

Fajardo Rivera, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente SENTENCIA En el trámite de revisión de los fallos de primera instancia y segunda instancia adoptados por (i) el Tribunal Administrativo de La Guajira y (ii) la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta del Consejo de Estado, en la acción de tutela presentada por el señor Elión Epiayu Abshana, en su condición de miembro de la comunidad indígena Hirtu contra la (i) Nación, (ii) Ministerio Del Interior, (iii) Dirección de Asuntos Étnicos (iv) Fondo Adaptación, entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, (v) Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER en liquidación), (vi) Municipio de Manaure y (vi) Caja de Compensación Familiar Comfaguajira. Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cuatro de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia. De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

ANTECEDENTES

Hechos El señor Elión Epiayu Abshana, mediante escrito radicado el 16 de septiembre de 2016, actuando en su calidad de autoridad ancestral del territorio Hirtu de la Comunidad Indígena Wayúu, instauró acción de tutela en contra de (i) la Nación (ii) el Ministerio del Interior -Dirección de Asuntos Étnicos (iii) el Fondo Adaptación, entidad adscrita al Ministerio de Hacienda (iv) el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER en liquidación) (v) el municipio De Manaure y (v) la Caja de Compensación Familiar Comfaguajira, con el fin de obtener la protección de los derechos constitucionales fundamentales al **TERRITORIO COLECTIVO DEL CLAN ABSHANA, CONSULTA PREVIA, AUTONOMÍA INDÍGENA, PARTICIPACIÓN, AUTODETERMINACIÓN, DIGNIDAD HUMANA, DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL**. Indica que en la jurisdicción del municipio de Manaure se encuentra el territorio ancestral **Hirtu**, el cual hace parte del resguardo de la Media y Alta Guajira, según las Resoluciones 015 de febrero de 1984 y 028 de julio de 1994, proferidas por el INCORA, ahora INCODER (en liquidación); afirma que en dicho resguardo habita la comunidad indígena Wayúu del clan ABSHANA y que allí sus ancestros han establecido sus asentamientos y ejercido dominio por más de 200 años. Señala también que para la ejecución del proyecto de vivienda de interés prioritario **Jietka Wayúu** en el municipio de Manaure, sin mediar consulta previa ni autorización, el municipio dispuso de manera arbitraria una parcela del territorio ancestral Hirtu. El proyecto de vivienda de interés prioritario **Jietka Wayúu** es liderado por el Fondo Adaptación, entidad que contrató con Comfaguajira el desarrollo del proyecto para dar vivienda a 150 familias afectadas por el fenómeno La Niña 2010-2011. Comfaguajira se asoció con el municipio de Manaure (La

Guajira), ente territorial que aportó el predio, y contrató el proyecto con la sociedad Ávilas SAS. Señala también que en varias ocasiones el territorio ancestral de Hirtu ha sido objeto de perturbaciones, despojos, engaños, daños ambientales, culturales, sociales, económicos por la Administración municipal de Manaure y contratistas, quienes han querido ejercer actos relativos a la posesión y se han proclamado titulares de su territorio, desconociendo de esta manera el ordenamiento jurídico colombiano, así como los derechos de los pueblos indígenas, causando daños irreparables a su ecosistema, vegetación, caprinos ovinos y ganado, que son la base fundamental de subsistencia para las familias en este territorio. Indica que Comfaguajira suscribió un contrato de obra con la empresa Ávila Ltda., con el fin de ejecutar el plan de intervención Jietka Wayúu. Señala que el día 14 de mayo de 2015, se acercó al lugar en el cual se estaba ejecutando el contrato de obra con el objetivo de paralizar la ejecución del proyecto "Jietka Wayúu", en razón a que el proyecto no fue consultado con las comunidades indígenas, no se les avisó de la enajenación del territorio adjudicado, y se les estaban vulnerando sus derechos fundamentales. Describe que en ese momento el Alcalde municipal y el Director de Obras Públicas y Planeación lo invitaron a una reunión que tendría lugar el 19 de mayo de 2015 en las instalaciones de la Alcaldía para buscar una solución sobre el conflicto suscitado, de la cual no se encuentra evidencia de su realización. Indica y hace hincapié en que el día 30 de agosto de 2015, solicitó la suspensión del contrato de construcción referido ante la administración municipal. Asimismo el día 7 de septiembre de 2015, interpuso ante la Fiscalía General de la Nación denuncia de despojo del territorio Hirtu. No obstante, el día 13 de octubre de 2015, el Alcalde municipal de Manaure solicitó a la Caja de Compensación de La Guajira reiniciar la realización del proyecto, aduciendo que el territorio donde se estaba ejecutando fue adquirido y protocolizado mediante matrícula inmobiliaria 219-58368, a tal efecto se comprometió a recurrir a la Fuerza Pública para garantizar el orden público frente a cualquier perturbación. Situación que destaca el tutelante, atemoriza las comunidades indígenas establecidas y asentadas en este lugar. Como prueba de los referidos hechos, el tutelante aportó copia de los siguientes documentos: Acta de compromiso suscrita el 14 de mayo de 2015 por el Alcalde de Manaure, Davis Díaz, el secretario de Obras y Planeación de Manaure, Carlos Celedón, y el señor Elion Epinayu (Folio 22). Solicitud presentada el 4 de marzo de 2015 Elion Epiayu Abshana al Ministerio del Interior, para solucionar un conflicto con la señora Blanca Pushain, en relación con un Acuerdo del 27 de Febrero de 2015 (Folios 23 a 26). Denuncia de despojo de parte del territorio Hirtu, radicada en la Fiscalía General de la Nación el 31 de Agosto de 2015 (Folios

27 y 28). Denuncia de despojo de parte del territorio Hirtu, radicada en la Alcaldía del municipio de Manaure el 31 de Agosto de 2015 (Folio 29). Solicitud de ejecución del Convenio de Asociación No. 006 de 2013, presentada por el Alcalde Municipal de Manaure a Comfaguajira el 16 de octubre de 2015 (Folio 30). Invitación enviada el 21 de octubre de 2015 por Comfaguajira a la Secretaria de Asuntos Indígenas de Manaure, Celenia Rosado, para asistir a la socialización y avance del Programa Nacional de Reubicación y Reconstrucción de vivienda para la atención de los hogares damnificados y/o localizados en zonas de alto riesgo no mitigables, afectadas por los eventos derivados del fenómeno de la niña 2010-2011 (Folio 48). Acta de reunión del 9 de Agosto de 2015, celebrada entre la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior y Autoridades Wayúu del sector de Hirtu (Folios 49 a 54). Comunicación enviada el 27 de octubre de 2015 por el Director Administrativo de Comfaguajira a la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior acerca del reinicio de la obra (Folios 44 a 46). Acta de concentración del 1 de febrero de 2008, entre el señor Valencia Ipuana, representante de la comunidad Hirtu y el señor Yezit Cornejo, contratista del "proyecto" (Folios 55 a 58). Acta de concentración del 3 de septiembre de 2007, suscrita por el señor Elion Epiayu Abshana, en representación de la comunidad de Girthu director del P.O.P del Municipio de Manaure, para la construcción de la primera etapa de la represa Arroyo Limón para el abastecimiento de agua al sistema de acueducto urbano -Manaure, La Guajira (Folios 59 a 61). Solicitud de acompañamiento a la Asamblea del 28 de Enero del 2016, presentada el 5 de Enero de 2016 por el señor Elion Epiayu Abshala a la Dirección de Asuntos Étnicos, Minorías y ROM del Ministerio del Interior (Folios 62 a 68). El tutelante solicita la realización de Consulta Previa y la suspensión del proyecto de vivienda. Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas de oficio El Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira admitió la demanda y ordenó notificar a las entidades accionadas para que, en el término de dos (2) días, ejercieran su derecho de defensa y contradicción. Fondo Adaptación El Fondo Adaptación, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones del accionante. En su criterio, no existe vulneración del derecho fundamental a la consulta previa, toda vez que el proyecto de vivienda de interés prioritario se realiza por fuera del territorio colectivo y que en cualquier caso, se trata de una medida urgente en materia de desastres naturales que no requiere de consulta previa. Según el accionado, el Fondo Adaptación, en cumplimiento de su objeto misional, suscribió un contrato con la Caja de Compensación Familiar de La Guajira -Comfaguajira, con el propósito de ejecutar el programa nacional de viviendas en el departamento de La Guajira. Comfaguajira,

a su turno, celebró el Convenio de Asociación No. 006 del 7 de Noviembre de 2013 con el municipio de Manaure, con el que este último se comprometió a aportar un lote idóneo, jurídica y técnicamente, para la construcción de 150 viviendas que brindarán soluciones habitacionales a las familias afectadas por la ola invernal de 2010 y 2011. Afirmó que Comfaguajira realizó los estudios de títulos al predio, verificando que el propietario es el municipio de Manaure; posteriormente, Comfaguajira suscribió el contrato N° 851 de 2014 con la Sociedad Ávila S.A.S con el fin de realizar la construcción de las 150 viviendas de interés prioritario, correspondientes al proyecto Jietka Wayúu. Adicionalmente, señala que de manera paralela a este proceso, Comfaguajira acudió al palabrero Wayúu German Aguilar para analizar la obra desde la perspectiva cultural Wayúu y concluyó que el lote se encontraba en perímetro urbano de Manaure y no tenía injerencia en la propiedad colectiva de las comunidades Wayúu en el área de influencia del resguardo indígena constituido mediante Resolución 15 de 1984 del Incora. Por lo anterior, el Fondo Adaptación sostuvo que el proyecto Jietka Wayúu no debía ser objeto de consulta previa, ya que la obra se ejecuta en predios que, de acuerdo con los estudios de títulos realizados y lo sostenido por el palabrero Wayúu German Aguilar, pertenecen al municipio de Manaure. Por último, el Fondo Adaptación enfatizó que, en cualquier caso, el proyecto no requería de Consulta Previa. Señaló que la Directiva Presidencial 01 del 26 de marzo de 2010 establece que una de las acciones que no requieren de Consulta Previa se encuentran las medidas urgentes en materia de desastres naturales. El Fondo acusado afirmó que, con base en esta Directiva Presidencial, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior sostuvo que no era de obligatorio cumplimiento agotar la consulta previa para las actividades, obras y proyectos que se tienen previstos en el territorio nacional en el marco del cumplimiento del objeto del Fondo Adaptación, y que, específicamente, no era necesario consultar el proyecto Jietka Wayúu. De igual forma señaló que el Fondo fue creado por el Decreto 4819 de 2010, en el Marco del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el Presidente de la República mediante el Decreto 4580 de 2010, en razón al fenómeno de La Niña sucedido entre los años 2010 y 2011. El Fondo Adaptación adjuntó como pruebas, copias de los siguientes documentos: Informe del Sector Vivienda acción de tutela 2016-00191-00 en el cual se exponen las acciones adelantadas por el Fondo para ejecutar el proyecto (Folios 97 a 99). Oficio I-2016-002084 del 4 de abril de 2016, radicado por el Fondo Adaptación ante la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías junto con sus anexos, solicitando concepto sobre la procedencia de la consulta previa para ejecutar el proyecto de vivienda en Manaure

(Folios 100 a 104).Directiva Presidencial N°01 del 26 de marzo de 2010 sobre consulta previa (Folios 105 a 107). Oficio OFI12-0032681-DCP-2500 del 12 de diciembre de 2012, en el cual el Director de Consulta Previa del Ministerio de Interior conceptúa que no es necesaria la consulta previa (Folio 108)Oficio OFI12-0032681-DCP-2500 del 12 de diciembre de 2012, en el cual el Director de Consulta Previa del Ministerio de Interior conceptúa que no es necesaria la consulta previa (Folios 108-109)Caja de Compensación Familiar de La Guajira-ComfaguajiraComfaguajira señaló que el predio en el cual se realizan las obras es un bien perteneciente al municipio de Manaure. En efecto, la Caja de Compensación Familiar corroboró que, de conformidad con certificado de tradición y libertad y la matrícula inmobiliaria 210-58368 así como la Escritura Pública 729 de 2013, el propietario de dicho inmueble es el municipio, y no es propiedad de la comunidad indígena, como lo afirma el accionante. Por lo tanto, afirma que no existe el deber de consulta.De igual forma, cita la Directiva Presidencial 01 de 2010, y con base en ella sostiene que el proyecto tampoco debió ser consultado, pues el mismo se ejecuta en desarrollo del programa del Fondo Adaptación para reconstrucción y la reubicación de viviendas para la atención de hogares damnificados y/o localizados en zonas de alto riesgo no mitigable, afectados por los eventos derivados del fenómeno de la niña 2010-2011.Comfaguajira aportó las siguientes pruebas documentales:Convenio de Asociación 006 de 2013, suscrito entre Comfaguajira y el municipio de Manaure (Folios 149 a 157).Escritura Pública N°333 del 13 de marzo del 2013 (Folios 158 a 165).Matrícula inmobiliaria N°2010-58368 (Folios 169 a 170)Acuerdo Municipal N°013 de 2003, por el cual se definen los límites del perímetro urbano del municipio de Manaure, La Guajira (Folios 124 y 125).Resolución 493 de 2012, por medio de la cual se incorpora al municipio de Manaure, La Guajira, un globo de terreno para el desarrollo de programas de vivienda de interés social y de interés prioritario (Folios 126 y 127).Licencia de urbanismo 17 de 2012, expedida por el Director de planeación y Obras Públicas del municipio de Manaure, La Guajira (Folios 128 y 129).Resolución 28 del 19 de julio de 1994, por la cual se amplía el resguardo indígena constituido mediante resolución 015 de febrero 28 de 1984, en favor de la comunidad Wayúu de la Alta y Media Guajira, con terrenos baldíos, ubicados en la jurisdicción de los municipios de Riohacha, Maicao, Uribia Manaure, en el departamento de la Guajira. (Folios 183 A 197).Mapa del plan de intervención Jietka Wayúu (Folios 198 y 199).Acuerdo municipal 007 de 2003, por el cual se adopta la delimitación del perímetro de desarrollo de la cabecera municipal de Manaure, de la cabecera corregimental de El Pájaro, planos generales y se dictan otras disposiciones (Folios 130 a 139).Acuerdo Municipal 007 de

2013, por el medio del cual se da cumplimiento a lo ordenado en la ley 1551 de 2012 en materia de contratación (Folios 171 a 173). Estudio de títulos elaborado por Alfonso Daza a solicitud de la Caja de Compensación Familiar de la Guajira (COMFAGUAJIRA), del Departamento de Vivienda y de la Gerencia del Proyecto del Fondo Adaptación del mes de diciembre de 2013 (Folios 174 a 182).

Ministerio del Interior El apoderado de esta Entidad se opuso a las pretensiones de los accionantes, pues en su criterio no se presentó una afectación a los derechos fundamentales de la comunidad indígena, toda vez que la Dirección Nacional de Consulta Previa actúa a petición de parte, es decir, debe existir algún tipo de solicitud como requisito para proferir el acto administrativo de certifique la presencia de o no de comunidades étnicas. Como consecuencia de ello se tiene que no existe entonces vulneración alguna por la simple afirmación de ser un grupo étnico, pues tal circunstancia no constituye razón suficiente para que se aduzca la procedencia de la Consulta Previa.

Incoder El Incoder solicitó su desvinculación del proceso. Sostuvo que dado que se encuentra en liquidación, perdió facultad y competencia misional por lo cual no podrá iniciar nuevas actividades. Es por esto que afirma que carece de legitimación por pasiva.

Agencia Nacional de Tierras La Agencia Nacional de Tierras sostuvo que no estaba involucrada en el proyecto Jietka Wayúu y que por lo tanto no es posible acreditar vulneración alguna a los derechos del accionante. En tal sentido, solicitó su desvinculación del proceso.

Municipio de Manaure El Municipio de Manaure contestó de manera extemporánea. La Directora de Apoyo Jurídico del municipio informó que el proyecto de vivienda de vivienda se desarrolla en un inmueble de propiedad exclusiva del ente territorial, sin afectar "ningún derecho fundamental sin causar daño al ecosistema, vegetación, caprinos, ovinos y ganado como lo quiere hacer ver el accionante y con el argumento que son la base fundamental de subsistencia de las familias indígenas Wayúu".

Decisiones que se revisan

Tribunal Administrativo de La Guajira En sentencia del 4 de octubre de 2016, el Tribunal Administrativo de La Guajira, Sala Primera de Decisión, desestimó las pretensiones de la comunidad accionante, tras considerar que no se advertía afectación alguna de los derechos del pueblo indígena en cuestión. En conclusión, señaló que el inmueble objeto de litigio no pertenece a la comunidad étnica accionante sino al municipio tutelado. Así, "El inmueble destinado por el municipio de Manaure para la ejecución del proyecto" se encuentra dentro del área que fue excluida por el resguardo indígena de la Alta y Media Guajira por disposición del parágrafo segundo de la resolución N°28 de 1994". Adicionalmente, consideró que, conforme con la Directiva Presidencial 01 de 2010, no se requería agotar la Consulta Previa, "como quiera

que el objeto del convenio N° 006, está encaminado a atender a las familias afectadas por causa de la ola invernal, de acuerdo con lo establecido por el programa Nacional de Reubicación y Reconstrucción de Viviendas para la atención de hogares damnificados y/o localizados en zonas de alto riesgo no mitigable afectadas por los eventos derivados del fenómeno de la niña 2010-2011.

Impugnación El 11 de octubre 2016, el peticionario impugnó la decisión contenida en la sentencia del juez de primera instancia. Al respecto sostuvo que el párrafo segundo del artículo 1 de la Resolución 028 de 1994 proferida por el INCORA establece: "con el objeto de permitir el desarrollo de las cabeceras municipales y centro urbanos afectados por el resguardo, se excluye de la delimitación del resguardo y de acuerdo con la Resolución N°. 15 de febrero 28 /84, aprobatoria del resguardo indígena de la Alta y Media Guajira, una zona circular calculada a partir de la plaza principal de cada centro urbano de la siguiente forma: (Manaure: 3000 metros de radio ()). Por lo tanto consideró que la Resolución 028 de 1994 debió ser consultada, pues con esta omisión se excluyó parte del territorio que pertenece a la comunidad indígena Wayúu.

Sección Quinta del Consejo de Estado Mediante auto del 22 de noviembre 2016, la sección Quinta del Consejo de Estado consideró que el Tribunal Administrativo de la Guajira no vinculó a la Sociedad Comercial ÁVILA LTDA. al momento de admitir la acción de tutela. Es por esto que decidió notificar a esta sociedad y darle a conocer la nulidad saneable presentada a lo largo del proceso, con el fin de que se pronuncie sobre la solicitud de amparo. De igual manera, le ordenó al Ministerio de Interior que allegara copia de los actos administrativos mediante los cuales se realizó el reconocimiento de la comunidad indígena Hirtu como perteneciente al pueblo Wayúu; así como copia de los documentos, actos administrativos o cualquier elemento material probatorio que permita efectivamente identificar los territorios en los cuales se encuentran los asentamientos, lugares sagrados o de tránsito de la comunidad anteriormente mencionada.

Respuesta del Ministerio del Interior La Dirección de Asuntos Indígena, ROM y Minorías del Ministerio de Interior indicó que en las bases de datos institucionales en los municipios de Uribia, Maicao, Riohacha y Manaure del departamento de La Guajira se registra el resguardo indígena Alta y Media Guajira constituido legalmente por el Incora, hoy Incoder (en liquidación), según Resolución 15 del 28 de febrero de 1984 y ampliado por la Resolución 28 del 19 de julio de 1994. De igual manera indicó que la comunidad Hirtu hace parte del resguardo de la Alta y Media Guajira, en jurisdicción de Manaure. Argumentó también que el señor Oscar Mengual Pushaina, identificado con Cédula de Ciudadanía 17.886.130 es quien se encuentra registrado en sus bases de datos como autoridad tradicional Wayúu de la

comunidad Hirtu, según acta de posesión del 30 de mayo de 2000 suscrito por la Alcaldía Municipal de Manaure. Por último, el Ministerio señaló que es necesario hacer la verificación de si la comunidad Hirtu cuenta o no con su propio cementerio, con el fin de determinar los territorios sagrados para esta comunidad.

Respuesta de la Sociedad Ávila S.A.S. La sociedad Ávilas S.A.S. argumentó que la propiedad exclusiva del inmueble donde se ejecuta el proyecto de viviendas de interés prioritario es del municipio de Manaure, es por esto que consideró que no existe vulneración alguna a los derechos colectivos de la comunidad Hirtu del Pueblo Wayúu. Presentó como pruebas los siguientes documentos: Contrato de obra 851 del 29 de septiembre de 2014 (Folios 382 a 408). Convenio de asociación 006 de 2013 (Folios 409 a 417). Matrícula inmobiliaria 2010-58368 (Folios 418 y 419). Acuerdo Municipal 013 de 2003 (Folios 420 y 421). Resolución 028 del 19 de julio de 1994 (Folios 422 a 436). Mapa Plan de Intervención Jietka Wayúu (Folios 437 y 438). Acuerdo municipal 007 de 2013 (Folios 439 a 441).

Decisión segunda Instancia Mediante sentencia del 19 de enero de 2017, la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado confirmó la sentencia conferida por el juez de primera instancia, negando del mismo modo el amparo del derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena tutelante. En específico, para el Consejo de Estado no existe vulneración del proceso consultivo toda vez que no se advierte algún tipo de afectación directa sobre el derecho al territorio de los accionantes. Según su providencia, la Resolución 28 del 19 de julio de 1994 —por medio de la cual se amplía el resguardo indígena constituido mediante Resolución 015 del 28 de febrero de 1984, en favor de la comunidad indígena de la Alta y Media Guajira—, específicamente excluyó de la delimitación del resguardo una zona circular de 3000 metros de radio calculada desde la plaza principal de Manaure, dentro de la cual se encuentra el predio objeto de discusión. Con base en el acto administrativo anteriormente referido, indicó que la Administración aportó el inmueble para el desarrollo del convenio de asociación N° 006 de 2013. Aunado a lo anterior, de acuerdo con la Sección Quinta del Consejo de Estado, dado que no existen cementerios de la comunidad Wayúu Hirtu en el terreno en el que se desarrolla el proyecto Jietka Wayúu, no hay afectación ni vulneración directa a los derechos de dicha comunidad.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS Competencia Esta Sala es competente para decidir el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991. La Sala de revisión número cuatro resolvió seleccionar el expediente T-6.007.201 cuyo trámite le correspondió por reparto al Despacho del Magistrado Diana Fajardo Rivera mediante sorteo realizado en audiencia pública de fecha 17

de abril de 2017; como quiera que el proyecto registrado por la Magistrada no alcanzó la mayoría, correspondió la ponencia al despacho del magistrado Carlos Bernal Pulido. Problemas jurídicos Teniendo en cuenta que el municipio de Manaure (La Guajira) se encuentra en el territorio ancestral Wayúu, pero el mismo fue excluido del territorio comprendido por el resguardo indígena de dicha comunidad, ¿La ejecución del proyecto de vivienda de interés prioritario "Iietka Wayúu" en el municipio de Manaure (La Guajira) viola el derecho a la propiedad de la Comunidad Indígena Wayúu? ¿La ejecución del proyecto de vivienda de interés prioritario "Iietka Wayúu" en el municipio de Manaure (La Guajira) viola el derecho a la consulta previa de la Comunidad Indígena Wayúu? Análisis de procedibilidad Previo a resolver los problemas jurídicos propuestos, la Sala de Revisión verificará si la acción de tutela estudiada, cumple con la exigencia de procedibilidad, para lo cual se tendrán en cuenta los requisitos de relevancia constitucional: legitimación por activa, inmediatez, subsidiariedad y acreditación del perjuicio irremediable. Procedencia de la acción de tutela 44. El asunto sometido a consideración de esta Sala de Revisión reviste relevancia constitucional al involucrar la invocación de derechos de una comunidad indígena (Wayúu) y la supuesta violación de los derechos fundamentales de esa comunidad. 45. De conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución, las disposiciones del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia de esta Corte, son requisitos para la procedencia de la acción de tutela los siguientes: (i) acreditar legitimación en la causa; (ii) acreditarse que el ejercicio de carácter excepcional y subsidiario de la acción respecto de otros medios de defensa judicial o recursos ordinarios y extraordinarios contemplados por la legislación, surge de la necesidad de evitar un perjuicio irremediable (subsidiariedad); y, (iii) que la interposición del recurso de amparo se ejerce en forma oportuna (inmediatez). Frente al examen de procedibilidad de la solicitud de tutela, se tiene que de acuerdo a su consagración expresa en el artículo 86 constitucional, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario por medio el cual toda persona puede acudir ante el juez para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando estima que estos han sido amenazados o se encuentren en riesgo inminente de afectación. 2.3.2. Legitimación El Decreto 2591 de 1991, al regular el ejercicio de la acción constitucional, dispuso en su artículo 10 que esta "podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por si misma o a través de representante". Así mismo, se establece la posibilidad de agenciar los derechos ajenos cuando su titular no se encuentre en condiciones de promover la solicitud. Frente a este

primer supuesto de legitimación por activa, se encuentra que el señor Elión Epiayu Abshana es miembro de la comunidad indígena Wayúu, en su condición de autoridad ancestral, quien afirma estar siendo afectado por la ejecución del proyecto de vivienda de interés prioritario en el municipio de Manaure (La Guajira). En cuanto a la legitimación por pasiva, teniendo en cuenta que el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 reconoce la procedencia de la acción de tutela contra entidades públicas y particulares por la vulneración de derechos fundamentales, en este caso, la acción resulta procedente considerando que las entidades públicas destinan recursos y profieren decisiones administrativas que permiten la ejecución del proyecto de vivienda de interés prioritario y un particular es el ejecutor del proyecto estatal.

Subsidiariedad En el caso objeto de análisis, son varios los actos administrativos del ente territorial proferidos en ejercicio de sus competencias para la definición de temas de ordenamiento territorial, actos administrativos que por regla general están excluidos de la evaluación en sede de tutela. Sin embargo, considerando la especial protección otorgada por la Carta Política y los Tratados Internacionales suscritos por Colombia a las Comunidades Indígenas, y en particular la posible afectación de derechos de la comunidad Wayúu a la propiedad y a la consulta previa debido a situaciones que podrían afectar sus condiciones de vida y culturales, no resultaría eficaz y efectivo esperar el trámite de las acciones jurídicas ordinarias, razón por la cual la acción de tutela resulta procedente como mecanismo de protección preferente, cuando se invocan derechos de comunidades indígenas, la evaluación del requisito de subsidiariedad, esta Corporación en la Sentencia SU 097 de 2017, afirmó que: [14]. En ese contexto, la Corte Constitucional ha considerado, en jurisprudencia constante, pacífica y uniforme, que la acción de tutela procede como mecanismo preferente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. [De manera que en atención al criterio jurisprudencial expuesto, se entiende cumplido en este caso el requisito de subsidiariedad en la acción de tutela presentada por el señor Elión Epiayu Abshana, miembro de la comunidad indígena Wayúu.

2.3.4. Inmediatez El derecho a la consulta previa ha tenido un trato preferencial por la especial vulnerabilidad de las poblaciones beneficiarias de esta protección [f.j. 51], por lo que se ha considerado el requisito de inmediatez de manera más flexible. Si bien el tutelante como parte de sus argumentos reprocha la falta de consulta de la Resolución 28 del 19 de julio de 1994, por medio de la cual se ajusta el ordenamiento territorial del municipio de Manaure (La Guajira) a la decisión del INCORA adoptada en la Resolución 015 de febrero 28 de 1984, lo cierto es que el proceso de tutela se sustenta en el inicio de las obras del proyecto de vivienda de interés prioritario [Jietka Wayúu]. Este

proyecto de vivienda, generado por los daños ocasionados por el fenómeno de La Niña 2010-2011, tiene su origen específico en el convenio suscrito 7 de noviembre de 2013, pero el actor afirma haber tenido conocimiento de su ejecución 14 de mayo de 2015 [supra 6], momento a partir del cual inició contactos con las autoridades municipales para impedir la ejecución del proyecto, fecha en la cual se iniciaron conversaciones para explicar las condiciones de ejecución del proyecto, obras que se reiniciaron por orden del Alcalde de Manaure el 13 de octubre de 2015. En esa medida se considera que la acción de tutela fue interpuesta en un plazo razonable.

Análisis del caso concreto

Del aparte de antecedentes fácticos y consideraciones previas atinentes a la acción de tutela interpuesta por Elión Epiayu Abshana, miembro de la comunidad indígena Wayúu en el municipio de Manaure (La Guajira) emergen razones suficientes para analizar de fondo su situación y resolverla, para definir la posible violación a los derechos a la propiedad y la consulta previa.

Derecho a la propiedad

Como se indicó al formular los problemas jurídicos a resolver, de conformidad con la demanda de tutela formulada, el accionante alega que el desarrollo de vivienda de interés prioritario en municipio de Manaure (La Guajira), está violando el derecho a la propiedad de la comunidad Wayúu; derecho a la propiedad al cual la Carta Política le reconoce las condiciones culturales y sociales propias de las comunidades indígenas, bajo un sistema de propiedad colectiva sobre estos predios.

La propiedad de los territorios de la comunidad Wayúu fue adjudicada por el Incora mediante Resolución 015 de 28 de febrero de 1984, y esta misma entidad, mediante la Resolución 28 de 19 de julio de 1994, amplió el resguardo indígena constituido [en favor de la comunidad Wayuú de la Alta y Media Guajira, con terrenos baldíos, ubicados en jurisdicción de los municipios de Riohacha, Maicao, Uribia y Manaure, departamento de la Guajira].

El acto administrativo de ampliación del resguardo, en el artículo primero se amplía el resguardo, y el párrafo segundo determina que:

PARÁGRAFO SEGUNDO: Con el objeto de permitir el desarrollo de las cabeceras municipales y centros urbanos afectados por el Resguardo, se excluye de la delimitación del resguardo y de acuerdo con la Resolución N° 015 de Febrero 28/84, aprobatoria del Resguardo Indígena de la Alta y Media Guajira, una zona circular calculada a partir de la plaza principal en cada centro urbano, de la siguiente manera:

Riohacha 5.000 metros de radio
Uribia 2.500 metros de radio
Manaure 3.000 metros de radio
El Pájaro 3.000 metros de radio
Taroa 1.250 metros de radio
Pro Estrella 1.250 metros de radio
Maicao 5.000 metros de radio

Dentro del anterior límite para cada perímetro urbano el correspondiente concejo municipal entrará a definir los linderos de los respectivos cascos urbanos, en los cuales no se

podrá incluir las áreas convertidas en Resguardo por la presente providencia. El Concejo de Manaure (La Guajira), mediante Acuerdo 13 de 2003 definió el perímetro urbano de ese municipio, y en artículo 1 determinó: Artículo 1º Delimítese y fíjese el perímetro urbano del municipio de Manaure por el polígono definido en el plano adjunto denominado Perímetro urbano, el cual se ubica dentro del área de expansión determinada por el parágrafo segundo del artículo 1º de la Resolución No. 28 de 1994 expedida por el INCORA. La Alcaldesa de Manaure (La Guajira), mediante Resolución 493 de 20 de diciembre de 2012, incorporó a ese municipio un globo de terreno para el desarrollo de programas de vivienda de interés social y de interés prioritario, y dentro de la motivación de este acto administrativo se argumenta: [] Que este globo de terreno hace parte de un predio de mayor extensión de propiedad del municipio de Manaure, La Guajira, tal y como se desprende de la información contenida en la Escritura Pública 1298 otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Riohacha, e inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria N° 210-57307 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Riohacha. Que, asimismo, de conformidad con el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del municipio de Manaure, adoptado por el Concejo mediante Acuerdo N° 020 del día once (11) del mes de junio del año dos mil dos (2002), el predio antes descrito se destinó para el desarrollo de programas de vivienda de interés social. [] Que el predio a incorporar, no se encuentra dentro de área de reserva ambiental, ni dentro del Resguardo Indígena. Mediante Licencia de Urbanismo 17 de 2012, el Director de Planeación y Obras Públicas Municipal de Manaure (La Guajira) otorgó licencia de urbanismo al municipio de Manaure para el desarrollo de programas de vivienda de interés social y/o interés prioritario. Debe indicarse igualmente que, mediante Escritura Pública 333 de 13 de marzo de 2013, autorizada por el Notario Segundo del Círculo de Riohacha, se protocolizaron la Resolución 493 de 20 de diciembre de 2012 y la Licencia de Urbanismo 17 de 2012. Con fundamento en este acervo probatorio, es claro que el predio en el cual se construye el proyecto de vivienda de interés prioritario []ietka Wayúu[] en el municipio de Manaure (La Guajira), es propiedad del ente territorial desde el año 1994 por adjudicación realizada por el INCORA, predio sobre el cual se han cumplido todos los trámites administrativos y de registro inmobiliario necesarios para precisar esta condición, desde la creación del municipio en 1973, y con la expedición de la Resolución 28 de 1994, en la cual se excluyó del área del resguardo el territorio del municipio de Manaure. Además de acreditarse la propiedad del municipio sobre este predio, el ente territorial ha cumplido con las normas de ordenamiento territorial para poder desarrollar el proyecto de vivienda de interés prioritario, incluida la

expedición de la Licencia correspondiente. Por lo expuesto, no se observa violación al derecho a la propiedad de la comunidad Wayúu, teniendo presente que los predios correspondientes al municipio de Manaure fueron expresamente excluidos del resguardo indígena. Sobre las normas de ordenamiento territorial y la acción de tutela, resulta oportuno recordar la sentencia T-560 de 2017, la cual indicó: «Desde esa perspectiva, queda claro que conforme al principio de autonomía territorial, es el Concejo municipal quien debe determinar los usos de los suelos a través de los Planes del Ordenamiento Territorial. Por lo anterior, si un juez de tutela se ve forzado a conocer de un asunto relacionado con la clasificación o el uso del suelo, este se debe limitar a analizar la inminencia del peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales alegados y tomar medidas que los garantice, pero sin exceder su competencia. En este sentido, el operador judicial no podrá entrar a modificar los usos del suelo de un POT, pues existen los mecanismos legales y judiciales para ello, señalados en la Ley 388 de 1997 y la Carta Política. De igual manera, bajo el entendido que los Planes de Ordenamiento Territorial, son actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, no resulta procedente la acción de tutela, en virtud de lo señalado en el artículo 6, numeral 5 del Decreto 2591 de 1991. Al respecto, este Alto Tribunal ha precisado que «la acción de tutela no procede para controvertir actos de carácter general, aun cuando su contenido pueda ser contrario a normas sobre derechos fundamentales, porque para ello se han previsto otras vías procesales». En este aspecto específico, debe recordarse que la adjudicación del predio sobre el cual se construye el proyecto de vivienda, fue realizada al municipio de Manaure (La Guajira) por el INCORA desde el año 1994, y la incorporación al municipio se realizó mediante Acuerdo 13 de 2003 y la Resolución 493 de 2012, actos administrativos sobre los cuales no se presentaron acciones de ningún tipo. Consulta previa El accionante igualmente manifiesta que, el desarrollo del proyecto de vivienda de interés prioritario «Jietka Wayúu» en el municipio de Manaure (La Guajira), se está violando el derecho de la comunidad Wayúu a la consulta previa, considerando que ninguno de los accionados ha acudido a discutir el tema con la comunidad presuntamente afectada por el proyecto. Como se expuso en el numeral 2.4.1, el proyecto de vivienda se desarrolla en un predio propiedad de municipio de Manaure (La Guajira), por lo cual no se está usurpando propiedad de la comunidad; sin embargo, debe ahora verificarse el grado de afectación que la ejecución de este proyecto genera en la comunidad accionante. El Fondo Adaptación consultó al Ministerio del Interior sobre la procedencia de consulta previa para la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de «La

Niña, y mediante comunicación de 12 de diciembre de 2012, el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior respondió: “[...] me permito señalarle que la ejecución de las actividades descritas no requiere de consulta previa, por las siguientes razones: La Directiva presidencial 01 de 2010, establece dentro de las acciones que no requieren de la garantía fundamental a la consulta previa, en su numeral tercero literal c: “[cuando se deban tomar medidas urgentes en materia de salud, epidemias, índices preocupantes de enfermedad y/o morbilidad, desastres naturales s.f.t. y garantía o violación de derechos humanos. Las situaciones de calamidad generadas por situaciones constitutivas de fuerza mayor o desastres naturales, como el fenómeno de la niña, demandan del Estado actuaciones inmediatas encaminadas a tomar medidas necesarias y obligatorias, tendientes a conjurar la crisis por la ola invernal en el territorio nacional. Por lo anterior, esta dirección reitera que no es obligatorio agotar la consulta previa para las actividades, obras y proyectos que se tienen previstos en el territorio nacional, en el marco del cumplimiento del objeto del Fondo Adaptación...” Mediante comunicación de 4 de marzo de 2013, la Directora encargada de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en comunicación dirigida al Fondo Adaptación afirmó: “[...] Precisado lo anterior, es oportuno indicar que la consulta previa es un derecho que les asiste a los sujetos colectivos de protección especial cuando sean susceptibles de afectarse por proyectos, obras o actividades y es una obligación de solicitar su realización a quien ejecute un proyecto que afecte o sea susceptible de afectar una etnia determinada. Ahora bien, para el caso de la ejecución de obras que tienen por objeto la recuperación de las zonas afectadas por desastres naturales, como el caso del fenómeno natural denominado: “[La Niña]; estas obras, por tratarse de situaciones de calamidad, que demandan del Estado actuaciones inmediatas que buscan conminar y prevenir otros desastres, están exentas de agotar la garantía constitucional de la consulta previa; de conformidad con la Directiva Presidencial 01 de 2010. Sobre dicha base, el Fondo Adaptación, en atención a su objeto y funciones deberá ponderar cada caso particular y actuar en cumplimiento de los mandatos legales y jurisprudenciales que regulan la consulta previa.” El 7 de noviembre de 2013, el municipio de Manaure (La Guajira) y la Caja de Compensación Familiar de la Guajira - COMFAGUAJIRA, suscribieron el Convenio de Asociación 006 de 2013 para la construcción de viviendas de interés prioritario dentro del marco del “[Programa nacional de reubicación y reconstrucción de viviendas para la atención de hogares damnificados y/o localizados en zonas de alto riesgo no mitigable afectados por los eventos derivados del fenómeno La Niña 2010-2011]; en el cual las partes se comprometen a unir esfuerzos para entregar viviendas

de interés prioritario a 150 familias afectadas por el fenómeno invernal, y el aporte del municipio es un inmueble en el área urbana del ente territorial cumpliendo las condiciones técnicas y normativas. De conformidad con los conceptos de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, según la cual no se requería consulta previa; para el desarrollo del proyecto de vivienda en el municipio de Manaure, Comfaguajira acudió al Palabrero Wayúu, German Aguilar Epiayu, institución del pueblo Wayúu reconocida mediante la Resolución 1471 de 2004 del Ministerio de Cultura, para conocer las condiciones necesarias para adelantar el proyecto, y mediante documento de 20 de octubre de 2015 dirigido al Coordinador Programa de Vivienda de Comfaguajira, el Palabrero Wayúu afirmó: "Con medidamente (sic) mediante el presente documento me permito informarles a Usted el resultado de mis gestiones y labores realizadas en el Marco de su petición formalmente con relación la situación jurídica desde la perspectiva del Derecho Consuetudinario Wayúu compatible con el sistema jurídico Colombiano de predio o lote ubicado en la cabecera Municipal de Manaure, donde se pretende construir viviendas sociales por parte de la institución que Usted representa al respecto le informo lo siguiente: Jurídica y legalmente el predio o lote en discusión se encuentra dentro del perímetro urbano del Municipio de Manaure, y por lo tanto confirma la propiedad del Municipio, no tiene injerencia alguna que evidencie la vulneración y la violación de las propiedades colectivas de las comunidades Wayúu en el área de influencia del Resguardo indígena. Lo expuesto anteriormente se sustenta en el PARÁGRAFO SEGUNDO del artículo primero de la Resolución 028 de 1994 por la cual se amplía el resguardo indígena constituido mediante la Resolución N°015 de Febrero de 1984 con el nombre de la Alta y Media Guajira donde determina una zona circular en el Municipio de Manaure de 3000 metros de radio, por consiente el predio o lote en discusión se encuentra dentro de este perímetro, que demarcó el INCORA ente competente del Estado Colombiano en su momento. Desde la perspectiva del Derecho propio o mayor consuetudinario Wayúu las Autoridades Indígenas tradicionales (Alaulayu) OSCAR MENGUAL, RICARDO MENGUAL Y SAÚL COTES, Jefes claniles PUSHAINA, poseedores y habitante del territorio de GIRTU y el señor ELION ARPUSHANA, Jefe clanil ARPUSHANA también es poseedor y originario y ancestral del territorio mencionado reconocido por ambas partes en las condiciones previstas. Lo anterior lo confirma el acuerdo de 1991 suscrito entre la Comunidad indígena Wayúu de Manaure y Estado colombiano que estableció la caracterización, diagnóstico, ubicación y la identificación del área de influencia de salina de Manaure. [] RECOMENDACIONES En mi calidad de Autoridad Indígena Wayúu Puchipü en

aplicación del sistema normativo propio, no existe el más mínimo riesgo, la posible violación de los derechos que le asiste a la Comunidad Indígena Wayúu en la vulneración de su predio colectivo. Y se agrega que las propiedades colectivas reconocidas por el Estado son inajenables (sic), inembargables y no cabría la reclamación individual o persona por miembros de la Etnia. Por consiguiente les recomiendo continuar con la obra convenida con el Municipio de Manaure con el firme propósito de cumplir el objetivo de sus labores sociales, con la prevención con los requisitos legales pertinentes con este caso con el municipio y las normas ordinarias establecidas para la materia.

En el escrito de acción de tutela el señor Epiayu Abshana, al referirse a la consulta previa, realiza una presentación de la normativa y la jurisprudencia de esta Corporación sobre: (i) la consulta previa, (ii) contenido y alcance, (iii) finalidad, (iv) los criterios jurisprudenciales para identificar cuándo hay 'afectación directa'; y como prueba de la afectación incluye en todo el escrito de tutela cuatro fotografías de labores de construcción, sin especificar, explicar o exponer cómo esas actividades tienen una afectación directa sobre la vida de la comunidad Wayúu en el territorio Hirtu. Al respecto resulta oportuno recordar lo decidido por esta Corporación en la Sentencia SU 133-17: El ámbito de aplicación de las consultas se ha definido en función del concepto de afectación directa, cuya indeterminación sigue dando lugar, hasta hoy, a disputas interpretativas que, no obstante, han sido resueltas por vía de unos criterios orientadores que la Sentencia C-389 de 2016 sistematizó recientemente. En los términos del fallo, se entiende que una medida puede afectar directamente a una comunidad étnicamente diferenciada y que, por lo tanto, debe ser objeto de consulta previa, cuando i) interviene sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; ii) se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; iii) le impone cargas o le atribuye beneficios a la comunidad, modificando su situación o su posición jurídica; iv) interfiere en elementos definitorios de su identidad o cultura o cuando v) tratándose de una medida legislativa o administrativa de carácter general, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diversos.

Respecto del concepto de afectación directa como presupuesto para verificar si una comunidad étnica goza del derecho a consulta previa, esta Corporación ha identificado algunas hipótesis a partir de las cuales se establecerá si tal condición se cumple en el caso objeto de esta revisión: Como se indicó en el numeral 2.4.1, el predio sobre el cual se construye el proyecto de vivienda de interés prioritario es propiedad del ente territorial y ha cumplido con la normativa de desarrollo urbano al expedir los actos administrativos correspondientes desde el año 1994; El proyecto de vivienda se

encuentra a una distancia superior a los mil seiscientos metros (1.600) de los límites de resguardo indígena Wayúu, y en esa zona no se evidenció la presencia de población de la comunidad indígena, como lo precisó el Palabrero Wayúu preguntado por el contratista constructor, consulta que se ajusta al mandato del Convenio 169 de la OIT; Como se evidenció en el Convenio entre el municipio de Manaure y Comfaguajira [supra 72], el proyecto pretende satisfacer las necesidades de vivienda de personas que vivían en el casco urbano, y que fueron afectadas por el fenómeno La Niña 2010-2011, y solo se reubicarán, se repite, en el mismo casco urbano, para lo cual las entidades públicas responsables, Fondo Adaptación, municipio de Manaure (La Guajira), y los particulares vinculados, han adelantado los procesos contractuales ajustados al marco normativo correspondiente, así como los procesos de tramites de licencias y permisos de construcción correspondientes; Considerando que el proyecto de vivienda está ubicado en el casco urbano del municipio, la considerable distancia del mismo con los límites del resguardo, no se acredita ninguna afectación directa a las propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que vive la comunidad Wayúu, al no aportarse pruebas de las supuestas afectaciones a la vegetación, y animales de pastoreo de esa comunidad; y La modificación de la clasificación del predio destinado para la construcción de proyecto de vivienda no evidencia ninguna afectación a la vida de la comunidad por las características expuestas, ya que el casco urbano ha estado excluido de la comunidad indígena desde la creación del municipio, condición ratificada al momento de ampliarse el área asignada por el INCODER como parte del resguardo, excluyendo expresamente el casco urbano del municipio de Manaure (La Guajira). Así las cosas, no se evidencia una afectación directa a la comunidad indígena Wayúu y por lo tanto no procede la exigencia del mecanismo de consulta previa respecto del referido proyecto de vivienda de interés prioritario. Incluso las entidades involucradas mostraron un comportamiento ajustado a la buena fe, al haber acudido a las propias autoridades indígenas para verificar afectación a la vida de la comunidad, constatando que tal afectación no se presenta. Síntesis de la decisión El predio sobre el cual se desarrolla el proyecto de vivienda de interés prioritario "Jietka Wayúu" es propiedad del municipio de Manaure (La Guajira) desde su creación en 1973, propiedad ratificada por el Incora en 1984, predio sobre el cual el municipio ha ejercido derechos ajustados a las competencias propias de la normativa de ordenamiento territorial, por lo cual no se está violando el derecho de propiedad de la comunidad Wayúu. El proyecto de vivienda de interés

prioritario [Wietka Wayúu] se encuentra a más de mil seiscientos metros (1.600) de los límites con el predio del resguardo de la comunidad Wayúu. El proyecto está destinado a reubicar a familias damnificadas por el fenómeno La Niña 2010-2011 dentro del mismo casco urbano del municipio de Manaure. Los ejecutores del proyecto, para corroborar la posible afectación a la comunidad Wayúu que rodea al municipio de Manaure, consultaron a una autoridad de esa comunidad, el Palabrero Wayúu, quien reconoció que el predio no es de propiedad de la comunidad étnica y que el proyecto de construcción de vivienda de interés prioritario no afectaba la vida de la comunidad. Bajo estas condiciones no resultaba exigible el trámite de consulta previa con la comunidad indígena tutelante y en esa medida no procede el amparo de este derecho tal como fue solicitado en la demanda de tutela.

III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido el 19 de enero de 2017 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el cual confirmó el fallo de 4 de octubre de 2016 proferido por el Tribunal Administrativo de La Guajira, Sala Primera de Decisión, mediante el cual negó [el amparo constitucional a los derechos fundamentales de consulta previa, participación, autodeterminación, dignidad humana, diversidad étnica y cultural invocados por la parte actora Elión Epiayu Abshana].

Segundo.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA Presidente Con salvamento de voto CARLOS BERNAL PULIDO Magistrado LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Magistrado ROCIO LOAIZA MILIAN Secretaria General (E)

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA DIANA FAJARDO RIVERA A LA SENTENCIA T-515/17

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Debió declararse la procedencia, en la medida en que se evidencia afectación directa del proyecto de construcción de 150 viviendas sobre la comunidad (Salvamento de voto)

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Conferir status de consulta previa a una pregunta informal realizada a un miembro de comunidad indígena para evidenciar si existe o no afectación directa, desconoce reglas entre las cuales se exige que la consulta sea previa a la medida objeto de examen (Salvamento de voto) M.P. CARLOS BERNAL PULIDO

1. Con el respeto acostumbrado por las providencias de la Corte, me permito expresar las razones por las cuales me aparto de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala de Revisión en el asunto de la referencia.

2. En el presente caso, el señor Elión Epiayu Abshana, quien es miembro de la comunidad indígena Wayuu Hirtu, considera que las entidades demandadas vulneraron el derecho fundamental a la consulta previa de su pueblo,

por no concertar con la comunidad el Convenio de Asociación N. 006 del 7 de noviembre de 2013 celebrado entre Comfaguajira y el Fondo de Adaptación, por medio del cual se contrató con la empresa Ávila Ltda. la construcción de 150 viviendas de interés prioritario en el Municipio de Manaure.³ La mayoría de la Sala resolvió confirmar las decisiones de instancia que negaron el amparo constitucional a los derechos fundamentales a la consulta previa, participación, autodeterminación, dignidad humana, y diversidad étnica y cultural invocados por el accionante. Para ello, sostuvo que no era necesario adelantar un proceso consultivo con la comunidad indígena Wayuu Hirtu para la construcción de las 150 viviendas de interés prioritario, ya que, en su criterio, no existía afectación directa del proyecto de vivienda a la comunidad indígena. Las razones de la mayoría para sostener que no existía afectación directa del proyecto sobre la comunidad fueron: (i) que el predio sobre el cual se construye el proyecto pertenece al municipio de Manaure y no hace parte del Resguardo de la Alta y Media Guajira; (ii) que el proyecto de vivienda se encuentra a una distancia superior a 1.600 metros de los límites de dicho resguardo; (iii) que, de acuerdo con el Palabrero Wayuu Germán Aguilar Epiayú, en esa zona no hay presencia de población de la comunidad indígena; y (iv) que el proyecto de vivienda tenía como fin reubicar familias que fueron afectadas por el Fenómeno de La Niña 2010-2011.

4. Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación expongo las razones por las que me aparto de esta decisión de no consultar el proyecto de construcción de viviendas a la comunidad indígena Wayuu Hirtu. Al respecto, me referiré a: (i) la valoración de la afectación directa del proyecto de vivienda de interés prioritario; (ii) el alcance que la Sentencia da a la opinión del Palabrero Wayuu Germán Aguilar Epiayú; (iii) la falta de aplicación de la Directiva Presidencial 01 de 2010; y (iv) la ausencia de consulta previa de la Resolución 028 de 1994 del INCORA. Sobre la valoración de la afectación directa del proyecto de vivienda de interés prioritario⁵. En este caso, considero que se debió haber amparado el derecho a la consulta previa de la comunidad indígena Wayuu Hirtu, en la medida en que sí se evidencia la afectación directa del proyecto sobre la comunidad.

6. En mi opinión, el hecho de que el proyecto Jietka Wayuu no se desarrolle dentro del territorio colectivo de la comunidad Hirtu, no debió ser determinante para que la mayoría de la Sala estableciera que el proyecto no debía ser objeto de consulta previa. Recientemente, en el estudio de los casos que llegan a conocimiento de la Corte, se ha identificado una serie de eventos que le han permitido precisar y enfatizar las reglas para determinar cuándo existe afectación directa (positiva o negativa) sobre los derechos de una comunidad. En estos análisis, la Corte ha concluido que la afectación directa no puede

asimilarse o restringirse solo cuando existe algún tipo de incidencia sobre el territorio étnico.

7. Así, ha determinado que, si bien la afectación al territorio es una hipótesis de afectación directa, existen muchos otros aspectos a tomar en consideración para concluir acerca de la existencia de una afectación directa. Deben proyectarse sobre todos los derechos de las comunidades y no, como lo advirtió en varias providencias, exclusivamente sobre los de naturaleza territorial. En este sentido, es posible que una medida no traslape con el territorio colectivo y, aun así, afecte directamente los derechos de los pueblos étnicamente diferenciados. Por ejemplo, cuando se origina en los impactos ambientales de un proyecto; cuando incide sobre lugares sagrados; en virtud de la desviación de ríos; en eventos en que existen notables diferencias entre el concepto geográfico del territorio y el cultural; por una recurrente confusión entre afectación directa (elemento central del derecho fundamental a la consulta previa) y área de influencia directa (concepto técnico asociado a la evaluación preliminar sobre los impactos de un proyecto, por parte de profesionales de diversas disciplinas); por inconsistencias o insuficiencias en los certificados que expiden las autoridades acerca de la presencia de comunidades en la zona (Ministerio del Interior), entre muchas otras causas.

8. Así, entonces, la incidencia de una medida sobre el territorio colectivo de una comunidad étnicamente reconocida es tan solo una de las innumerables hipótesis de afectación directa de los derechos étnicos. En efecto, el análisis de la afectación directa no se agota en la verificación del territorio sobre el que recae el plan, proyecto o política objeto de estudio. Por el contrario, resulta necesario evaluar, entre otros aspectos, el impacto de la medida sobre las costumbres y formas de vida de las comunidades.

9. Por lo anterior, el solo hecho de que el proyecto Jietka Wayuu no se desarrollara dentro del territorio colectivo de la comunidad Hirtu, no debía implicar per se que el mismo no debía ser objeto de consulta previa.

10. En el caso concreto, el peticionario sostenía que la construcción de las viviendas afectaba la subsistencia de su comunidad, ya que eliminaba la vegetación con la que la comunidad alimentaba a su ganado ovino y caprino. Esta afirmación, se corresponde, entre otras, con las consideraciones de la Resolución 028 de 1994 en las que el INCORA señala que, “[l]a poca participación fluvial y la escasez de agua en el suelo ha determinado para la región un régimen económico de vida en función de la cría de ganado ovino y caprino en rancherías dispersas con poca infraestructura y con un carácter seminómada”.

11. Adicionalmente, el siguiente mapa del área en la que se construye el proyecto de vivienda, visto a folio 198 del expediente, muestra cómo la mayoría de fuentes hídricas de la región se encuentran al interior de la zona que, de conformidad con la

Resolución 028 de 1994 del INCORA, fue excluida del Resguardo de la Alta y Media Guajira. Esto podría traer como consecuencia que la vegetación "más útil" (como lo afirma el accionante) se encuentre dentro del perímetro del municipio de Manaure y que, por lo tanto, los modos de subsistencia de la comunidad, en efecto, dependan de la vegetación que crece allí.¹² Por lo anterior, es razonable inferir que la medida es susceptible de afectar a la comunidad, y además, de hacer de la zona un lugar de tránsito constante de sus miembros, pues precisamente el proyecto se encuentra en un espacio que separa (pero por lo tanto también une) al municipio de Manaure con el pueblo Hirtu.¹³ En este sentido, la delimitación territorial que el INCORA realizó en su momento a favor del municipio de Manaure no debe ser comprendida por la administración municipal como un espacio geográfico que excluye a las comunidades indígenas. Por el contrario, este lugar es justamente un escenario para activar la participación y reconocimiento del otro a partir de la diferencia. Se trata de un espacio donde concurren de forma mayoritaria la comunidad indígena Wayuu, y dentro de ellos, el pueblo Hirtu. Por lo tanto, la construcción de unas viviendas en un territorio excluido del Resguardo no debería ser excusa para cerrar el diálogo y no indagar por las preocupaciones de la comunidad en un espacio que, si bien no es formalmente de su territorio colectivo, sí es un lugar de interacción social, cultural y económico permanente. Sobre la opinión del Palabrero Wayuu Germán Aguilar Epiayú¹⁴. En relación con la opinión del Palabrero Wayuu Germán Aguilar Epiayú, considero que resultaba inapropiado y contrario a la jurisprudencia reiterada y vinculante de esta Corporación afirmar que las preguntas realizadas por Comfaguajira a este Palabrero constituían una "consulta que se ajusta al mandato del Convenio 169 de la OIT". Esta afirmación, a mi parecer, supondría conferirle status de consulta previa a una pregunta informal realizada a un miembro de la comunidad indígena con el fin de evidenciar si existe o no afectación directa, lo cual constituye, evidentemente, una etapa anterior a la realización del trámite consultivo. ¹⁵. Adicionalmente, no debe perderse de vista que esta pregunta para verificar la afectación directa se realizó de manera paralela a la ejecución del proyecto y no contó con la participación activa de la comunidad. Es por esto que, incluso si se llegara a considerar que se trató de una consulta previa, dicha consulta habría desconocido las reglas específicas establecidas por esta Corporación en la Sentencia SU-097 de 2017, entre las cuales, se exige (i) que la consulta sea previa a la medida objeto de examen, (ii) que se defina junto con la comunidad el modo de realizar la consulta (pre-consulta), y (iii) que se adelante con los representantes legítimos del pueblo o la comunidad afectada. ¹⁶. Frente a este último

requisito, vale la pena resaltar que, en el presente caso, existía, por lo menos, la duda sobre la representatividad del Palabrero Germán Aguilar Epiayú y esto, en consecuencia, exigía la realización de una pre-consulta para fijar quienes serían las autoridades o representantes legítimos de la comunidad durante el trámite de la consulta. La duda existía, ya que, por una parte, el accionante, el señor Elión Epiayú Abshana, cuestionó la representatividad del Palabrero Germán Aguilar Epiayú y, por otra, de acuerdo con la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, el señor Oscar Mangual Pushaina es quien se encuentra registrado en sus bases de datos como autoridad tradicional Wayúu de la comunidad Hirtú. Sobre la Directiva Presidencial 01 de 2010¹⁷. Además de la ausencia de afectación directa, la posición mayoritaria justificó su decisión en el hecho de que el proyecto de vivienda está destinado a reubicar familias damnificadas por el Fenómeno de La Niña 2010-2011. Al respecto, considero que la Sala debió haber inaplicado la Directiva Presidencial 01 de 2010 según la cual las medidas tomadas por el Gobierno Nacional como resultado de un estado de emergencia no deben ser consultadas con las comunidades. 18. En mi criterio, es comprensible la previsión de la Directiva, si se entiende que el concepto de urgencia hace referencia a la adopción de una medida inmediata, por ejemplo, la necesidad de evacuación inminente de una zona para preservar la vida de los habitantes de una comunidad, sin perjuicio del deber de respetar su decisión voluntaria, como personas y ciudadanos colombianos de permanecer en ella, asumiendo por su cuenta el peligro en ciernes. 19. Sin embargo, dicho argumento se desvanece cuando, como ocurre en este caso, se utiliza pasados varios años desde la declaratoria de la emergencia, pues ello desvirtúa tanto la urgencia de la medida, como la imposibilidad de adelantar la consulta. Así las cosas, el argumento según el cual, de conformidad con la Directiva Presidencial 01 de 2010, el proyecto de construcción de viviendas mencionado no debía ser consultado por tratarse de una medida urgente, adoptada en el marco de la prevención y atención de desastres naturales pierde su fuerza y su validez constitucional.²⁰ En este caso, el Fenómeno de La Niña (2010-2011) al que hacen referencia las autoridades y la mayoría de la Sala, ocurrió hace más de 6 años. Por lo tanto, a mi juicio, no podían los responsables del proyecto abstraerse del ejercicio del derecho fundamental de una comunidad étnica, argumentando una presunta inmediatez que hoy no existe. 21. Lo que fue urgente, en criterio del Gobierno en ese momento, fue la declaratoria de emergencia y la creación de un fondo específico para su atención. Sin embargo, una medida que se proyecta siete o más años en el tiempo, si afecta directamente a un pueblo indígena, debería ser consultada. 22. Aceptar en este

contexto el argumento de las entidades demandadas, transcurridos más de 6 años de las causas que dieron origen al estado de excepción mencionado, no es, en mi criterio, admisible pues implica el desconocimiento del derecho fundamental a la consulta previa frente a la ejecución de una obra que da espera. En este caso, me parece inadecuada la propuesta de excepcionar el derecho a la consulta previa puesto que ya ha cesado la necesidad de una actuación inmediata de las entidades estatales, y en esa medida, se desnaturaliza las razones presentadas por las demandadas para evitar la consulta previa. 23. Es importante indicar que la Sala Plena de la Corte ha rechazado la existencia de excepciones taxativas a la consulta; y, en cambio, ha desarrollado un amplio conjunto de criterios de evaluación acerca de cuándo una medida es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas y, por lo tanto, debe ser consultada previamente. 24. En conclusión, si bien no es la acción de tutela el escenario para verificar la conformidad de la Directiva Presidencial 01 de 2010 con la Constitución y la ley, lo cierto es que en las circunstancias del caso concreto, esta no podía ser invocada para excusar el deber del Estado de garantizar la consulta previa de las comunidades étnicas, cuando por el paso del tiempo ha quedado desvirtuada la inmediatez con que se le exige actuar a las entidades ante un estado de excepción como en el que enmarca el caso analizado en esta oportunidad. Atendiendo a estas razones, salvo el voto en la sentencia de la referencia.

Fecha ut supra, DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada Nombre del proyecto de interés social. Contrato de obra N° 851 de 2014. Debe realizarse consulta previa cuando se adopte cualquier medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Se ha sostenido igualmente que la consulta previa debe comprender cualquier medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas y no solamente aquellas que comprendan sus territorios. Sentencia T-247/15. Contrato N° 10 de 2013, suscrito entre el Fondo Adaptación y la Caja de Compensación Familiar Comfaguajira Oficio OFI12-0032681-DCP-2500 del 12 de diciembre de 2012. Ibídem. Folio 229 a 238 Expediente T-6007201. Cuaderno principal Folio 319 Ibídem. La sentencia C-038 de 2008, precisó que por afectación directa debe entenderse toda medida que [altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios]. En tal sentido, sostuvo que la afectación directa se da sin importar que sea positiva a negativa, pues es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados. Sentencia T-020 de 2016. Condición reconocida por el municipio de Manaure desde septiembre de 2007, acta de construcción de obra de infraestructura Represa el Arroyo (folios 59 a 61)

□Artículo 5o. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito□. Sentencia T-560 de 2017: □En conclusión, la acción de tutela no resulta procedente para controvertir actos y decisiones de entidades territoriales relacionadas con el uso de los suelos previamente establecidos en los Planes de Ordenamiento Territorial, salvo que en el asunto objeto de estudio, se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales de quien solicita el amparo constitucional.□ Sentencia SU 133 de 2017: □139. La tutela es procedente, en segundo lugar, porque satisface el requisito de subsidiariedad. Que los accionantes cuestionen un acto administrativo no implica, como lo supone la Agencia Nacional de Minería, que deban formular sus pretensiones ante la jurisdicción contenciosa. [□] Al respecto, es preciso considerar que la tutela objeto de estudio propone un auténtico debate sobre derechos fundamentales que trasciende del juicio que pueda llevarse a cabo en el escenario de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho sobre la orden de cierre y desalojo. Los accionantes cuestionaron la decisión porque consideran que vulneró sus derechos al trabajo, a la libertad de oficio, al mínimo vital y al debido proceso. También cuestionaron los actos administrativos que la anteceden □los que autorizaron las cesiones de títulos mineros en la parte alta del cerro El Burro-, en tanto se adoptaron sin el concurso de las personas, familias y comunidades que podrían haberse visto afectadas por ellos.□ Convenio de Asociación 006 de 2013 suscrito entre el municipio de Manaure (La Guajira) y la Caja de Compensación Familiar de la Guajira □COMFAGUAJIRA. El accionante igualmente presentó, ante la Fiscalía General denuncia penal el 7 de septiembre de 2015. Carta Política □Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:[□]PARAGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades. (subrayado fuera de texto) Folios 183 a 197. Folio 195. De conformidad con la página web del municipio de Manaure (La Guajira), [

HYPERLINK “http://www.manaure-laguajira.gov.co/informacion_general.shtml”
http://www.manaure-laguajira.gov.co/informacion_general.shtml] El Municipio de Manaure fue creado mediante Ordenanza 015 de 1973. Esta ordenanza comenzó a regir a partir del 1 de octubre de 1974., y agrega como información que “Manaure, nació como un pueblo nómada de indígenas y los primeros indicios de habitantes no indígenas se remontan al año 1723 aproximadamente.” Constitución Política: ARTÍCULO 313. Corresponde a los concejos:
[] 7. Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda. Folios 124 y 125. Folios 126 y 127. Folios 158 a 165. Se aportó, a folios 169 y 170, fotocopia del certificado de Libertad expedido el 24 de septiembre de 2013, en la cual aparece una anotación en el folio de matrícula 210-58368, con una anotación, generada en la Escritura 729 de 2013, en el cual se lee en COMPLEMENTACIÓN: “EL MUNICIPIO DE MANAURE ADQUIRIÓ EL PREDIO OBJETO DE DESENGLOBE POR ADJUDICACIÓN QUE LE HIZO EL INCORA SEGÚN RESOLUCIONES 015 DE 26-02-84 Y RES. NO. 28 DE 19-07-94. 210-57307”. Sentencia T-537 de 2007 y Sentencia T-041 de 2013. Artículo 6º. causales de improcedencia de la tutela. (...) 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto. Sentencia SU-1052 de 2000, Sentencia T-1073 de 2007, T-097 de 2014, entre otras. Folio 108. Folio 108 vto y 109. Folios 149-157. De conformidad con la consideración 7 este convenio se suscribe en el marco del convenio suscrito entre Comfaguajira y el Fondo Adaptación, y además en la consideración 8 “El municipio de Manaure en el Departamento de La Guajira, tuvo una afectación total de viviendas destruidas según el Registro Único de Damnificados REUNIDOS de 2328 viviendas, 375 de ellas en el casco urbano.”(folio 150)
HYPERLINK “http://www.imprenta.gov.co/diariop/diario2.nivel_3”
http://www.imprenta.gov.co/diariop/diario2.nivel_3Artículo 1o. Declarar la Institución del Palabrero, localizada en el territorio ancestral del pueblo Wayúu, que tiene una extensión de 12.240 kilómetros cuadrados, correspondientes a la Península de La Guajira, como Bien de Interés Cultural de Carácter Nacional. Folio 120 y vto. Folios 1 a 20. Folios 5, 6, 7 y 15 Folios 437 y 438, plano de la zona presentados por el contratista constructor Sociedad Ávila SAS, el cual fue incluido en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, 19 de enero de 2017, folio 457 Artículo 6o. 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: |a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimiento apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Convenio núm. 169 de

la OIT C169 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. INCORA, Resolución 28 del 19 de julio de 1994, "Por la cual se amplía el resguardo indígena constituido mediante Resolución 015 de febrero 20 de 1984, en favor de la comunidad Wayuú de la Alta y Media Guajira, con terrenos baldíos, ubicados en jurisdicción de los Municipios de Riohacha, Maicao, Uribia y Manaure, Departamento de La Guajira". Al respecto, ver, entre otras, las Sentencias T-704 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional. Sentencias SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-129 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-693 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-576 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-704 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; SU-217 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa, entre otras. Cfr. numeral (iii) del párrafo 77 de la sentencia. M.P. María Victoria Calle Correa. Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado en virtud del Fenómeno de La Niña ocurrido en los años 2010 y 2011 (Decreto 4850 de 2010) no son objeto de consulta previa. Corte Constitucional. Sentencia SU-097 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. Ver, entre otras, la sentencia T-698 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Lj³/₄x!