inspección ocular realizada por la Inspección en el lugar; y que la comunidad conoció el aviso por el cual se comunicó la adecuación del trámite a lanzamiento por ocupación de bien fiscal.

Estos hechos jurídicos se encuentran comprobados a partir de inspección judicial realizada por el juez de primera instancia en el expediente T-2898085 al proceso policivo adelantada por la Inspección Fray Damián; y por las actuaciones de la comunidad frente al aviso, que permiten concluir la existencia de una conducta concluyente en relación con la notificación de la “adecuación” del trámite. De ello se infiere, recíprocamente, que desde el 15 de febrero de 2010 la Inspección Fray Damián conocía la condición de desplazamiento y la diversidad étnica de los peticionarios, pues así se presentaron al recibir a los funcionarios que visitaron el predio.

18.5. Los peticionarios y las 120 familias indígenas han realizado tala de árboles, hecho que se infiere de la inspección ocular y el dictamen pericial realizado por la Inspección Fray Damián N 4.

18.6. En relación con el estado actual del trámite policivo, fue posible establecer que actualmente la diligencia de desalojo no se ha realizado por dificultades de carácter técnico y “logístico”, tales como la necesidad de un número alto de efectivos de la fuerza pública, y maquinaria para su realización. Al parecer, en la comuna 8 de la ciudad de Cali, en donde se encuentra el predio de Alto Nápoles se presenta una difícil situación de orden público, lo que ha agudizado las dificultades mencionadas, así como la posibilidad de asegurar en la diligencia de desalojo, la presencia de las autoridades encargadas de la protección de las personas vulnerables.

Este hecho se desprende de comunicación telefónica con la Inspección Fray Damián, ordenada por el Magistrado sustanciador en este trámite⁵⁴.

19. Análisis de fondo.

19.1. Aplicabilidad del Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia constitucional sobre la protección de la población desplazada al caso de estudio.

De acuerdo con los antecedentes del caso, en los peticionarios concurren dos condiciones de vulnerabilidad. En consecuencia son aplicables los contenidos normativos relevantes sobre protección a la población desplazada y aquellos que cobijan a las personas y pueblos indígenas, entre los que se destaca el Convenio 169 de la OIT.

19.1.1. Sobre el primer aspecto, y sin que ello excluya la viabilidad de un trámite de caracterización adelantado por Acción Social con el fin de determinar si en el predio existen personas que no hacen parte de las 120 familias indígenas desplazadas del Cauca; o con el propósito de establecer el nivel de atención recibido por cada familia, en concepto de la Sala el análisis desarrollado en el considerando 18.1. permite concluir que el asunto de la referencia debe analizarse asumiendo a los peticionarios como personas en situación de desplazamiento forzado, acreedoras por lo tanto de la condición de sujetos de protección constitucional reforzada y de un trato preferente por parte de las autoridades públicas.

19.1.2. Además, la Sala estima que en el presente caso son aplicables las normas del Convenio 169 de la OIT, tomando en cuenta la decisión de las 120 familias de Alto Nápoles de constituirse en cabildo indígena y el reconocimiento de otras autoridades indígenas sobre su proceso de organización social indígena.

Es oportuno recordar, en ese sentido, que la identidad étnica es un asunto complejo que, en el caso de los pueblos y personas indígenas hace referencia a la existencia de tradiciones diferenciadas a las del grupo mayoritario (diferencia cultural), a la descendencia de los pueblos que habitaban el continente previa la conquista y la colonia (linaje), a la voluntad de preservar ese modo de vida diferenciado y, a juicio de la Corte Constitucional, también a la voluntad de reconstruir esos modos de vida⁵⁵. Además, tanto el Convenio 169 de 1989 como la jurisprudencia constitucional (T-703 de 2008) han destacado la importancia del auto reconocimiento de los pueblos aborígenes como criterio de especial relevancia para determinar el ámbito de aplicación personal del Instrumento citado. Por ello, el auto

reconocimiento de los accionantes, y de las 120 familias de Alto Nápoles, como personas étnicamente diversas, es para la Sala razón suficiente para considerarlos beneficiarios de la protección prevista en el Convenio 169 de la OIT.

19.2. Aplicación de las subreglas reiteradas al caso concreto.

19.2.1. Frente a los hechos probados en este proceso, y teniendo presentes las conclusiones sentadas al finalizar el acápite de fundamentos de la decisión, es para la Sala claro que los hechos recién indicados se deben subsumir en las subreglas constitucionales que ordenan: (i) conceder el amparo al derecho fundamental a la vivienda digna de los peticionarios mediante la disposición de un albergue en condiciones dignas; y (ii) activar el sistema de atención a la población desplazada, así como las obligaciones concretas de las autoridades accionadas, de Acción Social, y de cualquier otra autoridad concernida en la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, siendo procedente, por lo tanto, conceder el amparo al derecho fundamental a la vivienda digna y la especial protección a la población desplazada, de los peticionarios.

19.2.2. En relación con la procedencia de la suspensión de la diligencia de desalojo, la Sala, siguiendo siempre las conclusiones sentadas en el acápite “fundamentos de la decisión”, determinará si es o no procedente a partir de un examen de razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

a. En primer término, la Sala encuentra que el desalojo persigue el fin legítimo de proteger el patrimonio público, y que en este, se han seguido los trámites previstos por la ley. En consecuencia, la actuación de la inspección accionada es razonable.

Sin embargo, ello no es suficiente para dar por terminado el examen de proporcionalidad, pues la Sala debe aclarar si, una vez agotada una etapa de consulta y negociación, resulta procedente el desalojo, en tanto en ese instante no existiría ninguna otra medida para lograr la restitución del bien fiscal en cuestión.

c. Para responder ese interrogante, se evaluará la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, o en otros términos, se ponderarán los bienes jurídicos en conflicto, manteniendo presente que la decisión será legítima si el beneficio de los fines constitucionales perseguidos con la diligencia de desalojo es superior a la lesión de los bienes constitucionalmente

relevantes que pueden verse afectados en el trámite policivo.

Un adecuado ejercicio de ponderación requiere, en primer lugar, de la determinación de los bienes en conflicto. Para la Sala, el desalojo persigue proteger el patrimonio público y, por lo tanto, el interés general; y está ordenada, además, por el principio de legalidad en armonía con el principio democrático. La suspensión del desalojo, de otro lado, pretende garantizar la especial protección de la población desplazada y tiene fundamento en estándares del derecho internacional que se han ocupado de resaltar la especial afectación que supone un desalojo para personas víctimas del citado fenómeno y otros grupos vulnerables. En el caso concreto, optar por esa decisión permitiría asegurar la diversidad, identidad y autonomía de un grupo indígena que desea organizarse como cabildo y reconstruir o preservar un modo de vida ancestral y constitucionalmente protegido.

Siguiendo a la doctrina más autorizada, la ponderación se llevará a cabo mediante la determinación de (i) el peso abstracto prima facie de los bienes en conflicto; (ii) la evaluación de la gravedad de la intervención en cada uno de ellos, y (iii) la certeza de que se verán lesionados a partir de la información empírica disponible en este trámite⁵⁶.

i. Para la Sala, es evidente que los principios en colisión poseen una alta importancia o peso prima facie en el orden jurídico colombiano observado en el momento histórico actual, pues la protección de los bienes de uso público representa la prevalencia del interés general, y se encuentra ordenada por el principio de legalidad, central en el sistema jurídico y condición de eficacia del principio de igualdad formal. La protección de la población desplazada y de las personas étnicamente diversas, sin embargo, representa una proyección del principio de igualdad material y del carácter social del Estado de derecho, elemento definitorio de nuestra Constitución Política, al punto que el propio constituyente consideró legítimo restringir el principio de igualdad formal cuando exista la necesidad de medidas especiales de protección a favor de sujetos vulnerables o en condición de debilidad manifiesta.

Si, a la situación descrita, se agrega la necesidad de tomar en consideración el principio de pluralismo (artículo 2º) y la presencia de personas vulnerables como menores (44), mujeres embarazadas (artículo 42) y ancianos (artículo 46) en el grupo de ocupantes del predio de Alto Nápoles, resulta posible establecer que, en el caso concreto, los intereses que buscan

proteger los peticionarios tienen un peso ligeramente superior, prima facie, que los intereses que persigue el desalojo ordenado por la Inspección Fray Damián N 4.

(ii) Al evaluar la gravedad o intensidad de la intervención frente a cada grupo de derechos, la Sala estima que el número de personas indígenas desplazadas que se verían afectadas por el desalojo, y la presencia de niños, ancianos y mujeres embarazadas en un eventual desalojo, así como la posibilidad de que se trunque el proceso organizativo de la naciente comunidad de Alto Nápoles Nasa Ukawe sx' Thaj son aspectos que llevan a considerar como intensa la intervención al grupo de intereses protegidos de los accionantes.

Por otra parte, si bien debe considerarse seria la afectación al interés general y al patrimonio público ocasionada por la ocupación de un bien fiscal, la ausencia de un uso socialmente adecuado del bien ocupado al momento en que las familias de Alto Nápoles ingresaron al mismo para satisfacer diversos derechos constitucionales; así como la inexistencia de proyectos de desarrollo social son aspectos que reducen la intensidad de la afectación al patrimonio público que, por lo tanto, es considerada por la Sala como intermedia.

En el análisis sobre gravedad de la intervención en el caso concreto, prevalecen también los intereses de los accionantes.

(iii) Finalmente, resulta cierta la afectación a los principios jurídicos que pretenden proteger los accionantes si se verifica el desalojo ordenado por la Inspección Fray Damián N 4. En efecto, de los antecedentes del caso se desprende que no existe ningún plan de atención al amplio número de personas que resultarían desamparadas y sin techo después de la diligencia del desalojo entre los que, necesario resulta repetirlo, se encuentran niños, ancianos y mujeres en estado de embarazo, lo que se opone al PIDESC (artículo 11.1) de acuerdo con la interpretación autorizada del PIDESC57.

Existe también certeza sobre la afectación del proceso comunitario iniciado por las familias del predio Alto Nápoles si las familias que desean constituirse en cabildo indígena se ven separadas a raíz de la diligencia de desalojo, enfrentándose cada una por su cuenta a un medio cultural ajeno y, en sus condiciones de precariedad de medios de subsistencia y de carencia de un territorio colectivo en el que desarrollar su modo de subsistencia, sin lugar a dudas, hostil.

La afectación al patrimonio público por ocupación de un bien fiscal también debe considerarse cierta, pues mientras el desalojo no se produzca, el predio de Alto Nápoles no podrá ser utilizado por las autoridades municipales para cumplir sus fines constitucionales. Sin embargo, es importante señalar que la propia función de albergue dada de hecho al predio, no debería ser despreciada para un bien sobre el cual se notaba plena indiferencia por parte de la Secretaría de Vivienda de Santiago de Cali hasta sus intervenciones ante los jueces de tutela.

Este análisis lleva a concluir que en el caso concreto debe darse prevalencia a los intereses constitucionalmente legítimos de los peticionarios, de encontrar condiciones mínimas de vivienda y de iniciar un proceso de reconstrucción de tradiciones ancestrales de manera autónoma, sobre el interés también legítimo de la autoridad de policía accionada de recuperar el patrimonio público.

20. Alcance del amparo.

20.1. En el asunto bajo análisis, a diferencia de eventos decididos con anterioridad por la Corte Constitucional, el componente de diversidad, identidad y autonomía indígena debe ser tomado en cuenta para determinar el alcance del amparo, pues la orden de albergue temporal amenazaría el proceso comunitario de las 120 familias del predio de Alto Nápoles, si tiene por consecuencia la reubicación de cada familia en un lugar diferente. Esta situación y el respeto por el principio de igualdad, obligan a cobijar en el amparo a cada una de las familias que, en un primer momento, ocuparon el citado bien.

20.2. La condición de personas étnicamente diversas, y la voluntad de mantenerse como comunidad indígena manifestada por los peticionarios y las 120 familias ocupantes del predio comportan, en primer término, la necesidad de establecer un proceso de comunicación y concertación entre las autoridades del orden jurídico mayoritario y las autoridades tradicionales indígenas con el fin de encontrar alternativas de solución que excluyan el uso de la fuerza.

20.3 En materia de territorio colectivo, siguiendo la jurisprudencia de la CorteIDH y el artículo 16.4 del Convenio 169 (citado), el Estado tiene la obligación de brindar condiciones adecuadas para un proceso de retorno de las comunidades indígenas que han sido forzadas a abandonar sus tierras ancestrales, siempre que estas deseen iniciar ese recorrido hacia sus

territorios ancestrales. Cuando no resulte posible el retorno, el Estado se encuentra en el deber de entregar tierras de igual o superior calidad y estatus jurídico a la comunidad afectada.

Estas obligaciones, de acuerdo con la CorteIDH, en argumentos que comparte esta Corporación y que fueron expuestos en los fundamentos del fallo, se extienden también a casos en que la comunidad ha perdido la posesión ancestral del territorio indígena por motivos ajenos a su voluntad, pues una interpretación en sentido contrario implicaría discriminar a las comunidades víctimas de hechos violentos, posibilidad por completo ilegítima desde el punto de vista constitucional.

20.4. En el asunto objeto de estudio, sin embargo, y de acuerdo con los antecedentes del caso, se encuentran personas indígenas que pertenecen a etnias diferentes, ambas ubicadas tradicionalmente en el departamento del Cauca. Ello dificulta la aplicación directa del artículo 16.4 del Convenio 169 o de las reglas de decisión que se extraen de la jurisprudencia de la CorteIDH en los casos del chaco paraguayo (referidos en los fundamentos del fallo), pues resulta plausible suponer que no ocupaban un mismo territorio ancestral que pueda ser identificado y así recuperado por el Estado colombiano.

Esa situación, empero, no puede llevar a soslayar el hecho de que las 120 familias de Alto Nápoles fueron violentamente expulsadas de sus territorios en el pasado y que, por lo tanto, son titulares del derecho a la protección del territorio colectivo.

Para superar la dificultad mencionada (derecho al territorio, pero eventual imposibilidad de su identificación en el caso concreto), la Sala estima pertinente proferir una orden compleja: en primer término, debe notificarse al Ministerio de Agricultura, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Ministerio de Hacienda y al Ministerio del Interior, autoridades plenamente concernidas con la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento para que, en el ámbito de sus competencias legales y constitucionales (i) inicien los trámites de concertación con la naciente comunidad de Alto Nápoles para determinar si es posible identificar su territorio colectivo y (ii) si resulta procedente, bajo los parámetros normativos constitucionales y los estándares del DIDH iniciar un proceso de retorno para la comunidad.

En caso de que no resulte posible llevar a cabo esa orden, como lo sugiere la difícil situación

de orden público del departamento del Cauca, especialmente en lugares habitados tradicionalmente por pueblos indígenas, y la decisión de la comunidad de asentarse en tierras lejanas a su lugar de origen, (iii) el Estado iniciar los trámites necesarios para que los peticionarios sean incluidos en la política de adjudicación, restitución o recuperación de tierras que actualmente adelanta el Gobierno Nacional, con el fin de cumplir su obligación convencional de entregar tierras de igual o superior calidad y estatus jurídico a las comunidades indígenas afectadas por el desplazamiento forzado.

Mientras se desarrolla esa concertación y el Estado adopta las medidas pertinentes para que los accionantes sean beneficiarios de los planes de entrega de tierras y reforma agraria, la Sala ordenará suspender el desalojo ordenado por la Inspección Fray Damián contra las familias indígenas alojadas en el predio de Alto Nápoles; y a las autoridades municipales accionadas, a través de la Secretaría de Vivienda, preservar el predio de Alto Nápoles como albergue temporal de las 120 familias que actualmente lo ocupan, garantizando que sus condiciones sean acordes con la dignidad humana.

La Sala notificará, además, a Acción Social para que inicie los trámites de su competencia destinados a asegurar la atención de la población desplazada; y a la Alcaldía de Cali para que inicie los trámites pertinentes para la inclusión de las 120 familias indígenas ubicadas en el predio de Alto Nápoles en los planes de atención a la población vulnerable que adelanta el municipio.

Finalmente, en la parte resolutive, se advertirá a los peticionarios y a los ocupantes del predio de Alto Nápoles sobre su deber de acatar las recomendaciones y observaciones de las autoridades ambientales, especialmente, en lo concerniente a la tala de árboles en el lugar que actualmente ocupan.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

Primero.- Revocar los fallos proferidos en el trámite del expediente T-2898085 por el Juzgado tercero (3º) penal municipal de Santiago de Cali en primera instancia, de fecha nueve (9) de julio de dos mil diez (2010), y el Juzgado séptimo (7º) penal del circuito de Santiago Cali, en segunda instancia, proferida el treinta y uno (31) de agosto de dos mil diez (2010); y el fallo proferido en el trámite T-2898085, en primera instancia, por el Juzgado diecinueve (19) penal municipal de Santiago de Cali, mediante providencia de primera instancia, proferida el veintinueve (29) de septiembre de dos mil diez (2010) y, en su lugar, conceder el amparo a los derechos fundamentales a la vivienda digna, la diversidad e identidad étnica, la autonomía de las comunidades indígenas y la especial protección a las personas en situación de desplazamiento, protección que se hace extensiva a las familias indígenas que ocuparon el predio de Alto Nápoles, en la comuna 18 de la ciudad de Santiago de Cali.

Las autoridades del Resguardo Nasa Ukawe sx' Thaj están en obligación de aportar el censo de las "aproximadamente 120 familias" que se encuentran asentadas en el predio de Alto Nápoles.

Segundo. Ordenar a la Inspección de Policía de 1ª Categoría Fray Damián No. 4 de Santiago de Cali suspender la diligencia de desalojo y el procedimiento de lanzamiento por ocupación de bien fiscal iniciado contra las familias indígenas que actualmente ocupan el predio Alto Nápoles, en la Comuna 18 de Santiago de Cali.

Tercero. Notificar esta providencia al Ministerio del Interior y de Justicia, al Ministerio de Hacienda, al Ministerio de Agricultura y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para que, en el ámbito de sus competencias, y en el marco de los programas y políticas adoptadas -y en vía de adopción- para la superación del Estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, inicie un proceso de concertación con las familias indígenas asentadas en el predio de Alto Nápoles, con el fin de que se determinan las alternativas para (i) conceder un albergue en condiciones acordes para la dignidad humana en el que la comunidad, considerada en su conjunto, pueda concretar o ejercer su derecho a preservar su cultura y modo de vida buena ancestralmente determinados; (ii) determinar si, en el caso concreto, los peticionarios formaban una comunidad indígena determinada, con anterioridad a la ocupación del predio de Alto Nápoles; y si, como comunidad indígena, ocupaba tierras susceptibles de identificación; (iii) consultar con la comunidad la posibilidad de hacer efectivo su derecho al retorno en condiciones de

seguridad, tomando en cuenta las circunstancias fácticas existentes en su zona de origen.

En caso de que la comunidad indígena del predio Alto Nápoles no existiera antes de la ceremonia en que se constituyen como cabildo/resguardo indígena, y por lo tanto no sea posible determinar la existencia de un territorio colectivo ancestralmente ocupado por sus miembros; las autoridades citadas deberán (iv) iniciar los trámites para que las personas de la comunidad de Alto Nápoles puedan acceder a la adjudicación de tierras o a otros programas de reforma agraria y/o de restitución de tierras adelantados por el Estado colombiano en el marco de la atención a la población desplazada, tomando en cuenta el componente de la diversidad étnica y cultural de los beneficiarios de estas órdenes de protección.

Cuarto. Notificar a Acción Social del contenido de esta decisión para que, en el marco de sus competencias legales y constitucionales, y en el contexto de las medidas de atención destinadas a la población desplazada, lleve a cabo el proceso de caracterización de los accionantes y las familias indígenas ocupantes del predio de Alto Nápoles, y proceda a garantizar que se hagan eficaces sus derechos constitucionales como personas en situación de desplazamiento forzado.

Quinto. Ordenar al municipio de Santiago de Cali que, a través de la Secretaría de Vivienda municipal disponga las medidas pertinentes y necesarias para preservar el predio de Alto Nápoles como albergue temporal de la comunidad indígena Nasa Ukawe sx' Thaj mientras se cumple lo ordenado en el numeral tercero de esta providencia.

Sexto. Ordenar a la Inspección de Policía de Primera Categoría Fray Damián N 4 y a la Secretaría de Vivienda de Santiago de Cali que, en caso de que el desalojo tenga lugar durante los trámites previos a la notificación de esta sentencia, se procure el retorno de la comunidad al predio de Alto Nápoles, y se cumpla, en tal caso, lo dispuesto en los numerales anteriores de la parte resolutive de esta providencia,

Séptimo. Prevenir a los accionantes y a las demás familias indígenas del predio Alto Nápoles sobre su obligación de suspender la tala de árboles y seguir, en materia de explotación de recursos naturales, las orientaciones de las autoridades ambientales.

Octavo. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del

Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A

DEL MAGISTRADO MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA T-282/11

Referencia: Expedientes T-2898085 y T-2890730.

Accionante: (i) Chilo Valencia, en nombre propio y en representación de su esposa, Reveca Esneda Moreno; y (ii) Elvia Guatoro Baicué, en nombre propio y en representación de sus hijos Yeni Gonzales (28 años) y Felipe Belardes Gonzales (8 años)

Accionados: la Inspección urbana de policía municipal 1ª categoría Fray Damián N 4 de Santiago de Cali y la Secretaría de Vivienda de Santiago de Cali (Valle del Cauca).

Magistrada Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Salvo parcialmente mi voto frente a la sentencia de tutela aprobada por la Sala Novena de revisión en sesión celebrada el 12 de abril de 2011, por las razones que a continuación expongo:

No comparto la posición de la Sala con respecto a suspender la diligencia de desalojo por cuanto esta es una medida legítima que pretende recuperar la tenencia de un bien del Estado. Suspender un procedimiento desalojo que ha cumplido con los requisitos legales y con el debido proceso, resulta legitimar y darle consecuencia jurídicas a actuaciones de hecho que contravienen el ordenamiento jurídico.

De manera general, el procedimiento de desalojo es una medida que busca recuperar la tenencia de un bien ocupado sin justo título. En efecto, el desalojo es un procedimiento que permite recuperar materialmente un bien que fue tomado de manera ilegítima, y evita que aquellos que han procedido en contra de la ley obtengan un provecho de su acción. Este es un medio coercitivo que reconoce el ordenamiento jurídico para evitar que por vías de hecho se consoliden situaciones de derecho que perjudiquen los derechos legítimamente adquiridos. Ahora, cuando el bien que se ve afectado con la ocupación ilegítima pertenece al Estado resulta especialmente importante esta medida, por cuanto el patrimonio público alcanza particular atención y protección en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otra parte, esta medida para que resulte legítima debe hacerse con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas desalojadas. Es decir, si bien la medida prima facie es lícita esta no puede llegar hasta el punto de atropellar y vulnerar los derechos de las personas que ocuparon el bien. Siendo esto así, al realizar el procedimiento de desalojo deben garantizarse que las personas desalojadas no vean vulnerados sus derechos fundamentales. El desalojo que se apega al debido proceso es una medida legítima de protección de la propiedad, pero por su naturaleza violenta, la administración debe ser especialmente cuidadosa en que no se convierta en un procedimiento que atente contra los derechos de las personas desalojadas. El desarrollo de los procedimientos de desalojo entraña la responsabilidad estatal de buscar el menor daño posible en la población desalojada.

En este caso se presenta un conflicto entre la necesidad de proteger el patrimonio público y la obligación estatal de garantizar los derechos de la población indígena en especial en lo atinente a su derecho fundamental a la propiedad colectiva. La forma de solucionar esta tensión es, por un lado, reconocer que esta medida de desalojo forzado prima facie resulta legítima para preservar el patrimonio del Estado y, por otro, señalar que a la administración le corresponde ser cuidadosa de respetar el debido proceso de las partes involucradas y tener siempre presente que esta medida no puede vulnerar los derechos fundamentales de los desalojados. Por tanto, el desalojo forzoso es válido si es estrictamente necesario y antes de practicarlo es obligación de la administración intentar el abandono voluntario del bien. Ahora, como las personas que ocupan ilegítimamente el predio son una comunidad indígena, corresponde a la administración, adicionalmente, buscar el retorno voluntario a su territorio ancestrales por medio del procedimiento de consulta previa.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

1 En este aparte, los hechos se presentan buscando mantener la mayor identidad posible con la exposición de la demanda. En el acápite de intervención de las autoridades accionadas se expondrá su posición su visión sobre los hechos del caso.

2 En consideraciones que no son claras, plantea la inspección que el expediente fue solicitado por un juzgado civil del circuito con ocasión a una tutela e incidente de desacato interpuesto por el señor Ignacio Franco. Dado que el hecho no parece tener relevancia para el fondo del asunto, se deja constancia de la mención del mismo realizada por la autoridad accionada, sin consideraciones adicionales.

3 Cfr. T-380 de 1993.

4 En ese proceso, la Corporación ha destacado la importancia de maximizar la autonomía de los pueblos aborígenes, la trascendencia del territorio colectivo para las culturas originarias, y reforzando su derecho a la participación, especialmente en la adopción de las medidas que pueden afectarlos, y recurriendo a los compromisos internacionales del Estado plasmados en

el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración universal sobre derechos de los pueblos indígenas que, a pesar de no haber sido suscrita por Colombia permite conocer la opinión autorizada y actualizada de la comunidad internacional en la materia. (Ver, entre otras, las sentencias T-704 de 2006 y T-514 de 2009).

5 Siguiendo y actualizando la sistematización realizada en la SU-510 de 1998.

6 Cabe recordar que la reiteración permite aplicar a casos futuros el resultado de complejos ejercicios de ponderación previamente adelantados por esta Corporación. Cfr. sentencias T-292 de 2006 y T-514 de 2009. En el primero de tales fallos expresó la Corte: de hecho la reiteración de una ratio permite al juez aplicarla como precedente en casos similares, en la medida en que la identificación de la ratio decidendi vinculante resulta más sencilla.

7 Sobre el último de los aspectos mencionados remite la Sala al auto 04 de 2009.

8 Sobre la incorporación del Convenio 169 al bloque de constitucionalidad, ver, entre otras, las sentencias T-704 de 2006 y C-030 de 2008. La Corte Constitucional colombiana también ha reconocido la importancia de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, de la ONU, como criterio imprescindible de interpretación de las obligaciones estatales frente a los pueblos indígenas, en tanto contiene la posición más actualizada de la comunidad internacional en la materia.

9 Al respecto, puede consultarse en Observación sobre Colombia de 2005, la importancia dada por la CEACR a la auto identificación como pueblos tribales de las comunidades negras de Jiguamiandó y Curvaradó, como presupuesto para la aplicación de las disposiciones convencionales emanadas del Convenio 169 de la OIT. (Comisión de Expertos, 76ª Sesión; Observación - Colombia. Publicación 2006).

10 Convenio 169 de 1989, OIT, "Artículo 1: 1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban 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, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. || 2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

11 En sentencia T-703 de 2008, expresó la Corporación: “8. Ahora bien, del derecho al autogobierno, así como de la prohibición para los Estados de intervenir en el ámbito propio de sus asuntos, se deriva un derecho para las comunidades indígenas de autoidentificarse e identificar a sus semejantes como parte de la comunidad. || En virtud de lo anterior, las comunidades indígenas ostentan un derecho a: i) ser reconocidas por el Estado y la sociedad como tales, en virtud de una conciencia de identidad cultural diversa, y; ii) a que no se pueda negar arbitrariamente la identidad real de la comunidad y de sus miembros. || Cabe recordar el contenido del artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT, en virtud del cual “[l]a 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.” || En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional relativa al respeto de la diversidad étnica y cultural ha sostenido que “(...) la identidad cultural es la conciencia que se tiene de compartir ciertas creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un determinado grupo humano al cual se pertenece y que tiene una cosmovisión distinta y específica”.

12 Constitución Política. 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. (...)”

13 Constitución Política. Artículo 58: “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, resultare 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”. Si bien el artículo no se refiere específicamente a la propiedad colectiva del

territorio, la Corte aceptó en sentencia de unificación SU-510 de 1998 que, aparte de sus atributos específicos, el citado derecho comparte las prerrogativas inherentes de la propiedad privada: “La Corte no ha dudado en reconocer, con base en las declaraciones constitucionales e internacionales respectivas, 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.” SU-510 de 1998.

14 Constitución Política. 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”.

15Al respecto, prescribe el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT:

“1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán 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.

2. 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”.

2 Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Étnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional No. 67. Pág. 18.

18 Sentencia T-188 de 1993. En sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua: “[...] Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un

individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”, consideraciones reiteradas en las sentencias de Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006 Serie C No. 145; Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. También el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT hace referencia a la especial relación de los pueblos indígenas con su territorio ancestral.

19 Se utiliza el término “título” entre comillas porque no es del todo posible categorizar la propiedad del territorio colectivo con un vocablo propio del derecho civil de corte romano; en realidad, los atributos del territorio colectivo se derivan de ese continuum entre cultura, autonomía y territorio que ha sido puesto de presente en los apartes jurisprudenciales citados.

20 Sobre el tema, es también relevante la sentencia T-945 de 2007, en el que la Corte aclaró que la jurisdicción especial indígena podría conocer casos en los que se encuentren involucradas instituciones de la comunidad, aunque su sede esté establecida fuera de los linderos del territorio colectivo.

21 El artículo 16 del Convenio 169 de 1989 de la OIT establece diversos contenidos normativos en relación con los pueblos aborígenes que deben ausentarse de su territorio ancestral por diversas razones. Por su relevancia, se transcribe in extenso: “Artículo 16: 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no

deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. || 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. || 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y su reubicación. || 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas. || 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento”.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 17 de junio de 2005. Se presenta una breve síntesis de los hechos del caso, a partir del fundamento 50 de la sentencia que se evoca: La comunidad de Yakye Axa hace parte de los grupos aborígenes que ocupaban ancestralmente el Chaco paraguayo. Tras la división de las comunidades del lugar, en parte ocasionada en la pérdida de la posesión de su territorio ocurrida a finales del siglo XIX y principios del XX, uno de los grupos resultantes, los Chanawatsan ocupan la ribera occidental del río Paraguay, siendo la comunidad Yakye Axa una “expresión sedentarizada de una de las bandas de los Chanawatsan”. La comunidad, en el caso referido, perseguía la recuperación de una porción del territorio de los chanawatsan. Desde 1996, la mayor parte de la comunidad indígena citada se asentó en la ruta (carretera) que va de Pozo Colorado a Concepción; otro grupo se encontraba en diversas aldeas; y algunas familias se hallaban en estancias alrededor del sector. Antes de iniciar el proceso de reivindicación de sus tierras, los indígenas se asentaron en la estancia El Estribo, a instancias de la iglesia anglicana que inició un proceso para la adquisición de tierras para asentamientos indígenas. Así, los indígenas de la comunidad se trasladaron de la Estancia Loma Verde a la estancia El Estribo, pues en la primera, no recibían salario los hombres, las mujeres eran sexualmente explotadas por

campesinos paraguayos, y no contaban con servicios de agua y alimentación adecuados. Sin embargo, la Estancia El Estribo, se encontraba alejada del lugar de origen de sus moradores; el medio ambiente, los recursos naturales y el clima eran distintos a los del Chaco paraguayo, de manera que las condiciones de vida de la comunidad no mejoraron con ese traslado. No había animales para cazar, la falta de agua y alimentó ocasionó morbilidad y mortalidad en los menores y los miembros de la comunidad se encontraban aislados y hallaban dificultades para desarrollar sus expresiones religiosas porque en el lugar residía otra cultura indígena.

23 Cfr. Párrafo 147, fallo citado.

24 Cfr. párrafos 172 y 175; *Ibíd.*

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

26 Se presenta una síntesis de los hechos del caso efectuada en el fundamento 73 de la sentencia citada: de acuerdo con la CortelDH, la comunidad Sawhomayaxa es una expresión sedentarizada de los pueblos aborígenes que ancestralmente ocuparon la región del Chaco paraguayo, cuyas tierras fueron vendidas a comienzos del siglo XIX en la bolsa londinense y como pago de la deuda externa paraguaya. Posteriormente, sus tierras resultaron fraccionadas y ocupadas por diversos propietarios privados, impidiendo progresivamente el acceso de los pueblos aborígenes a sus tierras tradicionales y ocasionando cambios dramáticos en su forma de supervivencia, pasando de la pesca y la casa al trabajo asalariado. Al iniciar el proceso de recuperación de tierras, la comunidad de Sawhomayaxa agrupaba a varias aldeas indígenas dispersas en haciendas ganaderas al oeste del río Paraguay. El mayor asentamiento de la comunidad se formó con posterioridad a la iniciación del proceso de reivindicación de tierras cuando la mayoría de los miembros de la comunidad decidió salir de las estancias (o haciendas) en que se encontraban y ubicarse en una alambrada de la propiedad reivindicada, “en la ruta que une Pozo Colorado y Concepción”. El segundo mayor asentamiento, “Km. 16” se ubicó también en la carretera que une los citados lugares y, al parecer, existía al momento de iniciarse el proceso de reivindicación de tierras. “Un grupo minoritario de miembros de la comunidad continua[ba] viviendo dentro de las tierras demarcadas por varias estancias de los alrededores”.

27 Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, *supra* nota 184, párr. 151.

28 Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. párr. 134.

29 Cfr. Caso Comunidad indígena Yakye Axa, supra nota 1, párrs. 124 a 131.

30 La procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos de la población desplazada ha sido reiterada en amplio número de oportunidades por la Corte Constitucional. Ver, por ejemplo, las sentencias SU-1150 de 2000, T-025 de 2004, T-787 de 2008 y, en escenarios análogos al que actualmente se estudia, decididos en sentencias T-078 de 2004, T-770 de 2004, T-967 de 2009 y T-068 de 2010.

31 La exposición por supuesto no tiene ánimo de exhaustividad por tratarse de un asunto ampliamente reiterado. Los elementos que acá se resaltan no niegan la existencia de otros factores que pueden concurrir, en cada caso, a reforzar la condición de sujetos de especial protección constitucional que ostentan las personas víctimas de desplazamiento forzado.

32 En tal sentido, la Corte declaró formalmente el Estado de Cosas Inconstitucional en relación con el desplazamiento forzoso en la sentencia T-025 de 2004. Ver también, sentencia T-215 de 2002.

33 La Sala hace referencia al fenómeno social del desplazamiento considerado de forma global. En algunos casos, sin embargo, es posible incluso que la actividad legítima del Estado, sea causante directa del desplazamiento (vid, Sentencia T-630 de 2007)..

34 Ver, entre otras, las sentencias T-025 de 200, SU-1150 de 2001, y T-721 de 2003.

35 En otros pronunciamientos, la Corte ha establecido que aún la acción legítima del estado puede ser causa directa de desplazamiento forzado. En este caso la Sala Novena solo desea resaltar las fuentes de las obligaciones estatales frente a los desplazados.

36 Sentencias SU-150 de 2000 y T-025 de 2004, Anexo 4. Recientemente la Corte se ha pronunciado sobre el tema en las sentencias T-740 de 2004, T-175 de 2005, T-1094 de 2004, T-563 de 2005, T-1076 de 2005, T-882 de 2005, T-1144 de 2005, T-086 de 2006 y T-468 de 2006, T-328 de 2007 y 497 de 2007, T-630 de 2007, T-821 de 2007.

37 Sentencias T-821 de 2007 y T-086 de 2006.

38 Sentencia. T-086 de 2006.

39 *Ibíd.* Reiterada. Esta doctrina ha sido reiterada, además, en las sentencias T-328 de 2007, T-496 de 2007, T-821 de 2007 y T-364 de 2008.

40 “27. Todo este conjunto de disposiciones constitucionales y legales, establecen en cabeza de las instituciones comprometidas en esas normas, una posición de garante frente a la población desplazada. Cuando en una de estas entidades recae el deber de atención, por estar dentro de su ámbito de competencia material, funcional y territorial, tiene la obligación irrenunciable de garantizar, proteger y socorrer a aquella población vulnerable que ha sido movilizad, contra su voluntad, de su lugar original de vida.” Y dijo que la acción de tutela es el mecanismo principal para la protección de sus derechos.” (Sentencia citada).

41 Al respecto, afirmó la Sala Cuarta: “La Corte no ignora que pueden existir razones distintas al desplazamiento interno, más o menos fundadas, que llevaron a algunas familias a asentarse en tal predio. No obstante, respecto de ellas no se cumple el hecho planteado como presupuesto para la viabilidad del amparo de los derechos fundamentales invocados y por ello no hay lugar a su protección”.

42 “5.2. En este punto, en cambio, la Sala estima que no es posible acceder a la solicitud de la actora de que se impida el adelantamiento del lanzamiento en el proceso policivo en curso, al momento de interponer la tutela. Efectivamente, considera la Corte que si así procediera un juez de tutela en un caso similar, tendería un manto de aparente legitimidad sobre una conducta ilegal. Conducta que no deja de ser contraria a derecho, por más apremiantes que resulten circunstancias calamitosas e inconstitucionales como la de ser víctima del delito de desplazamiento forzado. La actuación de la señora Manrique Gutiérrez no puede generar, entonces, derechos, ni expectativas legítimas. Entenderlo de ese modo sería contrario al principio de legalidad que estructura el estado de derecho”.

43 Para una exposición exhaustiva, cfr. T-068 de 2010.

44 Recientemente, la Corte ha considerado que el derecho a la vivienda digna tiene, en general, el carácter de fundamental autónomo, y ha comenzado a precisar, valiéndose de la interpretación del Comité DESC sobre el derecho a la vivienda adecuada (Observación General Nro. 4), cuáles son las facetas susceptibles de protección por vía de tutela. Al

respecto, ver T-585 de 2008.

45 Cfr. T-585 de 2006.

46 De acuerdo con la OG 7, las leyes que se promulguen en relación con los desalojos forzosos deben: “a) brind[ar] la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras, b) [ajustarse] al Pacto y c) regulen estrictamente las circunstancias en que se puedan llevar a cabo los desalojos”. (Comité DESC, observación general 16; párrafo 9º).

47 Cfr. T-068 de 2010; [fundamento 4.2.6.3 - (4)].

48 Entre las que se cuentan, por lo menos, la observación de las formas propias de cada juicio, y la garantía a los derechos de defensa y contradicción.

49 Principios sobre la restitución de la vivienda y el patrimonio de los refugiados y personas desplazadas de la ONU, Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/,28-06-2005.

50 Considerando 4.2.5.3. Sentencia T-068 de 2010.

51 El artículo 16, Ley 57 de 1905, dispone a este respecto: “[c]uando el funcionario de policía que deba ejecutar el desahucio de una habitación que debe ser entregada encontrare en ella alguna persona padeciendo una enfermedad grave, cuya vida peligre si fuere sacada de la habitación, recibirá información jurada de dos médicos sobre el hecho; a falta de médicos nombrará dos peritos; y si se comprobare que la vida de la persona enferma pueda comprometerse por hacerla salir, suspenderá la práctica de la diligencia y señalará un término prudencial, de acuerdo con el concepto pericial, siempre que dicha persona haya habitado la finca antes de la notificación del desahucio, dando cuenta con copia de su resolución al juez competente”.

52 Esto significa, que si bien las excepciones legales deben considerarse taxativas, ello no significa que sea imposible encontrar nuevas excepciones de origen constitucional, especialmente si, como ocurre en el caso concreto, el asunto bajo estudio se ubica en el plano de un estado de cosas inconstitucional.

53 La Sala no sugerirá respuestas para esos casos hipotéticos; solo desea enfatizar en que

sus diferencias ilustran la importancia de una prudente ponderación entre los bienes en conflicto, todos los aspectos relevantes considerados, en cada supuesto, y lo inadecuado que resulta aplicar, en cambio, obligaciones prima facie derivadas de solo uno de los bienes constitucionales en conflicto.

54 La llamada se realizó el 7 de abril de 2011 y fue atendida por la Técnico Operativa María Lenelia Salazar, de la Inspección Fray Damián, pues la Inspectora no se encontraba en el momento en el despacho.

55 Ilustrativo resulta, en tal sentido, el caso de los kankuamos, pueblo indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta que, después de haber sufrido un proceso de aculturación que llevó prácticamente a la extinción de su cultura. Este pueblo indígena inició con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 su proceso de recuperación de cultura y proyecto de vida comunitario; decisión autónoma que ha sido plenamente respetada por este Tribunal (Cfr. Sobre la situación del pueblo kankuamo, la sentencia T-903 de 2009 y el Auto 04 de 2009).

56 Entre otras, las sentencias T-427 de 1998, C-1287 de 2001, C-210 de 2007, C-417 de 2009, T-023 de 2006 y, especialmente, T-617 de 2010, entre otras .

57 Cfr. Especialmente, el párrafo 16 de la OG 7, previamente citado.