

## Sentencia T-528/11

(Julio 5)

COMUNIDAD INDIGENA-Protección por tutela por cuanto orden de desalojo vulnera derechos de 120 familias

Encuentra la Sala que en el presente caso la acción de tutela sí es procedente por cuanto, como consecuencia de la medida de desalojo por lo menos 120 familias, que afirman ser indígenas y, por tanto, sujetos de especial protección constitucional, quedarán sin un lugar de habitación, lo que implicaría que esta comunidad vería insatisfecha una necesidad básica. Por tanto, las personas desalojadas se verán abocadas a una subsistencia sin un lugar en el cual habitar, situación que pone en riesgo su derecho al mínimo vital y a la vida digna. Adicionalmente, el sólo hecho de que 120 familias, entre las cuales se encuentran menores y adultos mayores, se enfrenten a la posibilidad de perder su lugar de habitación y a una posible indigencia es un hecho que permite que la Corte se pronuncie sobre el asunto. La inminencia del posible daño implica que es importante la vigilancia del juez constitucional sobre la actuación de la administración.

DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE COMUNIDAD INDIGENA-Reiteración de jurisprudencia

Los pueblos indígenas tienen el derecho fundamental a la propiedad colectiva y como forma de realizar de manera efectiva el mismo, se encuentra el derecho de retornar cuando han sido desplazados. De tal suerte, el Estado está en la obligación de garantizar, que estos pueblos no sean despojados de sus territorios y en caso de que lo fueran debe realizar las acciones necesarias para que puedan recuperarlo y retornar a él y de ser imposible por cualquier motivo está en la obligación de brindar soluciones alternas al problema.

DESALOJO FORZADO-Procedimiento

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.

DESALOJO FORZADO-Límites al procedimiento

DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE COMUNIDAD INDIGENA-Corresponde a la Administración buscar el retorno voluntario a sus territorios ancestrales

DESALOJO FORZADO DE COMUNIDAD INDIGENA-Debe respetar debido proceso y derechos de los desalojados

Encuentra la Sala que, para que la medida de desalojo sea constitucional, debe adelantarse observando todos los derechos fundamentales de las personas desalojadas. Con este fin, antes de iniciar el procedimiento de desalojo, la administración debe crear mecanismos para que las personas que se encuentran ocupando el terreno lo abandonen voluntariamente como lo establece la observación 7 del comité DESC. Adicionalmente, siendo derecho de las comunidades indígenas la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, y teniendo éste un componente central en el derecho al retorno cuando han sido despojadas de los mismos, corresponde que la administración, antes de proceder al desalojo, propicie un proceso de concertación que conduzca al retorno voluntario de la población indígena a su territorio ancestral. De esta manera se concilia, por un lado, el derecho y deber legítimo del Estado a preservar su patrimonio y el derecho de los pueblo indígenas a la propiedad colectiva en su modalidad de retorno.

Referencia: Expedientes: T-2.925.163 y T- 2.961.140

Fallo objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santiago de Cali del treinta y uno de agosto de 2010 (T-2.925.163) y Juzgado Primero Penal del Circuito de Santiago de Cali del tres de noviembre del 2010 (T-2.961.140).

Accionantes: Edilma Ramos Caviche y Franceline Mojomboy Juspian.

Accionados: Inspección de Policía Urbana de 1ª categoría "Fray Damian" No 4 y la Secretaria

de Vivienda Social de Santiago de Cali.

Demanda del accionante –elementos-:

Derechos fundamentales invocados: mínimo vital, vida digna y propiedad colectiva.

Conducta que causa la presunta vulneración: el procedimiento de desalojo de un bien de fiscal que adelantan las entidades accionadas.

Pretensión: la accionante solicita que se suspenda la diligencia de desalojo.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZALEZ CUERVO.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Fundamento de la pretensión

Las accionantes Edilma Ramos Caviche<sup>1</sup> y Franceline Mojombuy Juspián<sup>2</sup>, en escritos separados pero idénticos, sustentaron la presente acción de tutela con base en los siguientes hechos, argumentos y medios de prueba:

1.1 Las accionantes y sus familias pertenecen a la comunidad indígena NASA-PAEZ que normalmente reside entre los departamentos del Cauca y Valle del Cauca. Pertenecen al “Cabildo Indígena Alto Nápoles –Santiago de Cali- Valle del Cauca Nasa Ukawe sx TAJ, reconocido por la autoridades indígenas y en trámite de legalización ante las autoridades municipales”<sup>3</sup>.

1.2 Desde hace nueve meses se asentaron en un “lote baldío” conocido como Alto Nápoles. En este asentamiento se encuentran “aproximadamente 120 familias, que suma

aproximadamente 400 personas, constituidas por aproximadamente 10 menores de edad entre niños y niñas, cerca de 30 personas mayores adultos”4. En el mencionado lote construyeron “ranchos de bareque, otros en guadua y cubiertos con plástico etc.”5

1.3 A petición de un presunto poseedor de buena fe, la inspectora Municipal Primera de Policía de Cali inició un proceso de desalojo forzado de las personas que ocuparon el predio Alto Nápoles.

1.4 Mediante el aviso 416.2.9.6.04.3841.030 suscrito por la inspectora en mención, se les hizo saber que la funcionaria había “adecuado al trámite de Querrela, donde se dispone la continuación del trámite correspondiente para dar cumplimiento a los estipulado en la resolución no. 4161.2.9.6.06.3841.023 del 31 de mayo de 2010, persiguiendo el desalojo o RESTITUCIÓN DE UN BIEN FISCAL. Pero la misma no fue notificada en debida forma”6 (sic).

1.5 Finalmente, afirmó que esta actuación de la Inspección de Policía los deja frente a la posibilidad de un daño inminente de su derecho a la vivienda digna y en especial la de sus hijos menores. Afirman que esta situación los aboca a la mendicidad y a la persecución permanente de la Policía por invadir el espacio público.

## 2. Respuesta de la entidad accionada

2.1 La Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad- Inspección de Policía Urbana de 1ª categoría “Fray Damian” No. 4 contestó la presente acción de tutela con base en los siguientes hechos, argumentos y medios de prueba7:

2.1.1 Afirmó que el proceso policivo de protección a la posesión, por ocupación de hecho, se inició a petición del señor Ignacio Antonio Franco Buitrago, por cuanto ha sido poseedor y tenedor del predio por los últimos 20 años, en virtud de un “contrato de arrendamiento suscrito entre ferrocarriles Nacionales de Colombia División Pacifico, siendo el arrendatario el señor Ignacio Antonio Franco Buitrago”8.

2.1.2 En desarrollo del mencionado proceso la inspectora de Policía dictó “auto para la fecha de diciembre 07 de 2009 donde se enmarca el proceso como AMPARO POLICIVO y se ordena práctica de diligencia de inspección ocular para el 15 de febrero de 2010. En desarrollo de la mencionada diligencia que fue acompañada por perito con el fin de identificar el predio.

Como resultado de la diligencia se concluyó que era un “predio de mayor extensión, de forma irregular, hay allí plantados varios árboles de un antigüedad de 70 años (Eucalipto, guayabo, vainillo chagualo y arrayan) dentro del lote se han plantado un total de 40 de cambuches en material de esterilla-guadua cubiertos con un plástico verde”<sup>9</sup>. En la misma diligencia los ocupantes del terreno señalaron que pertenecen a la comunidad Páez y Yanacones y que se encuentran ocupando ese terreno porque son víctimas de la violencia. No quisieron identificarse por temor de su seguridad “ya que sus miembros han sido víctimas de falsos positivos”<sup>10</sup>.

2.1.3 Por otra parte, la secretaría sostuvo que “no puede afirmarse que el lote de terreno en mención es un lote baldío, tal como afirman los accionantes ya que a foliatura consta por parte de la Secretaría de Vivienda Social y Reforma Urbana, que estos terrenos son de propiedad del Fondo de Tierras de la Secretaría de Vivienda lo que obligo al despacho a adecuar la querrela al trámite de Restitución de Bien Fiscal conforme al Artículo 245 de Código Departamental de Policía, que indica que los procesos de Restitución de Bien de Uso Público o Bienes Fiscales se adelantan aun de oficio y es así como se profiere orden de policía”<sup>11</sup>

2.1.4 En este sentido, dio la orden de “restituir para su legítimo dueño como es el Municipio de Santiago de Cali, en cabeza de la Secretaria de Vivienda”<sup>12</sup>.

2.1.5 Por último señaló que en este proceso se le ha respetado el debido proceso a los ocupantes del mencionado terreno.

2.2 Por su parte la Secretaría de Vivienda Social de la Alcaldía del Municipio de Santiago de Cali contestó con base en los siguientes hechos, argumentos y medios de prueba<sup>13</sup>:

2.2.1 No existe evidencia de que los accionantes hayan hecho peticiones a la entidad accionada en procura de acceder a los planes de solución de vivienda. En consecuencia, la Secretaría de Vivienda nunca le ha negado acceso al derecho de vivienda del accionante por lo cual no puede afirmarse que exista vulneración alguna a los derechos fundamentales.

2.2.2 El derecho a la vivienda no tiene el rango de derecho fundamental. Afirmó que es abundante la jurisprudencia en torno a que la acción de tutela no es el medio idóneo para hacer este tipo de reclamaciones.

2.2.3 En lo demás, esta entidad reiteró los argumentos presentados por la Secretaría de Gobierno.

3. Fallo objeto de la revisión: sentencia del Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del treinta y uno (31) de agosto de 2010 de Santiago de Cali (T-2.925.163) y la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito del tres (03) de noviembre de 2010 de Santiago de Cali (T-2.961.140).

3.1 Expediente: T-2.925.163. Sentencia del Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, del treinta y uno (31) de agosto de 2010, que confirmó el fallo del Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, del nueve (09) de julio de 2010.

El juez de instancia consideró que no existía vulneración sobre los derechos fundamentales de la accionante por cuanto no aparece reportada en el registro único de Población Desplazada, siendo esto así no se comprueba la condición especial alegada. Adicionalmente, con respecto al argumento de violación de debido proceso, señaló que en la diligencia del 15 de febrero de 2010 se evidencia que los accionantes tenían pleno conocimiento de la existencia y estado del proceso policivo y, por tanto, concluyó que sí se había realizado la notificación a los ocupantes del terreno y, en consecuencia, no se les vulneró su derecho fundamental al debido proceso. Después de esta argumentación el juez de primera instancia procedió a declarar improcedente la acción de tutela.

La accionante impugnó el fallo de primera instancia sin expresar los motivos de su inconformidad.

En segunda instancia el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento confirmó el fallo de primera instancia al considerar que no cumplía el requisito de subsidiaridad, igualmente, consideró brevemente que no existe evidencia de que los ocupantes del predio Alto Nápoles hayan hecho alguna solicitud que tenga por objeto el acceso a algún programa de solución de vivienda con que cuenta el municipio. Siendo esto así, no se evidencia ninguna vulneración a los derechos fundamentales de la accionante.

3.2 Expediente T-2.961.140. Sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Santiago de Cali del tres de noviembre de 2010 que revocó el fallo del Juzgado segundo Penal Municipal

con Función de Control de Garantías de Santiago de Cali del diez de agosto de 2010.

En primera instancia el juez consideró que los accionantes se encontraban en especial situación de desprotección, al ser una población desplazada y, especialmente, al ser población indígena que se vio despojada de su territorio ancestral. Así mismo, afirmó que esta situación se agrava con el hecho de que en la población que se encuentra en el lote Alto Nápoles se cuentan niños y adultos mayores.

Adicionalmente sostuvo que “los Principios de Pinheiro adoptados por la ONU, que frente al Grupo Social como al que pertenece tanto el accionante como Agente Oficiosa y su Grupo Familiar, se ha establecido la “la prohibición de los desalojos forzosos”. Lo más relevante es que todos esos principios y medidas de la ONU, ratificados por Colombia, han sido incorporados a nuestra normatividad en el bloque de constitucionalidad con sus respectivas implicaciones jurídicas”<sup>14</sup>.

En el mismo sentido afirmó que:

“el Comité de la Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como responsable de verificar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDEC- establece que los derechos relacionados con la vivienda incluye el “deber de proteger a las personas contra el desplazamiento forzado” pero enfatiza recomendando para asegurarles un conjunto de garantías tales como notificaciones oportunas, entre otros. Se hacen observaciones generales que son aplicables al grupo de personas a las que se refiere la presente acción de tutela: El Pacto Internacional de Naciones Unidas concluye que “los desalojos forzosos son prima facie incompatible con los requisitos del pacto”. Pero además considera que la relación de los desalojos forzosos es grave porque cuando el desalojo es injusto “constituye una violación grave a los derechos humanos”. Recomendándose que cuando sean realizados de adopten medidas de reubicación. (...) cuando se produce el desalojo o lanzamiento de una familia, no se la puede literalmente dejar en la calle al arbitrio de las circunstancias, sino que se debe tener disponible un lugar adecuado donde ubicarla o reubicarla dependiendo de las propias circunstancias de la Entidad Vinculada”. (subrayado dentro del texto)

Con base en estos argumentos extraídos del bloque de constitucionalidad, el juez de primera instancia concluyó que no resulta legítimo desalojar a la población indígena desplazada que

ocupa el Lote Nápoles en la ciudad de Cali, sin que antes la administración ofrezca una alternativa distinta para solucionar su problema de vivienda.

Concluye afirmando que observa: “apatía de atenderla (la población) para brindarle una protección oportuna y efectiva, definiendo que en el presente asunto se han violado y se siguen violando efectivamente derechos fundamentales -al igual que al resto de familias indígenas- a una vivienda digna, derecho que para ellos se torna en fundamental como quiera que se trata de una comunidad vulnerable, y además por una íntima vinculación con otros derechos fundamentales como la protección especial debida a los niños. Especialmente si son menores de edad, a las personas de edad adulta o de la tercera edad”<sup>15</sup>.

Con base en la argumentación expuesta el juez de primera instancia, decidió proteger los derechos invocados por la accionante y, en consecuencia, ordenó a las entidades demandadas que suspenda la diligencia de desalojo del predio en cuestión y que procedan a reubicar provisionalmente a la demandante y su familia a un lugar que goce de condiciones de habitabilidad aptas. Como medida definitiva ordenó que en el transcurso de los siguientes seis meses debiera reubicarse de manera definitiva a los accionantes.

Ante la decisión de primera instancia, la Secretaría de Vivienda Social del Municipio de Santiago de Cali, recurrió el fallo reiterando que la solicitud de la demandante no puede ser protegida por el derecho toda vez que su conducta es ilícita, al punto de ser una conducta punible. Adicionalmente, afirmó que la acción resultaba improcedente, por cuanto el derecho a la vivienda digna no es un derecho fundamental, siendo consagrado por la Constitución como un derecho social de reconocimiento progresivo y, por ende, no procede su protección inmediata por medio de tutela.

En segunda instancia, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santiago de Cali, en sentencia del tres de noviembre de 2010, revocó el fallo de primera instancia al acoger los argumentos de la secretaria de Vivienda Social del Municipio de Santiago de Cali, al considerar que el asunto en cuestión no era sujeto de ser resuelto por acción de tutela. En efecto, el juez de segunda instancia sostuvo que el derecho a la vivienda digna no es un derecho fundamental y, por tanto, no es susceptible a ser protegido por vía de acción de tutela. Sin más consideraciones, revocó el fallo de primera instancia y declaró improcedente la presente acción de tutela.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento de los autos: (i) de la Sala de Selección uno del treinta y uno (31) de enero de 2011 que seleccionó y repartió a este despacho el expediente T-2.925.163; (ii) del auto del 29 de abril de 2011 de la Sala Segunda de Revisión el cual consideró que la temática contenida en los tres expedientes no guardaba unidad de materia entre si, las situaciones fácticas resultaban ser diferentes, así como la problemática jurídica por lo cual ordenó desacumular los expedientes; (iii) del auto de la Sala de Selección número dos del veinticinco (25) de febrero de 2011 en el que fueron seleccionados, acumulados y repartidos para su revisión los siguientes expedientes: T-2.961.140, T- 2.972.192 y T- 2.976.377 y; (iv) del auto del 29 de abril de 2011 en el cual la Sala Segunda de Revisión, por considerar que los expedientes T-2.925.163 y 2.961.140 guardaban identidad en cuanto a los hechos y pretensiones, ordenó acumular los dos expedientes para que fueran fallados en una misma sentencia.

### 2. Problema de constitucionalidad

Para solucionar este problema jurídico la Sala (i) reiterará la jurisprudencia en torno a la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la vivienda, (ii) el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad colectiva en su componente de retorno, (iii) la naturaleza jurídica y viabilidad constitucional de los desalojos forzados y (iv) analizará del caso concreto.

### 3. Juicio de procedibilidad formal

3.1 El propósito de la acción de tutela es la defensa de los derechos fundamentales. El artículo 8616 de la Constitución Política señala que la acción de tutela es un mecanismo judicial con carácter subsidiario, lo que implica que sólo procede cuando no existe otro medio de defensa judicial adecuado para buscar la protección del derecho fundamental invocado.

Así pues, esta acción sólo es procedente cuando el derecho conculcado o amenazado es un

derecho fundamental y no existe otro medio de defensa judicial idóneo para su protección.

3.2 Encuentra la Sala que en el presente caso la acción de tutela sí es procedente por cuanto, como consecuencia de la medida de desalojo por lo menos 120 familias, que afirman ser indígenas y, por tanto, sujetos de especial protección constitucional, quedarán sin un lugar de habitación, lo que implicaría que esta comunidad vería insatisfecha una necesidad básica. Por tanto, las personas desalojadas se verán abocadas a una subsistencia sin un lugar en el cual habitar, situación que pone en riesgo su derecho al mínimo vital y a la vida digna. Adicionalmente, el sólo hecho de que 120 familias, entre las cuales se encuentran menores y adultos mayores, se enfrenten a la posibilidad de perder su lugar de habitación y a una posible indigencia es un hecho que permite que la Corte se pronuncie sobre el asunto. La inminencia del posible daño implica que es importante la vigilancia del juez constitucional sobre la actuación de la administración. Siendo esto así, la Sala determina que la acción de tutela es procedente formalmente en el presente asunto y debe entrar al estudio del fondo.

4. Derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas. Reiteración jurisprudencial

4.1 El artículo 13 de la Carta Política<sup>17</sup> consagra el trato diferenciado favorable sobre grupos minoritarios con el propósito de buscar la igualdad real. En tal sentido la Carta Política habilita a los agentes del Estado para que en la órbita de su competencia, adopten medidas que busquen la protección especial de aquellos grupos que se encuentran en situaciones de debilidad. El principio de búsqueda de igualdad real, sumado al reconocimiento constitucional de que Colombia es un Estado multi-étnico, plural e incluyente, implica que deben adoptarse medidas que permitan que los grupos étnicos minoritarios no vean vulnerados sus derechos fundamentales. En desarrollo de esto la Corte Constitucional ha señalado repetidamente que las comunidades indígenas y sus miembros son sujetos de especial protección constitucional.

4.2 Partiendo del artículo 329 de la Constitución Política, interpretado armónicamente con el 63 que les otorga el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables a los territorios indígenas y del 58 que ordena la protección de todas las formas de propiedad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado, sobre el carácter de fundamental del derecho al territorio colectivo, que:

“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 Congreso<sup>1</sup> , 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 (derechos a la identidad cultural y a la 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 habitat”<sup>2</sup> .

Lo anterior permite ratificar el carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios”<sup>20</sup>.

4.3 Ese reconocimiento se desprende, además, del bloque de constitucionalidad (art. 93 C.P), concretamente del artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, el cual expresamente señala que:

“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.”  
(Subrayado fuera de texto)

4.4 Este mismo convenio contempla, como elemento fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus territorios, la posibilidad de retornar a ellos cuando por algún motivo ajeno a su voluntad han tenido que desplazarse y han expresado su deseo de volver. También indica que “[c]uando 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”<sup>21</sup>. Esto significa que las autoridades encargadas no se descargan de su responsabilidad simplemente con el hecho de que el retorno de los pueblos indígenas sea imposible por cualquier motivo, sino que corresponde que el Estado haga las gestiones pertinentes para que los pueblos indígenas cuenten con una solución efectiva a su problema de territorio y vivienda.

4.6 En suma, los pueblos indígenas tienen el derecho fundamental a la propiedad colectiva y como forma de realizar de manera efectiva el mismo, se encuentra el derecho de retornar cuando han sido desplazados. De tal suerte, el Estado está en la obligación de garantizar, que estos pueblos no sean despojados de sus territorios y en caso de que lo fueran debe realizar las acciones necesarias para que puedan recuperarlo y retornar a él y de ser imposible por cualquier motivo está en la obligación de brindar soluciones alternas al problema.

## 5. Los procedimientos de desalojos forzados

5.1 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.

5.2 Por otra parte, esta medida, para que sea legítima, debe hacerse con pleno respeto de los derechos de las personas desalojadas. El desalojo que se apegas al debido proceso es una medida legítima de protección de la propiedad, pero por su naturaleza coactiva, 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, tal como se aprecia en la observación No 7º22 del comité de seguimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (de ahora en adelante PIDECS), que en el párrafo 13 dice: “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”23.

5.3 Ahora, el numeral 14 de la observación No 7º del comité DECS señala que cuando resulte necesario la medida de desalojo, este procedimiento debe respetar todos los derechos humanos de los afectados. “Cuando se considere que el desalojo está justificado, debería llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos y respetando los principios generales de la razón y la proporcionalidad”. De manera específica, el documento señala en el numeral 16 que las autoridades encargadas de realizar los procedimientos de desalojo deben hacer todo lo posible para que ninguno de los afectados con la medida queden sin vivienda. Por tanto, para que la medida de desalojo forzoso resulte legítima es imperioso que esta: (i) atienda principios constitucionales, (ii) sea necesaria, pues no es posible lograr el mismo fin por medios diferentes y (iii) debe utilizarse el mínimo de fuerza necesario con el objetivo de evitar vulneración de los derechos de los desalojados.

## 6. Caso Concreto

6.1 La primera precisión que debe hacer la Sala es que de acuerdo con el numeral segundo Convenio 169 de 1989 de la OIT,24 según el cual un criterio central a la hora de determinar si un grupo de personas pertenece a una comunidad indígena, es el criterio subjetivo, es decir, aquel en virtud del cual la conciencia de hacer parte de una comunidad indígena es definitivo para que las disposiciones del mencionado Convenio le sean aplicables25. De tal suerte, si bien pueden utilizarse otros parámetros, la autoidentificación es un criterio contenido en el bloque de constitucionalidad y que en el mismo ocupa un lugar central. Del texto de la demanda se desprende que el grupo asentado en el lote Alto Nápoles se autoidentifica como un grupo indígena cuando se presentan como el “Cabildo Indígena Alto Nápoles –Santiago de Cali- Valle del Cauca Nasa Ukawe sx TAJ, reconocido por la autoridades indígenas y en

trámite de legalización ante las autoridades municipales”<sup>26</sup>. Adicionalmente, en el expediente se encuentra una constancia firmada por el Gobernador indígena del “Territorio Ancestral del Pueblo Nasa Sat Tama Kiwe, Resguardo Indígena San Lorenzo de Caldono Cauca”<sup>27</sup>, quien reconoce que el grupo de personas que ocupa el Alto Nápoles es una comunidad en proceso de crear su propio resguardo indígena. Siendo esto así, la Sala determina que el grupo en mención tiene la calidad de comunidad indígena y no es de recibo la afirmación de la entidad demandada cuando sostiene que tal condición no puede reconocérsele por no presentar algún documento válido que lo pruebe y, por tanto, le es aplicable la protección constitucional que de dicha calidad se deriva.

6.2 En segundo lugar, observa la Sala que en el expediente no hay evidencia alguna de que en estos momentos se esté adelantando algún proceso de desalojo ni del estado en que se encuentra el mismo, por cuanto en el escrito de tutela únicamente se afirma que el Inspector Urbano de Policía Municipal Primero de Cali adecuó el trámite, pues encontró que el bien pertenecía a la Secretaría de Vivienda de Cali y no hay un poseedor particular como inicialmente aparecía en el proceso. En el expediente sólo se encuentra la afirmación del accionante, corroborada por las entidades demandadas, de que ante el hallazgo del inspector de policía, éste procedió a hacer la adecuación del trámite y a reiniciarlo. Por otra parte, en el escrito de tutela los accionantes afirmaron que no se les notificó en debida forma la decisión de adecuar el trámite de restitución, sin embargo, no se explica, ni siquiera sumariamente, en qué consiste esta indebida notificación ni se encuentra en el expediente evidencia que permita determinar en qué consiste la enunciada vulneración. En consecuencia, no encuentra la Sala que en el estado actual del proceso de desalojo se esté poniendo en riesgo de manera efectiva el derecho al debido proceso de los ocupantes del bien.

6.3 No obstante, en el escrito de contestación de la demanda se evidencia la intención de la Secretaría de Vivienda de Santiago de Cali de iniciar el proceso de desalojo. A lo largo de todo del escrito de contestación de la acción de tutela se alude a la intención de retomar el proceso para ejecutar la medida de desalojo. Así, por ejemplo, a folio 37 se lee lo siguiente “le solicito muy respetuosamente se levante la medida de suspensión de desalojo y se continúe con el mismo por parte de la entidad accionada”. En consecuencia, si bien no se observa que en el momento exista algún daño sobre los derechos de los accionantes, se advierte que la actuación de la administración eventualmente puede resultar vulneratoria de los derechos de las personas que ocupan el bien en cuestión. Por tanto, corresponde a la Sala

entrar a determinar en qué consiste ese posible daño ilegítimo y adoptar medidas para evitarlo.

6.4 En este asunto se presenta un conflicto entre la necesidad de proteger el patrimonio público y la obligación estatal de garantizar los mínimos derechos a la población indígena, en especial, en lo concerniente a su derecho fundamental a la propiedad colectiva en su componente de retorno. Corresponde, entonces, entrar a determinar si la medida de desalojo, que pretende iniciar la Alcaldía de Santiago de Cali por medio de dos de sus secretarías, sobre el lote Alto Nápoles, resulta ser legítima y si la misma vulnera los derechos fundamentales de los accionantes.

6.5 Encuentra la Sala que, para que esta medida sea constitucional, debe adelantarse observando todos los derechos fundamentales de las personas desalojadas. Con este fin, antes de iniciar el procedimiento de desalojo, la administración debe crear mecanismos para que las personas que se encuentran ocupando el terreno lo abandonen voluntariamente como lo establece la observación 7 del comité DESC. Adicionalmente, siendo derecho de las comunidades indígenas la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, y teniendo éste un componente central en el derecho al retorno cuando han sido despojadas de los mismos, corresponde que la administración, antes de proceder al desalojo, propicie un proceso de concertación que conduzca al retorno voluntario de la población indígena a su territorio ancestral. De esta manera se concilia, por un lado, el derecho y deber legítimo del Estado a preservar su patrimonio y el derecho de los pueblo indígenas a la propiedad colectiva en su modalidad de retorno.

6.6 Puede ocurrir que las condiciones de seguridad del territorio ancestral no permitan el retorno de las personas en cuestión, o que por algún motivo las mismas no deseen retornar; por tanto, con el objetivo, nuevamente, de garantizar sus derechos frente al desalojo y acogiendo la observación 7 del comité DESC, la Alcaldía, por medio de su Secretaría de Vivienda, antes de proceder con la medida de desalojo forzoso, debe ofrecer a la población indígena alternativas, dentro de sus programas de vivienda, que permitan su reubicación y evitar así que estas personas se vean abocadas a quedarse sin techo. Una vez cumplidas estas etapas previas y, siempre que se respete el debido proceso, la administración puede proceder al desalojo en los términos previstos en la Ley.

6.7 En suma, la administración antes de iniciar un proceso de desalojo deberá crear espacios de concertación tendientes, en primer lugar, al retorno de la comunidad indígena a sus territorios ancestrales y, si esto no fuera posible por algún motivo de fuerza mayor, a ofrecerle alternativas dentro de sus programas de solución de vivienda. Si a pesar de esto se hiciera necesario el procedimiento de desalojo, debe respetarse el debido proceso. Ahora, como en la condición en que se encuentran las accionantes y sus familias son idénticas a la de los demás ocupantes del predio Alto Nápoles y por la naturaleza de hechos y de los derechos conculcados corresponde adoptar medidas que afectan a toda la comunidad referida, la Sala procederá a dar órdenes que cobijan a toda las personas que ocupan el predio y que estén en la misma situación de los actores.

#### 4. Razón de la decisión.

La Sala pudo determinar que en el presente caso no hay evidencia de que se estén adelantando acciones materiales para el desalojo del predio en cuestión. No obstante, de la afirmación de la entidad demandada se desprende la intención de la misma de adelantar un proceso de desalojo. Sobre esta medida se estableció que en principio resulta legítima para preservar el patrimonio público. Ahora, este procedimiento debe hacerse respetando el debido proceso de las partes involucradas y teniendo siempre presente que esta debe desarrollarse respetando los derechos de los desalojados. Por tanto, el desalojo debe realizarse sólo si es estrictamente necesario y antes de practicarlo debe intentarse el abandono voluntario del bien. Ahora, cuando las personas que ocupan ilegítimamente el bien es una comunidad indígena, corresponde a la administración, adicionalmente, buscar el retorno voluntario a sus territorio ancestrales.

Por todo lo anterior, la Sala revocará: (i) la sentencia del Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del treinta y uno de agosto de 2010 que confirmó el fallo del Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías del nueve de julio de 2010 (T-2.925.163); y (ii) la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Santiago de Cali del tres de noviembre de 2010 que revocó el fallo del Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santiago de Cali del diez de agosto de 2010 (T-2.961.140)

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia del Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del treinta y uno (31) de agosto de 2010 que confirmó el fallo del Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías del nueve (09) de julio de 2010 (T-2.925.163) y, en su lugar, TUTELAR el derecho a la propiedad colectiva en su componente de retorno de los accionantes y de la población indígena que habita el lote Alto Nápoles en la comuna 18 de la ciudad Santiago de Cali.

Segundo.- REVOCAR la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Santiago de Cali del tres (03) de noviembre de 2010 que revocó el fallo del Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santiago de Cali del diez (10) de agosto de 2010 (T-2.961.140) y, en su lugar, TUTELAR el derecho a la propiedad colectiva en su componente de retorno de los accionantes y de la población indígena que habita el lote Alto Nápoles en la comuna 18 de la ciudad Santiago de Cali.

Tercero.- ORDENAR a la Secretaria de Vivienda Social de la Alcaldía del Municipio de Santiago de Cali que antes de adelantar el desalojo del lote Alto Nápoles adopte medidas que propicien el abandono voluntario de las personas que habitan el predio. Estas medidas deben contemplar, principalmente, la concertación con la comunidad indígena afectada conducente a la posibilidad de que retorne a su territorio ancestral y de no ser esto posible por motivos de seguridad o cualquier otro, deberá la Secretaria incluir a los afectados en programas de vivienda con que cuente esta entidad o cualquier otra del municipio y brindarles un auxilio de alojamiento temporal mientras efectivamente puedan obtener la vivienda.

Cuarto.- NOTIFICAR de esta providencia al Ministerio del Interior y de Justicia, al Ministerio de Agricultura y al Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial para que, dentro del ámbito de sus competencias, concurren con la protección efectiva del derecho a la propiedad colectiva en su componente de retorno de la población indígena que ocupa el lote Alto Nápoles.

Quinto.- RECORDAR al Inspección Urbana de Policía Municipal Primera de Cali que en caso de que sea estrictamente necesario realizar el desalojo forzado de las personas que habitan el

predio Alto Nápoles, este procedimiento no debe generar la vulneración de los derechos fundamentales de las personas afectadas con la medida.

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

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Expediente 2925163, folios 1-4 del cuaderno 4 del expediente. Acción de tutela presentada el 24 de junio de 2010.

2 Expediente 2961140, folios 1-4 del cuaderno 4 del expediente. Acción de tutela presentada el 24 de junio de 2010.

3 Ver folio 1 del cuaderno 1 del expediente

4 Ver folio 2 del cuaderno 1 del expediente

5 Ver folio 2 del cuaderno 1 del expediente

6 Ver folio 2 del cuaderno 1 del expediente

7 Ver folio 15-21 del cuaderno 1 del expediente

8 Ver folio 16 del cuaderno 1 del expediente

9 Ver folio 20 del cuaderno 1 del expediente

10 Ver folio 20 del cuaderno 1 del expediente

11 Ver folio 20 del cuaderno 1 del expediente

12 Ver folio 20 del cuaderno 1 del expediente

13 Ver folio 31-37 del cuaderno 1 del expediente

14 Ver folio 52 del cuaderno 1 del expediente.

15 Ver folio 53 del cuaderno 1 del expediente.

16 “ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

1Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76a.reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989

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

20 Ver T-188/93.

21 Artículo 16, numeral 4, Convención 169 de la OIT.

22 Esta observación se produjo como comentario al artículo 11 del pacto “El derecho a una alimentación adecuada, también conocido como el derecho a la alimentación, se interpreta como que requiere “la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada. Esto debe ser accesible a todos, lo que implica una obligación de proporcionar programas especiales para los grupos vulnerables. El derecho a una alimentación adecuada implica también un derecho al agua. El derecho a una vivienda adecuada, también conocido como el derecho a la vivienda, es “el derecho a vivir en algún lugar de la seguridad, la paz y la dignidad.”[46] Se requiere una “adecuada privacidad, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una adecuada ubicación en relación con el trabajo y los servicios básicos - todo ello a un coste razonable.” Las Partes deben garantizar la seguridad de la tenencia y que el acceso es libre de discriminación, y para eliminar progresivamente el trabajo de hogar. Los desalojos forzosos, que se define como “la retirada permanente o temporal en contra de su voluntad de individuos, familias y / o comunidades de los hogares y / o las tierras que ocupan, sin la disposición de, y acceso a formas adecuadas de protección jurídica o de otra índole” , son, prima facie, una violación del Pacto”. (Subrayado fuera de texto)

23 La aplicación de esta observación funciona como criterio auxiliar de interpretación.

24 “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”

25 Así lo señala la Observación sobre Colombia de 2005 del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

26 Ver folio 1 de cuaderno 1 de ambos expedientes.

27 Folio 6 del cuaderno 1 de los dos expedientes.