

Sentencia T-556/17

PROTECCION CONSTITUCIONAL A TERRITORIO DE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES-Alcance

DESPOJO DE TIERRAS-Definición

PROCESO DE USURPACION DE TERRITORIOS ANCESTRALES

ORDENES COMPLEJAS PARA DETERMINAR VULNERACION DE DERECHOS DE COMUNIDAD INDIGENA A TERRITORIOS ANCESTRALES

COSA JUZGADA EN TUTELA-Configuración

ACTUACION TEMERARIA Y COSA JUZGADA EN MATERIA DE TUTELA-Configuración

DERECHOS FUNDAMENTALES A LA CONSULTA PREVIA, PETICION E INMUNIDAD DEL TERRITORIO ANCESTRAL DE COMUNIDADES INDIGENAS-Orden a alcaldía suspender desalojo contra de las comunidades accionantes hasta tanto se tenga claridad sobre la titularidad de los bienes en disputa

Referencia: expediente T-6.175.180

Magistrado Sustanciador (e.):

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Cristina Pardo Schlesinger, Alberto Rojas Ríos e Iván Humberto Escrucería Mayolo (e.), quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido en el asunto de la referencia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó parcialmente la sentencia

proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala de Decisión Civil-Familia y Laboral, que concedió la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, petición e inmunidad del territorio ancestral de las comunidades accionantes.

I. ANTECEDENTES

Rosa Matilde Epiayu y Gonzalo Sánchez Bonivento, en representación del Resguardo Indígena Santa Rosa y Arroyo Guerrero, respectivamente, presentaron acción de tutela contra el Ministerio del Interior – Dirección de Asuntos Indígenas, el Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, la Policía Nacional – Escuadrón Móvil Antidisturbios de la Policía Nacional, Agencia Nacional de Tierras, el Distrito Turístico y Cultural de Riohacha, Personería Municipal de Riohacha, Superintendente de Notariado y Registro, Departamento de la Guajira – Secretaría de Asuntos Indígenas, el Director Seccional de Fiscalías de la Guajira, el Comandante de Policía Departamento de la Guajira, Corpoguajira, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Procuraduría General de la Nación (Delegados en Asuntos Ambientales y Agrarios), la Defensoría Regional del Pueblo, la Inspección de Policía de Riohacha, la Unidad de Restitución de Tierras, el Juzgado 2º Penal de Rioacha, la Notaría Primera de Rioacha, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Presidencia de la República y el Ministerio de la Protección Social.

Para fundamentar sus pretensiones los líderes de las comunidades accionantes relataron los siguientes

1. Hechos

Los demandantes identifican la existencia de varias actuaciones judiciales y administrativas que bien por acción u omisión han vulnerado los derechos de las comunidades que representan. Teniendo en cuenta lo voluminoso del expediente y lo confuso de la narración tanto cronológica como secuencial contenida en el escrito de tutela, esta Sala explicara mediante ejes temáticos las (7) siete vulneraciones que según los peticionarios afectan sus garantías constitucionales.

(i) Presunta vulneración del plazo razonable en la constitución de los resguardos de las

comunidades de Arroyo Guerrero

Afirman que el 21 de octubre de 1996, los señores Caisar Sijono e Isabel Bonivento (miembros de las comunidades accionantes), elevaron solicitud al Incora (hoy Agencia Nacional de Tierras), para que la comunidad indígena Wayuú habitante en el área de “El Arroyo”, ubicado en el margen izquierdo de la vía que de Riohacha conduce a Camarones, fuese reconocida como resguardo indígena. Aseveran que a la fecha dicho trámite no ha sido adelantado, lo cual ha generado que su territorio ancestral sea ocupado ilegalmente por particulares ajenos a su comunidad.

(ii) Presunta usurpación de los territorios ancestrales por parte de particulares.

Precisan que la familia Epieyu desde 1935 ejercía posesión y dominio sobre el territorio de Arroyo Guerrero a tal punto que “construyeron un cementerio según sus usos y costumbres para dar sepultura a sus muertos¹”, lo cual sería un hecho que objetivamente y más allá de toda consideración jurídica probaría la ocupación ancestral de dicho terreno, ya que “como es costumbre en el derecho Wayúu, la propiedad de la tierra se determina por los cementerios y por los jagüeyes. Existe un cementerio ancestral, con no menos de 20 sarcófagos que testimonian el antiguo asentamiento de esta comunidad en este sitio²”.

Exponen que su territorio ancestral ha sido sustraído mediante la utilización de procesos de adjudicación de baldíos y de prescripción adquisitiva del dominio.

En primer lugar, ponen de presente que el Ministerio del Interior mediante la Resolución 3476 de 1953, tituló parte de su territorio ancestral a un particular sin que este hiciera explotación económica del mismo³. Así mismo, aseveran que mediante diversas acciones de prescripción adquisitiva del dominio que datan del año 1954 se han usurpado al Estado cientos de hectáreas baldías, las cuales por ocupación ancestral pertenecen a la comunidad accionante.

Refieren los accionantes que el 3 de febrero de 2005, el señor Aníbal Epiayu solicitó al Incoder la adjudicación de un predio baldío denominado Cachaca Mejía. Tras adelantar las actuaciones pertinentes, el instituto aceptó la oposición planteada por los señores Jesús Amilcar Iguarán Quintero, Eduardo Iguarán Mendoza, Fulgencio Quintero Ramírez y Luz Aurora Iguarán de Solano, al determinar que el fundo solicitado se superpone a las fincas

“Santa Lucía” y “La Esperanza” (adjudicados mediante sentencias de pertenencia), de propiedad privada, sin contar con información suficiente para establecer si se trata de un lote de terreno ubicado dentro del predio Laguna de los Remedios (adjudicado por el Ministerio del Interior mediante Resolución 3476 de 1953 a un particular).

Exponen que el 3 de enero de 2016 tuvieron conocimiento que mediante Resolución número 1743/29, emanada de la alcaldía de Riohacha, fue decretada la perturbación de la posesión en contra de las personas que inicialmente habían despojado a la comunidad de su territorio colectivo. Aseveran que este nuevo amparo prosperó ya que se demostró que los documentos con los cuales se adelantó el proceso de lanzamiento eran falsos. Así mismo, precisan que recientemente se tuvo conocimiento de que existía la Resolución 0051 de 2015 del Incoder, que con anterioridad al lanzamiento estableció que las personas que habían promovido el proceso policivo en contra de la comunidad no demostraron la existencia de propiedad privada; ello sumado a que “los títulos que esgrimen (los supuestos dueños) no tienen linderos claros, y a veces los hacen valederos para un sitio, y a veces para otro distinto, es decir, no saben dónde verdaderamente están ubicadas”.

Afirman que “el predio Santa Lucía vecinos de la comunidad de Santa Rosa, tienen el mismo código y ficha de identificación y se encuentran ubicados en kilómetros diferentes de la vía que de Riohacha conduce a Santa Marta⁴”. En igual medida, respecto a este predio y a otro denominado La Laguna de los Remedios afirmaron que “este aparece en el Agustín Codazzi con dos cédulas catastrales y dos ubicaciones distintas, utilizando la misma matrícula inmobiliaria y la misma escritura, en este caso van superponiendo sus predios con el beneplácito y la complicidad de autoridades y funcionarios públicos, entre las cuales está el Incoder, Instituto Geográfico Agustín Codazzi e incluso Jueces de la República⁵”.

(iii) Presunto desconocimiento del derecho a la consulta previa al momento de expedir la licencia ambiental de la planta de tratamiento de aguas residuales del municipio de Riohacha

Mediante Resolución No. 0051 de 2006, el Incoder adjudicó a la Alcaldía Municipal de Riohacha el predio denominado “Laguna de Oxidación”, tras desestimar la oposición formulada por algunos particulares.

Por Resolución No. 00049 de enero 13 de 2004, Corpoguajira otorgó licencia ambiental para

el proyecto construcción y operación del Sistema de Tratamiento de Aguas Residuales del Municipio de Riohacha, dejando constancia en ese documento del trámite de la consulta previa realizado con las comunidades indígenas afectadas directamente.

En el año 2006, la accionante y otros, obrando en representación de las comunidades Santa Rosa, Pazpilón e Irrachón, promovieron acción de tutela contra la Gobernación de la Guajira y otros, por no haber incluido a esa población en el trámite de la consulta previa para el otorgamiento de la referida licencia.

Relatan que instauraron acción de tutela a fin de obtener la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, empero el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, en fallo del 17 de octubre de 2006, negó el amparo pretendido al establecer que para cuando se llevó a cabo el procedimiento reclamado no se encontraban registradas las poblaciones aborígenes mencionadas, pues sus líderes formaban parte de otras agrupaciones que participaron en la consulta. La decisión fue conformada por la Sección Segunda, del Consejo de Estado⁶.

(iv) Presunta vulneración del derecho al debido proceso en el marco del proceso de lanzamiento sobre las tierras sobre las cuales se alega la existencia de posesión ancestral

Afirman los accionantes que las familias que han sido despojadoras de su territorio han adelantado diferentes acciones policivas para expulsarlos de sus territorios colectivos.

Exponen que el 11 de septiembre de 2014, el señor Ever David Quintana promovió querrela policiva ante la Alcaldía Municipal de Riohacha contra la comunidad indígena Santa Rosa por perturbación a la posesión, respecto del predio denominado “Laguna de los Remedios”, ubicado en el margen izquierdo, Km 5 de la carretera que de Riohacha conduce a Santa Marta.

El 23 de diciembre de 2014 se practicó, según los accionantes, la prueba ordenada, sin presencia de las autoridades indígenas, por haber sido citadas a audiencia de conciliación con el querellante, en la misma fecha. De acuerdo con la demanda de amparo, en aquella oportunidad se utilizó “maquinaria pesada para derrumbar los ranchos de las familias indígenas, para destruir sus muebles y enseres”.

Aseguran que en enero de 2015 los peritos que acompañaron la diligencia, presentaron informe donde conceptuaron que “existe perturbación a la posesión”. Exponen que dicha actuación fue irregular ya que conforme a la ley colombiana la querrela policiva por perturbación de la posesión debe formularse dentro de los 30 días siguientes, sin embargo, “la comunidad lleva en el predio 90 años o más. El querellante no tiene ninguna posesión en dicho predio⁷”. Sostienen, así mismo, que los peritos emplearon como principal argumento para declarar la inexistencia de la comunidad que una fotografía de Google Earth no evidenció ninguna construcción en años posteriores⁸.

Precisan que la Alcaldía Mayor de Riohacha el 13 de febrero de 2015, emitió la Resolución No. 0153 por medio de la cual concedió un amparo policivo en favor del señor Ever Quintana Rodríguez, ordenando cesar la perturbación que varios miembros Wayúu ejercían sobre su bien. En consecuencia, dispuso adelantar la respectiva diligencia de desalojo.

Los accionantes elevaron solicitud de nulidad respecto de las resoluciones proferidas por el ente territorial accionado en desarrollo del proceso policivo, aduciendo la carencia de competencia de la Alcaldía para conocer y fallar el asunto, la falta de apoderado judicial de la comunidad, la ausencia de notificación de la admisión del asunto y de la decisión de mérito proferida, y de traslado del peritazgo rendido como resultado de la inspección ocular al extremo demandado, aunado a la inexistencia de delimitación del terreno supuestamente perturbado.

El 26 de febrero de 2015, se intentó la diligencia de entrega por parte de la Alcaldía Municipal, con oposición de la comunidad indígena, por lo que, acorde con la demanda algunos de sus miembros, entre ellos, una mujer gestante, fueron agredidos físicamente por integrantes del ESMAD de la Policía Nacional.

El 2 de marzo del mismo año, el Ministerio del Interior solicitó a la Alcaldía Municipal de Riohacha “SUSPENDER cualquier tipo de diligencia administrativa y policial ordenada contra personas indeterminadas pertenecientes a la Comunidad Indígena Wayúu “Santa Rosa”; hasta tanto no se adelante una verificación de la situación del caso sub-judice.[El cual]deberá contar con su iniciativa y con la participación de las entidades del nivel Municipal y Departamental involucradas en el asunto, además de los órganos de control del nivel nacional, del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder-, Unidad de Restitución de

Tierras y de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior”.

El 10 de abril de 2015 la comunidad demandada, a través de sus autoridades tradicionales, instauraron acción de tutela contra el querellante Ever Quintana Rodríguez y la Alcaldía Municipal de Riohacha, por considerar vulnerados los derechos fundamentales con el procedimiento policivo adelantado, concretamente, la orden de amparo y consecuente desalojo. No se tiene conocimiento de lo fallado en dicha oportunidad.

Afirman los actores que el 15 de ese mes y año, mientras estaba en curso la solicitud de amparo constitucional, se adelantó la diligencia de desalojo, con apoyo del ESMAD de la Policía Nacional y “terceros interesados en desalojar también a los indígenas (...) como el Sr. Fulgencio Quintero, de quien la resolución 051 del 17 de marzo de 2006 – folio 3 – dice que “NO SE ACREDITÓ POR NINGÚN MEDIO PROBATORIO EL DERECHO DE PROPIEDAD EN CABEZA [SUYA]. Dicha persona se presenta con otras gentes armadas quienes curso se suman al saqueo y el pillaje en contra de la comunidad y la desposeen de sus territorios ancestrales”.

(v) Existencia de condiciones que pueden llevar a la desaparición de la etnia.

Afirman los accionantes que como resultado del proceso de lanzamiento, la comunidad indígena fue reducida de un terreno de 65 hectáreas a solo 5 de ellas.

Específicamente la tutela pone de presente que la inacción y la ineficacia institucional han puesto en peligro la vida de niños y niñas de la comunidad, a tal punto que varios de ellos se encuentran en estado de desnutrición. Específicamente sostienen que una menor de la comunidad llamada Diana Vanessa Mengual Bonivento fue diagnosticada con “desnutrición global severa”.

(vi) Presuntas amenazas al derecho a la vida y seguridad personal de varios de los miembros de las comunidades accionantes

Exponen que a lo largo del proceso de defensa de su territorio sus líderes han sido amenazados por encapuchados armados que han irrumpido a sus territorios. Aseguran que a la fecha continúan siendo objeto de incursiones armadas por personas que pretenden desterrarlos completamente de ese lugar.

(vii) Omisión de protección por parte de distintos organismos de control

Informan que el 20 enero de 2015, la comunidad solicitó a la Defensoría del Pueblo – Regional Guajira, proteger sus derechos al territorio ancestral. Posteriormente, el 9 de febrero siguiente, presentaron petición en el mismo sentido a la Dirección de Asuntos Indígenas Rom y Minorías del Ministerio del Interior.

Aseveran que el 24 de abril de 2015, fue formulada queja disciplinaria contra el personero municipal ante la Procuraduría General de la Nación, por considerar que incurrió en prevaricato por acción y omisión, abuso del derecho y extralimitación de poderes al levantar acta de incumplimiento contra la población accionante, y “por negarse a recibir un dinero a cambio de no instaurar acción legal, judicial, administrativa, penal”⁹

Los demandantes, ponen de presente que han elevado diversas solicitudes, quejas y denuncias ante las autoridades estatales accionadas con miras a lograr la protección de los derechos que estiman vulnerados; aseguran, que a la fecha no han obtenido solución a la problemática planteada, circunstancias que los lleva a presentar la presente acción de tutela con miras a que se den respuestas integrales, definitivas y eficaces frente a los pedimentos y necesidades, pues sienten que sus garantías como población minoritaria de especial protección por su alto grado de vulnerabilidad no han sido respetadas.

Teniendo en cuenta lo anterior los accionantes solicitan al juez de tutela amparar los derechos constitucionales fundamentales invocados y en consecuencia ordene:

(i) A las Secretarías de Gobierno y de Asuntos Indígenas del Municipio de Riohacha y de la Gobernación de La Guajira, así como a la Agencia Nacional de Tierras y a la Superintendencia de Notariado y Registro “adelantar el proceso administrativo de reconocimiento legal de las tierras ancestrales en especial de aquellas que la comunidad de Santa Rosa ocupaba antes del 15 de abril de 2015, así como el reconocimiento legal de su capacidad colectiva. (...) realizar el estudio de titularidad de los presuntos títulos de propiedad que presentan los pretendidos dueños del territorio ancestral y que aportaron al proceso policivo de “perturbación de la propiedad” en contra de la comunidad”.

(ii) Se invalide la actuación administrativa adelantada por la Alcaldía de Riohacha a partir de la Resolución No. 153 de 2015 , inclusive y, en su lugar, se ordene al Ministerio del Interior- Direcciones de Consulta Previa y Asuntos Indígenas, a la Agencia Nacional de Tierras y al ente territorial acusado, llevar a cabo la consulta previa.

(iii) Al Instituto Nacional de Medicina Legal realizar “pruebas técnicas (...) en los restos humanos pertenecientes a los cementerios indígenas de Santa Rosa, para corroborar la vinculación ancestral de los actuales habitantes de la comunidad (...) con sus ancestros”.

(iv) A la Defensoría del Pueblo-Regional Guajira, brindarles “el acompañamiento técnico jurídico necesario para iniciar y llevar a término los procesos de reivindicación y restitución efectiva del territorio indígena, la titulación colectiva del territorio ancestral, la reparación integral de las comunidades de Arroyo Guerrero y Santa Rosa (...) la seguridad efectiva frente a reclamos de terceros” y designarles representación judicial idónea en los procesos en que sean demandados.

(v) A la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, prestar el acompañamiento necesario para el “diseño de su plan de vida que incluya entre otros el derecho a su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente, (...) protección especial, (...) deber general de garantía estatal y el deber de desarrollo progresivo respecto a la salud, (...) a un medio ambiente sano, a la alimentación, educación y beneficios de la cultura”.

(vi) A la Gobernación de la Guajira, convocar a la Agencia Nacional de Tierras, al Ministerio del Interior – Subdirección de Etnias y a la Alcaldía de Riohacha con el fin de definir propuestas viables para que la comunidad pueda “ubicarse y estabilizarse definitivamente, en su territorio de manera que su cultura y sus integrantes queden debidamente protegidos”.

(vii) A la Unidad de Víctimas, que “adelante la inscripción en el RUPD de los miembros de la comunidad indígena de Santa Rosa y el Arroyo (...) para que reciban ayuda humanitaria de emergencia... y en asocio con la Secretaría de Salud Departamental, diseñar (...) un plan de atención a la integridad psicológica y social comunitaria” para los afectados.

(viii) A Corpoguajira, a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y a la Alcaldía de Riohacha, convocar y llevar a cabo consulta previa en un plazo máximo de 15 días, respecto del proyecto “laguna de Oxidación” y a la última, abstenerse de adelantar cualquier actuación en sus territorios sin la aplicación del referido mecanismo de participación.

(ix) A la Unidad Nacional de Protección del Ministerio del Interior, “realizar los estudios de riesgo de los líderes de la comunidad (...) y la toma de medidas provisionales de protección (...) a fin de precaver riesgos contra la vida y salvaguardar sus derechos a la integridad física”. De manera provisional, solicitan que se ordene a la Alcaldía de Riohacha adoptar medidas provisionales de protección.

(x) A la Procuraduría General de la Nación – Delegada para Grupos Étnicos y a la Justicia Penal Militar, adelantar la investigación disciplinaria de rigor para sancionar a los funcionarios de la administración municipal y de la fuerza pública (ESMAD), por el procedimiento utilizado para el desalojo cuestionado.

(xi) Por último, exigen que se condene en abstracto a la Alcaldía de Riohacha y a la Policía Nacional (ESMAD), al pago del daño emergente ocasionado a las familias desalojadas y remitir las diligencias a la justicia administrativa para que de curso al correspondiente trámite.

2. Actuaciones del juez de primera instancia¹⁰

Mediante auto de fecha 23 de septiembre de 2016 la Sala de Decisión Civil-Familia y Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, decidió: (i) admitir la tutela, (ii) notificar de la misma al Ministerio del Interior, Ministerio de Defensa-Escuadrón Móvil Antidisturbios, Agencia Nacional de Tierras, Distrito Cultural de Riohacha y la Personería del mismo municipio y (iii) vincular a la Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Ministerio del Interior, Unidad Nacional de Protección, Superintendente de Notariado y Registro, Gobernación de la Guajira, Director Seccional de Fiscalía de la Guajira, Director de Corpoguajira y Director del ICBF para que se pronunciaran sobre la solicitud de amparo.

Mediante auto del 19 de diciembre de 2016, se ordenó la vinculación de Ever Quintana Rodríguez, la Inspección de Policía de Riohacha, la Unidad de Restitución de Tierras, el Juzgado 2º Penal Municipal de Riohacha, la Notaría 1ª de Riohacha, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Presidencia de la República, el Ministerio de la Protección Social, el Ejército Nacional y la Policía Nacional.

Finalmente, mediante auto de fecha 7 de febrero de 2017, el Tribunal Judicial de Riohacha ordenó vincular a terceros indeterminados de conformidad a lo consagrado en el artículo 138

del Código General del Proceso.

3. Respuestas de las entidades y personas accionadas.

3.1. Procuraduría General de la Nación

El Procurador 12 Judicial Ambiental y Agrario de la Guajira señaló que sus actuaciones no vulneraron los derechos invocados por los accionantes. Sin embargo, precisó que ante la gravedad de las denuncias presentadas en la tutela debería solicitar a la Unidad Nacional de Protección que evaluaran las condiciones de seguridad de los líderes de la comunidad accionante; así mismo, solicita que se ordene al Comandante de las Unidades Militares acantonadas en el Distrito de Riohacha “Batallón de infantería Mecanizado No 6” que disponga los operativos necesarios con el personal a su cargo, para que brinden seguridad a los demandantes y a los integrantes de sus comunidades.

En lo que respecta al supuesto deber de garantizar el derecho a la consulta previa al momento de haber proferido la Alcaldía de Riohacha la Resolución No. 0153 de 2015 , por medio de la cual concedió el amparo policivo invocado y ordenó cesar la perturbación, expuso que esta era innecesaria por dos razones a saber: (i) en primer lugar es claro que dicha potestad es una respuesta institucional destinada a salvaguardar el derecho a la propiedad que se ha visto perturbada por la acción arbitraria e ilegal de un tercero y, en esa medida, no es posible consultarle a dicho tercero si desea o no retirarse pues esto desdibujaría la figura a tal punto de hacerla inoperante y (ii) en estricto sentido los procesos policivos de amparo a la posesión no discuten la propiedad ni titularidad de derechos sobre el bien objeto de solicitud y, por tanto, no es necesario realizar el proceso de consulta previa.

Sin embargo, precisó que aunque no es válido agotar el requisito de consulta previa al momento de realizar un proceso de lanzamiento, “otra cosa muy diferente es que, las autoridades que hayan otorgado el título, en ejercicio de sus competencias, no hayan observado el debido proceso y dentro de él, si era viable la consulta previa, pues la decisión de adjudicación si afectaría derechos ancestrales de comunidades indígenas¹¹”.

Teniendo en cuenta lo anterior advirtió que es necesario que se protejas los derechos de las comunidades accionantes, ya que en “el proyecto de las Lagunas de Oxidación no se ha realizado el proceso de consulta previa, cuyo requisito se considera importante, pues se trata

de la construcción de un sistema de tratamiento de aguas residuales que en virtud de lo dispuesto por el artículo 9º numeral 14 del Decreto 2041 de 2014, la ejecución de dicho proyecto requiere de licencia ambiental previa, dentro de cuyo trámite está prevista la consulta previa”.

3.2. Fiscalía General de la Nación.

La Directora de Fiscalías Seccional Guajira en escrito contentivo de (2) folios puso de presente que ha adelantado las correspondientes tareas de investigación respecto a cada una de las denuncias que se han presentado en la comunidad Santa Rosa, ubicada en el kilómetro 5 vía Riohacha-Santa Marta¹².

3.3. Defensoría del Pueblo

Precisó que le corresponde al Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo monitorear y analizar permanentemente las situaciones de amenaza y vulnerabilidad que afectan a la población civil, para formular hipótesis de riesgo sobre la factible ocurrencia de violaciones masivas de derechos humanos y advertir sobre ellas anticipadamente a las autoridades, con el fin de que se active un dispositivo de respuesta integral del Estado que garantice la protección de los derechos humanos de la comunidad en riesgo, razón por la cual “antes de que fuese instaurada la acción de tutela de la referencia, ya la Defensoría Regional había prevenido a las comunidades administrativas y de policía sobre la problemática territorial presentada en la comunidad de Santa Rosa”.

La Defensoría anexó un escrito presentado por el señor Ronal Gómez García en calidad de Director de Seguridad y Convivencia Ciudadana dirigido a dicha entidad, documento que precisa que el referido funcionario acudió el mes de julio de 2016 en compañía de la inspectora de policía de ese municipio, la Doctora Milagro Puentes Vidas, a los predios de Santa Rosa o La Esperanza para atender una denuncia de la comunidad. Expuso que en dicha visita “las partes estaban muy alteradas y los indígenas amenazaron con flechas al señor Abraham Quintero y con quemar la maquinaria existente en el predio”.

3.4. Alcaldía de Riohacha.

Si bien la acción de tutela fue presentada en contra del señor Fabio Velásquez

Rivadeneira¹³, la contestó el jefe de la oficina jurídica del distrito turístico y cultural de Riohacha. Este precisó que el día 9 de noviembre de 2014 el señor Ever David Quintana Rodríguez¹⁴ acudió ante el inspector de policía de dicho municipio solicitando que se protegiera su derecho a la propiedad del terreno denominado “Laguna de los remedios”.

Expuso que al satisfacer todos los requisitos que la ley establece fue ordenado el respectivo proceso de lanzamiento. Aseveró que mientras se adelantaba la inspección ocular la líder de la comunidad accionante “agredió física y verbalmente a la Doctora Milagros Puente Vidal, empujándola, luego agredió al señor perito dañándole el medidor mecánico de rodachines, y a su vez incentivó a la comunidad al desorden, hasta tal punto de agredir a los policías y funcionarios que se encontraban en la diligencia con piedras, palos y machete”

Explicó que respecto de los bienes que los accionantes reclaman como propios y otros de mayor extensión han existido diferentes reclamantes que aseveran ser los dueños y poseedores. La entidad demandada anexó una sentencia de fecha 27 de abril de 2015 en la cual el Juzgado Segundo Penal Municipal de Riohacha negó la acción de tutela presentada por la señora Rosa Matilde Epieyú contra la alcaldía de Riohacha en contra de la Resolución 153 de 2015 por medio de la cual se concedió el amparo policivo del inmueble ubicado en el kilómetro 5 vía Riohacha.

3.5. Superintendencia de Notariado y Registro

La Superintendencia de Notariado y Registro informó que la solicitud de reconocimiento legal de las tierras ancestrales, elevada por las comunidades accionantes reposa en la actualidad en manos de la Superintendencia Delegada para la Protección Restitución y Formalización de Tierras y que lo pedido es una cuestión dispendiosa y compleja que implica la revisión de la documentación disponible. En memorial adicional, informó que tras el análisis correspondiente pudo determinar que el fundo es y ha sido de naturaleza privada, toda vez que fue adjudicado por el Ministerio de Agricultura a Clemente Iguarán Laborde mediante Resolución 3476 del 13 de diciembre de 1953.

3.6. Corporación Autónoma Regional de la Guajira – Corpoguajira

Afirmó que dicha entidad no ha violado derecho fundamental alguno, ya que la responsabilidad de identificar y certificar la presencia de comunidades étnicas en áreas de

influencia directa de proyectos sujetos a Licencia Ambiental, corresponde a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

En igual medida, explicó como fue el procedimiento que llevó a la expedición de la Resolución 049 de 2004 “Por la cual se otorga licencia ambiental para el proyecto construcción y operación del sistema de aguas residuales del municipio de Riohacha”¹⁵. En primer lugar, precisó que los trámites para la obtención de la licencia ambiental iniciaron en el año 1999 cuando fue presentado por el Gobernador del Departamento de la Guajira ante la Corporación Autónoma Regional de la Guajira los documentos necesarios para la aprobación de una licencia ambiental que permitiese la construcción de un sistema de aguas residuales para el municipio de Riohacha.

Específicamente precisó que: (i) el 7 de diciembre Corpoguajira avocó conocimiento de la solicitud de licenciamiento ambiental para la construcción de unos pozos de oxidación que operarían como planta de tratamiento; (ii) expuso que la construcción de la obra era una necesidad para la población del municipio ya que permitiría que las aguas a verter en el mar tuviesen previamente un adecuado tratamiento y purificación, superando así las serias consecuencias ambientales y sociales derivadas de la inexistencia de una planta de tratamiento; (iii) precisó que dicha obra se construiría al suroccidente del municipio de Riohacha en cercanías de Arroyo Guerrero, a aproximadamente 4km de la cabecera municipal; (iv) el 16 de mayo del año 2000 la CAR requirió el respectivo estudio de impacto ambiental; (v) el 27 de julio de 2001 fue presentado el referido documento por la Gobernación de la Guajira; (vi) el 27 de junio de 2002 fue proferido concepto jurídico por parte de Corpoguajira el cual determinó la viabilidad del estudio de impacto ambiental; (iv) mediante Resolución 1474 del 15 de julio de 2002 fue concedida licencia ambiental para la construcción y operación del sistema de tratamiento y disposición final de las aguas residuales del Municipio de Riohacha.

El citado acto administrativo expuso que fue adelantado el procedimiento de consulta previa con las comunidades de Campo Alegre, La Loma, El Arroyo, Los Olivos y Guayabito ya que se determinó que estas se encontraban ubicadas en el área de influencia directa de las obras, por el contrario las rancherías Jope, Guerrero, Cachaca I y II, Las delicias, Puerto Caracol, Juan de Aragón, Warinay, La Laguna, Corral viejo, Las Piedras, y Galilea no fueron consultadas ya que “no se encuentran en el área de influencia indirecta¹⁶” y, por consiguiente, no se

encontró constitucionalmente necesario adelantar la consulta con las mismas.

Afirmó la entidad demandada que contra la Resolución 1474 del 15 de julio de 2002 fue presentado recurso de apelación, el cual fue decidido por el Ministerio de Medio Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial por intermedio de la Resolución 0475 del 23 de abril de 2003. Expone que dicha cartera resolvió “retrotraer el procedimiento llevado a cabo para el otorgamiento de la licencia ambiental a partir de la etapa de consulta previa”. Ante esta decisión, mediante Auto número 148 del 10 de junio de 2003, se efectuó nuevamente convocatoria a la celebración de consulta previa con las comunidades indígenas que se encontraban en el área de influencia del proyecto de acuerdo con la delimitación realizada.

Informó que el 14 de julio se reunieron el Secretario General de Corpoguajira, un delegado de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia y un delegado del área de monitoreo y control ambiental de dicha CAR con líderes y autoridades tradicionales de las rancherías y/resguardos de El olivo, Guayabito, La Loma, El Arroyo y Mawwichon. Expuso que en dicha reunión “se acordó entre los mismos”¹⁷ compromisos relativos a: (i) ampliación del acueducto de las zonas de influencia de la zona de oxidación y (ii) dotación de agua potable para la comunidad.

Señaló que al haberse satisfecho adecuadamente los lineamientos establecidos por el Ministerio fue expedida la Resolución 049 de 2004, “Por la cual se otorga licencia ambiental para el proyecto construcción y operación del sistema de aguas residuales del municipio de Riohacha”.

3.7. Comandante del Departamento de Policía de la Guajira

El Coronel Tito Yesid Castellanos Tuay precisó que el ESMAD no vulneró los derechos de los accionantes ya que la competencia de la Policía Nacional dentro de una querrella de lanzamiento por ocupación de hecho se limitó única y exclusivamente al servicio de apoyo y acompañamiento requerido por el funcionario competente del conocimiento de la acción posesoria.

3.8. Ministerio del Interior

Expuso que una vez tuvo conocimiento del asunto por parte de la comunidad accionante

solicitó mediante oficio del 02 de marzo de 2016 la suspensión de “cualquier tipo de diligencia administrativa y policial ordenada contra personas indeterminadas pertenecientes a la comunidad indígena Wayúu Santa Rosa hasta tanto no se adelante una verificación de la situación”. Afirmó que en virtud de las funciones de acompañamiento y mediación que adelanta dicho ente ministerial tuvo conocimiento del acuerdo de pago entre las partes para “ceder un espacio de tierra y cancelar una suma de dinero”¹⁸.

Informó el Ministerio del Interior, que fue notificado de la salida negociada respecto de la controversia territorial tal y como lo demuestra el acta elevada en el marco del proceso adelantado en contra del señor Ever Quintana y la autoridad de la comunidad indígena Wayúu de Santa Rosa. Sin embargo, expuso que en diferentes espacios la comunidad indígena manifestó desconocer por completo el acuerdo previo y, por ende, “la autoridad Rosa Matilde Epiayu actuó sin conocimiento plena de las circunstancias y sin la asistencia debida de la comunidad Wayúu de Santa Rosa”.

3.9. Gobernación del Departamento de la Guajira

Adujo haber cumplido su función de proteger los derechos de las comunidades indígenas asentadas en su territorio. Como soporte de tal postura allegó fotocopia de las actuaciones administrativas adelantadas en orden a restablecer la convivencia en las poblaciones reclamantes.

3.10. Notaría Primera de Riohacha

Expuso que sus actuaciones no vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes. Afirmó que conforme lo establece el artículo 53 del Decreto 2148 de 1983 “el archivo notarial puede ser consultado por toda persona”, así mismo, expuso que no se ha vulnerado el derecho de petición ya que solamente se observa que los accionantes elevaron “una preocupación por cuanto la escritura No. 235 de julio de 1958, de la notaria única, hoy primera de Riohacha inscrita en la oficina de instrumentos públicos no aparezca en los archivos de esa notaria, preocupación que compartimos pero en la respuesta que se le dio se le manifestó que puede existir la posibilidad de un error en cuanto a la fecha o número de escritura cuando se realizó la inscripción”.

3.11. Ministerio de Salud

Manifestó que conforme a los hechos narrados en la demanda carece de legitimación en la causa para ser convocado a este trámite constitucional.

3.12. Juzgado 2º Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Riohacha

Expuso que la decisión adversa adoptada el 27 de abril de 2015 en la acción de tutela instaurada por los aquí reclamantes, para cuestionar el proceso policivo adelantado por Ever Quintana Rodríguez ante la Alcaldía Municipal y remitió copia de esa providencia, así como de la confirmación emitida por su superior funcional, con fundamento en la existencia de un mecanismo legal idóneo para reclamar la protección, como lo es la demanda de prescripción adquisitiva de dominio ante la justicia civil ordinaria y el medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho ante los jueces administrativos.

3.13. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Puntualizó que a la fecha no ha recibido solicitud de ninguna autoridad judicial o administrativa, tendiente a realizar la identificación de cadáveres pretendida por los libelistas, razón por la cual no ha dispuesto gestiones en tal sentido. Así mismo expuso que: “el Instituto no interviene en la diligencia de exhumación propiamente dicha, solo lo hace en la identificación del cadáver”.

3.14. Presidencia de la República

Aseguró que la problemática que se presenta con la comunidad Wayúu es de suma importancia para la entidad y, por ende, ha dispuesto lo necesario para intervenir en todas las acciones de tutela instauradas por sus autoridades con diferentes finalidades. No obstante, adujo que no es competente para ofrecer solución a la controversia planteada por lo que solicitó ser desvinculada de la queja.

3.15. Unidad de Restitución de Tierras

Manifestó que no ha recibido petición encaminada a lograr la restitución de derechos territoriales indígenas por parte de las comunidades Wayúu de Santa Rosa y Arroyo Guerrero, como tampoco traslado formal por parte de la Defensoría del Pueblo y/o Centros Regionales de Atención de Víctimas que evidenciara abandono o despojo forzado de ese tipo de predios; sin embargo, reparó en que la situación de desalojo denunciada fue como consecuencia de

una orden administrativa de la Inspección de Policía de Riohacha y, en ese contexto, no sería de su resorte intervenir.

3.16. Sonia Linero de Angulo (Copropietaria del predio denominado Santa Lucía)

Intervino para precisar el historial de propietarios de ese fundo y de los conocidos como “La Esperanza”, “Riomar” y “La Laguna de los Remedios”, todos ellos, afirmó, de naturaleza privada. En lo relacionado con la consulta previa para la concesión de la licencia ambiental del proyecto de tratamiento de aguas residuales de la laguna de oxidación, puso de presente que en sede constitucional se negó el amparo pretendido porque para cuando se llevó a cabo ese procedimiento (octubre de 2006) la comunidad Santa Rosa no existía. De otro lado, adujo que mediante auto de septiembre 3 de 2015, el Incoder negó a Aníbal Epiayu la adjudicación de los predios La Esperanza, Santa Lucía, Riomar, La Laguna de los Remedios, por ser de propiedad privada. Con fundamento en ello, se opuso a la prosperidad del amparo solicitado.

3.17. Fulgencio Quintero Ramírez

Se opuso a la concesión de la protección invocada respecto de su predio -La Esperanza- dice, invadido por integrantes de la etnia Wayúu desde el año 2016.

3.18. Jesús Amilcar Iguarán (Copropietario del predio Riomar)

Destacó que para el licenciamiento del proyecto de la laguna de oxidación sí se llevó a cabo consulta previa y así quedó establecido en el expediente de tutela No. 44001-23-31-002-2006-00857-00 que conoció en primera instancia el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira y, en segundo grado, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, además adujo que la consulta no era necesaria para el trámite policivo adelantado contra las comunidades tutelantes asentadas en territorios privados.

3.19. Agencia Nacional de Tierras

Puntualizó la fecha de reconocimiento del Resguardo Indígena Wayúu, así como su área de asentamiento y concluyó que ninguna de las solicitudes de la demanda de amparo tiene origen en actuaciones atribuibles a esa autoridad, por lo que solicitó no emitir orden alguna

contra esa entidad.

3.20. El curador ad litem designado

Manifestó atenerse a lo demostrado en el trámite constitucional.

3.21. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

Alegó carecer de legitimidad para intervenir.

3.22. Unidad Nacional de Protección

Solicitó ser desvinculada del presente trámite de tutela, toda vez que su actuación no ha generado la vulneración de derecho alguno.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión

4.1.1. En sentencia de 22 de febrero de 2017, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Riohacha consideró que la tutela no debía analizar la problemática descrita en relación con la existencia de supuestos menores en estado de desnutrición al igual que la relativa a la exhumación de un cementerio Wayúu, por cuanto: “la exhumación de sus ancestros y derechos de los menores, específicamente de Diana Vanessa Mengual Bonivento es una coyuntura y pretensión que escapa a la problemática central, aunque nada obsta para que las personas interesadas formalicen la solicitud a Medicina Legal. Por otra parte según acta de reunión o comité No 009 (visible a folios 354 a 357) se observan que existen verificaciones nutricionales en la comunidad de Santa Rosa, concluyendo que los menores tienen garantizados los derechos a la identidad, salud, educación, y vivienda digna conforme a su entorno cultural y alimentario, luego si en el caso particular de aquella menor hay déficit de atención debe intentarse su protección de manera individual¹⁹”.

Ahora bien, aunque la tutela consideró que no era procedente analizar la vulneración de los derechos a la salud ni la petición relativa a la identificación del cementerio Wayúu en el lote objeto de disputa, concedió la protección de los otros derechos invocados. En este sentido, ordenó “al Ministerio del Interior en sus Direcciones de Consulta Previa y Asuntos Indígenas,

Rom y Minorías, que impulse acciones efectivas tendientes a que ningún proyecto que afecte los territorios ancestrales que aún conserva la etnia wayúu de Santa Rosa y Arroyo Guerrero se realice sin mediar el mecanismo consultivo”.

Así mismo, exhortó a la “Superintendencia Delegada para la Protección, Restitución y Formalización de Tierras, para que si todavía no lo ha hecho que, proceda a emitir respuesta material e inmediata, acorde a la petición redireccionada por Superintendencia de Notariado y Registro, quedando compelida a acreditar el cumplimiento en término no superior a quince (15) días”.

Igualmente instó a Corpoguajira a no expedir licencias sin el mecanismo consultivo previo; conminó a la Procuraduría General de la Nación a intervenir en la problemática planteada en el asunto y a la Secretaría Departamental de Asuntos Indígenas para que asumiera con diligencia el asesoramiento y acompañamiento permanente a las comunidades accionantes, los cuales dispuso que continuaran por parte de la Defensoría Regional del Pueblo.

1. Impugnación

La Procuraduría General de la Nación impugnó el fallo para que fuera adicionado en cuanto al pronunciamiento deprecado frente a la adjudicación de la “Laguna de Oxidación” sin agotar el mecanismo de la consulta previa, toda vez que frente a este tópico no hubo decisión. De otro lado, estimó paradójica la providencia en lo relacionado con el despojo de tierras, por desestimar las pretensiones pero, “amparar el derecho a la inmunidad del territorio ancestral”, por lo cual solicitó claridad al respecto.

Por su parte, las autoridades indígenas accionantes demandaron un pronunciamiento de fondo frente a todas sus súplicas e insistieron en que se aplique el precedente jurisprudencial sobre la materia, en atención al derecho fundamental a la igualdad.

A su turno, Sonia Linero de Angulo, solicitó revocar integralmente la sentencia, para que en su lugar se denegara la protección constitucional invocada, basada en argumentos similares.

1. Segunda instancia

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante providencia del 24 de abril de 2017 confirmó la decisión del a quo y además adicionó las siguientes órdenes:

“SEGUNDO: ORDENAR a la Agencia Nacional de Tierras que en un término máximo de cinco (5) días hábiles, inicie el proceso tendiente a contestar la solicitud de reconocimiento como resguardo de la tutelante, elevada desde el pasado 21 de octubre de 1996. Dentro del mismo término, deberá gestionar lo necesario para clarificar, en los términos dispuestos por la Corte Constitucional en sentencia T-488 de 2014, los títulos de propiedad de los predios Santa Lucía y la Esperanza, adjudicados a particulares mediante procesos de pertenencia agraria, habitados por la población indígena antes del 15 de abril de 2015, fecha en que se hizo efectivo el desalojo. Estos procedimientos no podrán exceder de un término máximo de cuatro (4) meses, contados a partir de la notificación de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la Dirección de la Policía Nacional que en el término máximo de cinco días hábiles, contados a partir de la notificación de esta sentencia, disponga lo necesario para abrir investigación disciplinaria, con miras a determinar si el Escuadrón Móvil Antidisturbios que intervino en la diligencia de entrega del predio Laguna de los Remedios, en la querella policiva formulada por Ever Quintana Rodríguez, incurrió en alguna falta de aquellas denunciadas por los desalojados y adopte las decisiones a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a la Unidad Nacional de Protección y a la Fiscalía General de la Nación, que de acuerdo a sus competencias y facultades, realicen mancomunadamente un estudio de seguridad a los líderes y lideresas de la comunidad Santa Rosa y Arroyo Guerrero, a fin de determinar el riesgo en que se encuentren y la necesidad de prodigarles protección diferenciada para su vida e integridad personal.

QUINTO: ORDENAR a la Policía Nacional que adopte las medidas necesarias para garantizar la seguridad y el orden público, así como impedir la incursión de personas armadas en los asentamientos donde habitan en la actualidad los integrantes de las Comunidades tutelantes.

SEXTO: REVOCAR la orden de amparo contra la Superintendencia de Notariado y Registro, por haberse acreditado la respuesta de la solicitud elevada por la tutelante”.

1. Actuaciones en sede de revisión constitucional

Vincular al trámite de tutela al Instituto Colombiano de Antropología e Historia y al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, para que ejerciera sus derechos en el trámite de la referencia.

Así mismo ordenó a diversas entidades vinculadas al trámite tutelar que allegaran una serie de pruebas indispensables para poder resolver al sub examine. Específicamente solicitó a:

(i) la Agencia Nacional de Tierras que allegara copia de las actuaciones que ha adelantado para determinar la viabilidad de constituir el resguardo solicitado. Así como las acciones adelantadas para lograr la clarificación de los títulos de propiedad de los predios en disputa.

(ii) la Unidad Nacional de Protección y la Fiscalía General de la Nación, que presentaran por separado un informe de las conclusiones a las cuales se llegó después de realizar los estudios de seguridad ordenados en favor de los líderes de la comunidad Santa Rosa y Arroyo Guerrero.

(iii) la Corporación Autónoma Regional de la Guajira – Corpoguajira, que remitiera copia de las actas documentos y compromisos en los cuales se soportó la consulta previa realizada con el objeto de la expedición de la licencia ambiental del proyecto denominado “Laguna de oxidación” (Resolución No. 0051 de 2006). Así mismo, se ordenó allegar el plan de manejo arqueológico presentado para la expedición de la licencia.

(iv) la Alcaldía de Riohacha y a la Inspección de Policía de Riohacha que remitieran los soportes, pruebas, videos, y fotografías que fueron presentados por los peritos, partes y/o auxiliares de la justicia que sirvieron de soporte para la expedición de la Resolución No. 0153 de 2015.

5.2. Dentro del término establecido fueron allegadas las siguientes pruebas:

-Respuesta Instituto Colombiano de Antropología e Historia

Precisó que en el caso sub examine “sería fácil corroborar la cronología de la ocupación del predio con la presencia de un cementerio propio realizando pruebas de Carbono 14 en las

tumbas que la comunidad indique son las más antiguas”. Este procedimiento se realiza enviando una muestra del carbón recolectado durante la excavación de una tumba o con una muestra de hueso humano recolectado de la misma.

Así mismo precisó que dado que los indígenas Wayúu que reclaman este territorio son descendientes de los primeros individuos que llegaron a él y que supuestamente los muertos que se han enterrado durante varias generaciones en este cementerio son familia, “sería posible realizar pruebas genéticas de ADN para corroborar que las tumbas efectivamente corresponden a individuos de la etnia Wayúu y que son sus ancestros directos”.

Finalmente precisó que de encontrarse dentro del terreno en cuestión urnas funerarias sería fácilmente identificable determinar si se ha ejercido posesión ancestral sobre el territorio en disputa.

– Respuesta Instituto Geográfico Agustín Codazzi

Afirmó que si bien en el caso de la “Laguna de los Remedios” y el “Lote Santa Lucía” se han presentado cancelaciones, procesos de depuraciones catastrales y rectificaciones de área, ello ha obedecido a mandatos judiciales y, por tanto, el actuar del instituto conforme lo establece la Resolución No. 070 de 2011 del IGAC en el artículo 4220 no ha generado afectaciones al dominio ni a la propiedad de las personas que demuestren ser los legítimos dueños de los terrenos en cuestión.

Específicamente el escrito precisó que el predio denominado Laguna de los Remedios inicialmente figuraba inscrito con el numero catastral 00030001-1189000 y matrícula inmobiliaria No 210-13446, pero éste fue cancelado por medio de la Resolución No 2880 de fecha 23 de diciembre de 2015 la cual obedeció a un mandato judicial. Además, informó que el predio denominado “Santa Lucía” inicialmente figuraba inscrito con el número catastral 00030001-03050000 y certificado de libertad No 210-13602 pero este fue cancelado por medio de la Resolución No 44-001-00141996-2016 de fecha 26 de septiembre de 2016 a raíz de un proceso de depuración catastral que realizó la Entidad por estar doblemente inscrito. Actualmente el predio “Santa Lucía” se le realizó una rectificación del área por medio de la Resolución No 44-001-2889-2015.

– Respuesta de la Fiscalía General de la Nación

Precisó que le fue imposible realizar las valoraciones de seguridad ordenadas por la Corte Suprema de Justicia ya que en el caso del señor Gonzalo Sánchez Bonivento “no le asistió disposición de rendir entrevista para efectos del estudio técnico de evaluación de amenaza y riesgo, decisión que se hizo extensiva a su núcleo familiar”. Así mismo, precisó que en el caso de la señora Rosa Matilde Epiayu “no ha sido posible establecer el contacto con la candidata en el resguardo indígena al que pertenece”.

- Respuesta de la Unidad Nacional de Protección

Expuso que el día 7 de julio el grupo de solicitudes de protección remitió comunicación al correo de la vocera de la comunidad indígena Santa Rosa y Arroyo Guerrero, e igualmente a la dirección aportada, informándole de la necesidad de que fueran allegados los documentos mínimos necesarios para iniciar el estudio de seguridad requerido por la Corte Suprema de Justicia²¹.

Por lo expuesto solicita a esta Corporación que conmine a la señora Leonora Viloria (vocera elegida para representar a las comunidades de Santa Rosa y Arroyo Guerrero) para que allegue los documentos exigidos para iniciar la valoración del nivel del riesgo ordenado en los términos de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia.

-Respuesta de la Agencia Nacional de Tierras

Informó que con fecha 18 de julio de 2017, se avocó conocimiento del proceso de constitución del resguardo indígena Santa Rosa y Arroyo Guerrero en el municipio de Riohacha, Guajira. Así mismo, expuso que el 27 de julio de 2017 “se reunió en el comando de la policía de Riohacha, con los presuntos propietarios de los predios involucrados en el fallo de tutela. En dicha reunión, nos enteramos que no solo los predios Santa Lucía y la Esperanza los que se pretenden, sino que abarca otros predios, entre los cuales se mencionan Riomar, Rivalpe, la Laguna de los Remedios y adicional a lo anterior nos encontramos que el predio Santa Lucía cuenta con dos matrículas inmobiliarias”.

Adujo que los presuntos propietarios de los predios mencionados allegaron documentación para efectuar los estudios de títulos respectivos y en dicho estudio de títulos se observó que en total son 15 predios, los que están involucrados en la clarificación.

- Respuesta de la Alcaldía de Riohacha

Mediante escrito contentivo de 3 folios fue allegado informe de visita realizado al lote La Laguna de los Remedios, este afirma que “al momento de la visita de los peritos al lugar de ubicación del inmueble, se observó una construcción de un piso, estilo tradicional en todas y cada una de sus dependencias , con paredes de barro y/o bahareque, sin pañetes, los pisos en terreno natural sin ventanas, cubierta en la mina de zinc, puerta de acceso en madera tipo tablero, sin puestas en el interior, sin baño, el inmueble”. En una página fue allegada una foto borrosa titulada “vista del estado actual y la casa de Bahareque al fondo”

Esta fue la única prueba obrante en el expediente que soporta el proceso de lanzamiento y permite evidenciar la supuesta invasión del terreno.

- Escrito allegado por los señores Gonzalo Sánchez Bonivento, Rosa Matilde Epiayu y Leonor María González.

Los accionantes reiteraron gran parte de las denuncias expuestas en el escrito de tutela. Igualmente afirmaron que según se conoce en todo el municipio “lo que se está cocinando es que el Estado le compre a los supuestos propietarios las tierras para dárselas a las comunidades indígenas donde todos ganan, nosotros los indígenas nuestras propias tierras compradas a terceros luego de robarlas en procesos de pertenencia viciados de nulidad, los supuestos dueños de nuestras tierras recibirían dinero en complicidad de algunos funcionarios públicos en un claro acto de corrupción para sustraer dinero público en detrimento del erario estatal a favor de terceros”.

Finalmente, expuso que “es evidente el interés de la alcaldía por desalojarnos ya que el señor Ever Quintana era concejal en la época de los hechos y luego de que el vendiera la tierra paso a varios dueños una de ellas la señora María Ceballos, hermana del anterior alcalde Rafael Ceballos”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y los artículos 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución.

Los señores Gonzalo Sánchez Bonivento y Rosa Matilde Epiayu en representación de los Resguardos Indígenas de Santa Rosa y Arroyo Guerrero, respectivamente, presentaron acción de tutela solicitando que fuesen protegidos los derechos fundamentales a la consulta previa, petición e inmunidad del territorio ancestral, los cuales presuntamente estaban siendo vulnerados por diversas entidades estatales (17 en total), que por acción u omisión contribuían a la desaparición del territorio como al asesinato y desplazamiento de sus miembros.

Tanto la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Riohacha como la Corte Suprema de justicia Sala de Casación Civil concedieron parcialmente la protección de los derechos invocados por los accionantes y, en consecuencia, dispusieron una serie de órdenes destinadas a superar la afectación de derechos.

A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, de las decisiones adoptadas en las respectivas instancias judiciales y conforme al material probatorio que consta con la presente actuación, le corresponde a la Corte determinar, en primer lugar, el alcance de las órdenes proferidas, la pertinencia y la coherencia con el precedente constitucional y, en caso, de llegar a encontrar que se adecuan a los lineamientos proferidos por este Tribunal, se limitará a confirmarlos.

En igual medida, deberá determinar si la decisión proferida por la autoridad judicial de segunda instancia se pronunció sobre la totalidad del conflicto puesto a consideración (7 problemas), pues a partir de lo resuelto en dicha instancia se proferieron una serie de órdenes a la Superintendencia Delegada para la Protección, Restitución y Formalización de Tierras, a Corpoguaajira, a la Agencia Nacional de Tierras, a la Unidad Nacional de Protección, a la Policía Nacional y a la Fiscalía General de la Nación.

De esta manera, en caso de que dicha decisión haya abordado la totalidad de la situación planteada y agotado el objeto de la controversia, la Sala podría limitarse a confirmar el fallo

de segunda instancia. Lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991²², en el que se señala que las decisiones de revisión que no modifiquen o revoquen las decisiones de instancia podrán ser brevemente justificadas.

Por el contrario, en segundo lugar, de no predicarse tal situación –es decir, siempre que la decisión de segunda instancia no haya agotado el conflicto en su totalidad–, la Sala deberá esclarecer si los derechos fundamentales invocados por las comunidades accionantes fueron trasgredidos, al no haberse adoptado una decisión integral que permitiese la resolución de la totalidad de la problemática dispuesta. En el evento de que se identifique que ciertos mandatos deben ser complementados o reestructurados en su alcance y sentido, esta Corporación proferirá las órdenes complementarias que considere necesarias.

Con fundamento en lo anterior, se procederá entonces al examen del primer problema jurídico planteado, relacionado –como ya se dijo– con el agotamiento analítico de la totalidad del conflicto sometido a decisión del juez de tutela, por parte de las autoridades judiciales de primera y de segunda instancia.

3. Cuestión previa: inexistencia del agotamiento del conflicto.

El inciso primero del artículo 86 de la Constitución Política establece, con diametral claridad, la necesidad de que exista una actuación o una omisión de cualquier autoridad pública o excepcionalmente de particulares, que tenga la entidad de vulnerar o amenazar un derecho fundamental, para que el asunto pueda ser resuelto por el juez de tutela. Esta situación constituye el núcleo u objeto de la controversia constitucional y sobre ella es que la autoridad judicial ejerce su competencia²³.

En el asunto bajo examen, es preciso recordar que se alegaron las diferentes vulneraciones a los derechos de las comunidades accionantes. Desde esta perspectiva, la ejecución del fallo en cuestión, le impone a esta Sala de Revisión la obligación de examinar si se presenta un agotamiento del conflicto, pues no cabe duda de que la intervención de las citadas autoridades estatales en la implementación de acciones destinadas a remediar la vulneración de los derechos de las comunidades del Arroyo, incide en la presente acción y en el asunto que habrá de abordar este Tribunal.

4. ¿Vulneración del plazo razonable en la constitución de los resguardos de las comunidades

del arroyo?

4.1. Precedente constitucional.

Este Tribunal en la sentencia T-009 de 2013 respecto a la importancia del territorio para los pueblos indígenas señaló que: “Para hablar sobre la propiedad colectiva es necesario tener en cuenta que los pueblos indígenas y tribales guardan una relación especial con la tierra, pues con frecuencia sus tradiciones y ritos se relacionan con la tierra por tener un carácter sagrado o un significado espiritual, y además de ella depende en gran parte su existencia física y como grupo diferenciado culturalmente. Al respecto, el Manual de aplicación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales²⁴ señala que el concepto de tierra “suele abarcar todo el territorio que utilizan, comprendidos bosques ríos montañas y mares, y tanto su superficie como el subsuelo. La tierra tiene importancia fundamental para la cultura y la vida de muchos de estos pueblos. Es la base de su subsistencia económica, de su bienestar espiritual y de su identidad cultural. Por tales motivos, la pérdida de tierras ancestrales amenaza su supervivencia misma en cuanto comunidad y como pueblo”.

Así mismo, en la sentencia T-379 de 2014 respecto a la correlación entre el derecho al territorio y la posibilidad de subsistencia de una comunidad indígena esta Corporación expuso:

“El derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre su territorio necesita de una protección especial, debido a la relación especial que aquellos tienen con el espacio físico que habitan; allí ejercen sus usos, costumbres, y sus actividades ancestrales y de supervivencia, generando un fuerte vínculo con su entorno. Para estos pueblos, la tierra está íntimamente ligada a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social y económico; no constituye un objeto de dominio sino un elemento del ecosistema con el que interactúan. De esa forma, la propiedad indígena colectiva no puede ser entendida como una propiedad privada desde la perspectiva meramente occidental, pues todo análisis sobre la materia merece tener en cuenta el especial carácter sensible y ancestral encarnado en el ejercicio de la propiedad colectiva por parte de los miembros de esas comunidades²⁵”.

Teniendo en cuenta la importancia que subyace del reconocimiento de los derechos derivados de la protección a los territorios indígenas, este Tribunal ha precisado que la

suspensión indefinida en la resolución de la viabilidad o no de constituir un resguardo es una omisión que atenta contra los derechos de las comunidades solicitantes. En esta medida, mediante la sentencia T- 009 de 2013 en un asunto en el cual una comunidad alegaba que existía un retardo injustificado por parte del INCODER al no haber respondido la solicitud de constitución que se había presentado hace más de una década, expuso lo siguiente:

“Con el retardo injustificado en el adelantamiento del proceso de la constitución del resguardo, se ha mantenido la vulneración constante de los derechos fundamentales al debido proceso y a la identidad cultural de la comunidad indígena Sikuaní Arizona Cupepe. Así, a pesar de que el proceso administrativo inició en el año de 1998, sólo hasta el 2007 se obtuvo una respuesta de la entidad demandada y ésta realizó una visita a la comunidad para la realización del estudio socioeconómico, no obstante, a la fecha de la interposición del amparo, no se ha emitido siquiera el mencionado estudio. Tal situación, conduce a considerar que el hecho que originó la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales del pueblo indígena, permanece en la actualidad y continúa generando perjuicios a la identidad cultural (...)

Igualmente, el retardo en el adelantamiento del proceso administrativo y de una solución a las pretensiones, ha mantenido en riesgo inminente a la comunidad indígena, lo que exige acudir a una vía sumaria acorde con la urgencia de sus derechos como población especialmente protegida (...) En este contexto, la Sala observa que el retardo en la constitución del resguardo ha agravado la situación de vulnerabilidad de la comunidad indígena Sikuaní Arizona Cupepe, por el riesgo a la que se ha visto expuesta por los intereses de colonos en sus tierras y la presencia de grupos armados al margen de la ley. En otras palabras, para la Sala Séptima, la vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad tutelante es responsabilidad y consecuencia directa del retardo injustificado en la titulación de su territorio por parte de las autoridades estatales competentes”.

En este orden de ideas, prolongar la respuesta en lo relativo a la viabilidad o no de constituir un territorio indígena es una conducta que atenta contra diversas garantías constitucionales de las comunidades que habitan en ellos.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior es indispensable que esta Corporación determine si: (i) la problemática relativa a la falta de constitución de los resguardos fue debidamente

abordada, (ii) se demostró la vulneración de los derechos presuntamente desconocidos y (iii) si la respuesta constitucional tiene la potencialidad de superar la problemática identificada.

En este sentido vale la pena destacar que si bien el juez de primera instancia que conoció del presente amparo se abstuvo de pronunciarse sobre este tópico, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sí analizó esta problemática y profirió una orden específica. En concreto, el fallo de segunda instancia que se analiza reiteró la jurisprudencia constitucional sentada en las sentencias T-188 de 199326, T-652 de 199827, T-079 de 200128, T-433 de 201129, T-009 de 201330 en orden a enfatizar sobre la obligación de las autoridades agrarias de responder en un plazo razonable las solicitudes de constitución que son allegadas por pueblos indígenas.

4.2. En el caso sub examine, al analizar este tópico la Corte Suprema llegó a las siguientes conclusiones: “En el caso objeto de estudio, se logró establecer que desde el año 1996, la tutelante Rosa Matilde Epiayu, acompañada de dos miembros más de la comunidad indígena asentada en el sector de “El Arroyo”, solicitó al otrora Incora, adelantar las gestiones necesarias para reconocerlos como resguardo, dada la preocupación que ya desde el año 1994 manifestaban otros integrantes del pueblo a las autoridades municipales de la Riohacha, por los atropellos que empezaron a sufrir para que desalojaran las tierras que habitaban desde antes de los procesos de pertenencia agraria adelantados en favor de los señores Fulgencio Quintero Ramírez (1999), Olga Mercedes Palacio e Isabel Palacio de Linero (2001). Al respecto, no obra en la actuación constitucional ninguna prueba que acredite que la solicitud elevada el 21 de octubre de 1996, por la comunidad accionante al extinto Incora, hubiese encontrado respuesta alguna por parte de esa institución ni por parte de las que la han reemplazado tras su extinción”.

En ese sentido, ese Tribunal consideró indispensable, “para proteger los derechos fundamentales al territorio ancestral, la vida en condiciones dignas y la cultura de las comunidades no resguardadas Santa Rosa y Arroyo Guerrero, que la Agencia Nacional de Tierras proceda, como es su deber a adelantar el proceso tendiente a contestar el referido pedimento de 1996”. Para ello ordenó a la Agencia Nacional de Tierras que en un término máximo de cinco (5) días hábiles, inicie el proceso tendiente a contestar la solicitud de reconocimiento como resguardo de la tutelante, elevada desde el pasado 21 de octubre de 1996.

Ahora bien, teniendo en cuenta que dicho mandato se compagina con la jurisprudencia constitucional, existe prueba de la solicitud presentada y lo ordenado se encuentra dentro de las competencias del juez constitucional, esta Sala se limitara a confirmar esta protección.

Se precisará que la obligación de la Agencia Nacional de Tierras se circunscribe a resolver la solicitud elevada sin que en este espacio constitucional pueda determinarse el alcance de la decisión³¹. Ello sin embargo no es óbice para que esta Sala reitere que el amparo del derecho fundamental de petición no solo implica que la respuesta dada a la solicitud se haya efectuado dentro del término legal previsto para el efecto, sino también que dicha respuesta sea suficiente, efectiva y congruente³².

5. ¿Se ha presentado usurpación de los territorios ancestrales de las comunidades accionantes por parte de particulares?

Las comunidades accionantes precisaron en el marco de la acción de tutela que debido al crecimiento de la ciudad y a eventuales operaciones de compra que se pensaban adelantar tanto por la ANT como por privados, se estaban presentando acciones ilegales con el único propósito de sustraer sus territorios ancestrales.

1. Precedente constitucional.

La Corte ha manifestado que existen prácticas estatales, judiciales, sociales, económicas o legislativas que si bien son lícitas, impactan negativamente sobre los derechos de la población indígena de nuestro país³³. En igual medida, la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las víctimas, ha expresado que los grupos armados o de delincuencia organizada cuando se posicionan en un territorio suelen adelantar acciones dirigidas al despojo de tierra con fines comerciales. Sobre el particular dicha entidad manifestó:

“la dinámica actual del conflicto interno y de la violencia en general plantea un escenario de permanencia de las acciones de los grupos armados organizados al margen de la ley afectando de forma sistemática a la población civil e incrementado la crisis humanitaria, especialmente mediante el desplazamiento forzado en zonas de presencia histórica de estas estructuras ilegales y en aquellas en las que el marco del desarrollo económico les genera un

ambiente propicio para la implementación de rentas ilícitas y la cooptación de otras de carácter lícito”³⁴.

Por su parte, la Defensoría del Pueblo ha tenido conocimiento de múltiples casos en los cuales se ha intentado realizar desalojos de población, en zonas en las cuales se presentan importantes inversiones económicas destinadas a fomentar el desarrollo de la Nación. Precisamente, la referida entidad adujo lo siguiente: “resulta frecuente que estos desalojos forzosos se presenten en zonas de alta valorización por efecto de construcción de obras de infraestructura vial y comercial, así como por la realización de megaproyectos, entre otras actividades promovidas por intereses particulares³⁵”.

En igual medida, vale la pena traer a colación lo manifestado por el propio Gobierno Nacional, según el cual: “uno de los factores que influyen en el desplazamiento forzado lo constituyen las tácticas de los grupos armados ilegales por apropiarse de las áreas con mayor presencia de recursos naturales y mineros, así como de zonas con influencia de cultivos extensivos y megaproyectos (energéticos, viales y de infraestructura)³⁶.

Ante este panorama no hay duda para la Corte que el Estado tiene el deber de prevenir o contrarrestar antes de su llegada, a los grupos que buscan beneficiarse de las rentas lícitas e ilícitas que pueden derivarse, como lo manifestó el Centro de Memoria Histórica en su informe titulado “Justicia y Paz – Tierras y Territorios en las Versiones de los paramilitares”:

“El destierro además de ser una maniobra de vaciamiento de poblaciones para consolidar territorios y corredores estratégicos, reconquistar parcelas adjudicadas por el Estado y atesorar tierras, también fue una estrategia para apropiarse de zonas ricas en recursos naturales, y/o de zonas en las que se planeaban o ejecutaban proyectos de desarrollo y plusvalía (...) Las zonas de expolio de tierras y territorios coinciden con regiones en las que se ejecutan o planean grandes proyectos de desarrollo, entre ellos de explotación minera (ferroníquel en Córdoba, carbón en La Guajira y Cesar y oro en Bolívar); agroindustria para oleaginosas y agrocombustibles (Urabá, Sucre, La Guajira, Cesar y Norte de Santander); agroforestería (Urabá, Montes de María -Sucre-Bolívar- y Córdoba); ganadería extensiva (Urabá, Córdoba, Sucre, Bolívar y Magdalena), y construcción de infraestructura portuaria (Choco, La Guajira y Magdalena), vial (Ruta del Sol), de riego y energía (represas de Urrá en Córdoba y Ranchería en La Guajira) y poliductos y refinerías (Bolívar). En algunas regiones, el

destierro se relaciona con las expectativas de futuros proyectos, como por ejemplo, la construcción de la vía Panamericana que conectará a Colombia con Panamá.”

La Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 del año 2004, por su parte en el auto 004 de 2009 manifestó en relación con la existencia de estrategias violentas de desalojo a ciertas comunidades lo siguiente: “múltiples grupos indígenas han denunciado estrategias de violencia por parte de los actores armados interesados, o bien en la realización directa de megaproyectos agrícolas y de explotación de recursos naturales, o bien en el apoyo a ciertas empresas y actores económicos que desarrollan estos proyectos, y con los cuales se han asociado para lucrarse con los beneficios de tales actividades”

En este mismo sentido, vale la pena traer a colación lo manifestado por la Comisión de Seguimiento y Monitoreo al cumplimiento de la Ley 1448 de 2011. Esta considera que la presencia de proyectos mineros, agrícolas e industriales en algunas zonas del país podría generar como consecuencia la llegada de grupos armados, los cuales buscarían controlar los rendimientos que generan dichas actividades. Específicamente la referida comisión manifestó lo siguiente:

“La ampliación de la minería ilegal es vista como un factor de amenaza, porque pone en riesgo las posibilidades de restitución, a partir de la depredación ambiental y la destrucción de la calidad agrológica de los suelos, a lo que se suma la regulación ejercida por actores armados irregulares. En este sentido no puede descartarse la posibilidad de que beneficiarios del despojo de tierras, terratenientes y personas vinculadas a actividades agroindustriales o mineras, utilicen la oferta violenta de grupos post desmovilización de las AUC para generar amenazas e intimidaciones a líderes sociales, de organizaciones de víctimas y reclamantes de tierras”³⁷.

Sin embargo, todos estos precedentes y subreglas establecidas para su aplicación deben partir de un supuesto elemental, este es, que efectivamente se logre probar dos cosas: (i) que el territorio presuntamente despojado efectivamente pertenezca a la comunidad y (ii) que los expulsos verdaderamente estén actuando por fuera del ordenamiento jurídico.

5.2. Análisis del caso. Dificultades probatorias en el marco de la tutela a pesar de las pruebas requeridas.

A lo largo del expediente los accionantes han realizado varias manifestaciones, según las cuales ciertos funcionarios públicos en complicidad con políticos departamentales y municipales han permitido la sustracción ilegal de sus territorios. Dichos argumentos en el común de los casos que alegan actos de corrupción, complicidad, amenazas o alteración probatoria de una de las partes, suelen estar desprovistas de elementos demostrativos que siquiera permitan generar una duda mínima respecto a la veracidad de los mismos.

Sin embargo, el hecho de que en las pruebas obrantes en el expediente³⁸ se demuestren una serie de inconsistencias probatorias, actuaciones por parte de la justicia contra varios de los accionados, denuncias que recaen tanto del actuar de los accionantes como de las entidades accionadas, actuaciones administrativas surtidas aún ante la existencia de solicitudes cautelares, y negaciones indeterminadas hasta de los aspectos más básicos de la litis, obligan a que este Tribunal al momento de analizar la vocación de prosperidad de varias de las pretensiones de la tutela, no pueda proferir directamente una orden tendiente a negar o reconocer la existencia de un derecho, sino por el contrario, tenga la necesidad de decretar una serie de acciones destinadas a comprobar o demostrar la veracidad de las afirmaciones realizadas tanto en el escrito de tutela como en las contestaciones.

De lo contrario, es decir, de adoptar algún tipo de determinación sin tener plena certeza de la veracidad o no de las afirmaciones que se han realizado en este expediente, fácilmente podría llegarse a desconocer los derechos de los sujetos que intervienen, particularmente, de las garantías procesales, más aún cuando debido a las particularidades del presente caso la prosperidad de las pretensiones tanto de los accionantes como de los accionados podría conllevar hechos con connotaciones penales³⁹.

Así las cosas, en escenarios como los descritos, nace la obligación del juez constitucional de emplear sus facultades oficiosas para lograr develar la realidad de la situación puesta en consideración. Para ello deberá, en primer lugar, y durante el término de resolución de las instancias, propender por la identificación de la naturaleza y alcance de la presunta vulneración de derechos.

En el presente caso, debe precisarse que a pesar de que estos deberes fueron adecuadamente desplegados por los jueces de instancia que en diversas oportunidades intentaron determinar el alcance de las afirmaciones puestas en consideración de las partes.

En este sentido, vale la pena destacar que: (i) el Tribunal de Riohacha decretó en más de tres oportunidades la práctica de pruebas con el objeto de obtener elementos para mejor proveer; (ii) la Corte Suprema de Justicia ordenó a la Agencia Nacional de Tierras que clarificara los títulos de propiedad de los predios Santa Lucía y La Esperanza, adjudicados a particulares mediante procesos de pertenencia agraria en el término de 4 meses con el propósito de verificar la veracidad de las afirmaciones proferidas por las comunidades Wayúu; y (iii) la Corte Constitucional decretó mediante auto de fecha 31 de julio de 2017 la realización de varias pruebas con el propósito de identificar si a la fecha existía certeza de la naturaleza jurídica de los bienes en disputa.

Sin perjuicio de lo anterior, a la fecha y debido a la complejidad técnica y logística que implica la realización de un proceso de clarificación y ubicación catastral no es posible aun tener certeza de la veracidad o no de muchas de las afirmaciones realizadas por las partes respecto a la ilegalidad de los títulos, la superposición de varios predios y la alteración de la ubicación espacial de las resoluciones del Incidir, razón por la cual las órdenes a expedir en asunto sub examine deben tener por objeto certificar o desmentir la veracidad de lo afirmado por las comunidades Wayúu.

Ahora bien, podría pensarse que ante la inexistencia de pruebas de varios de los hechos descritos por los accionantes, la solución por la cual debería inclinarse el juez constitucional debería ser: (i) negar la protección de los derechos invocados o (ii) abstenerse de decidir la tutela hasta tanto se aporten elementos que permitan llegar a tener claridad del panorama fáctico y jurídico que rodea este caso.

No obstante, ninguna de estas opciones es plausible, ya que de acceder a la primera hipótesis se estaría desconociendo el precedente constitucional de este Tribunal, según el cual ante la inexistencia de pruebas que permitan establecer si se están vulnerando los derechos de una comunidad, más aun, cuando ésta es un sujeto de especial protección constitucional, el juez no puede simplemente optar por la negación del derecho, sino ,por el contrario, en dichos eventos se refuerza el deber de ejercer las facultades probatorias en materia de tutela entre las cuales se encuentran: (i) la posibilidad de exigir pruebas de oficio, (ii) la aplicación de presunción de veracidad contemplada en el artículo 20 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 y (iii) la aplicación de la inversión de la carga de la prueba o la carga dinámica de la prueba, según sea el caso⁴⁰.

En igual medida, abstenerse de decidir hasta tanto se aporten elementos que permitan llegar a tener plena claridad del panorama fáctico y jurídico que rodea este caso en el sub examine, tampoco podría ser considerado como una respuesta constitucional válida. Ello en razón a que la acción de tutela conforme lo precisa el artículo 86 de la Constitución conlleva a que la protección que se reclame ante los jueces deba garantizar “la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”.

Así las cosas, es común en la jurisprudencia de esta Corporación que en vez de dilatar la resolución de un caso hasta que se tenga la totalidad de las pruebas necesarias para adoptar una decisión, se profieran órdenes destinadas a identificar la veracidad de las mismas. En ese orden de ideas, en eventos en los cuales se ha alegado la supuesta existencia de contaminación ambiental de una actividad, la solución por la cual se ha inclinado esta Corporación no ha sido exigir evidencia científica de la misma en el trámite de la tutela, sino que ha ordenado la realización de estudios para determinar el impacto de dicha industria⁴¹. Por su parte, en casos en los cuales existía duda de si un bien era baldío o privado, en vez de esperar a que finalizara el proceso de clarificación, el cual en promedio puede tardar casi dos años⁴² se ha inclinado por ordenar a las autoridades agrarias que a través de un procedimiento se ejecute la plena clarificación de la propiedad⁴³.

Es decir, que ante la imposibilidad de conocer la veracidad de lo alegado tanto por los accionantes como por los accionados, y siempre que surjan elementos contextuales que permitan inferir en un grado de posibilidad la existencia de la vulneración de un derecho, la respuesta constitucional no debe estar dirigida a conceder la protección de las garantías constitucionales en los términos solicitados por los accionantes o negarla ante la inexistencia de pruebas, sino en propiciar los espacios administrativos para poder determinar la existencia o no del derecho invocado, lo cual comúnmente se encaja en lo que la jurisprudencia conoce como órdenes complejas.

Para esta Corporación, las órdenes complejas son: “mandatos de hacer que generalmente requieren del transcurso de un lapso significativo de tiempo, y dependen de procesos decisorios y acciones administrativas que pueden requerir el concurso de diferentes autoridades y llegar a representar un gasto considerable de recursos, todo lo cual suele enmarcarse dentro de una determinada política pública”.⁴⁴

La Corte ha manifestado en relación con una orden compleja que: “las posibilidades que tiene el juez de prever los resultados de su decisión se reducen. La variedad de órdenes y actores que deben realizarlas, o la complejidad de las tareas impuestas, que pueden suponer largos procesos al interior de una entidad, obligan al juez de tutela a ser ponderado al momento de concebir el remedio, ordenarlo y vigilar su cumplimiento.”⁴⁵ El juez de tutela debe ser consciente de que cuando imparte una orden compleja su trabajo con relación al caso no se acaba con la sentencia, es más, suele comenzar en ese momento. La labor que ha de desplegar el operador judicial en cuanto a la supervisión y control del cumplimiento de este tipo de órdenes, puede superar, con creces, la elaboración de la decisión misma. Este es un factor que también ha de ser considerado por el operador jurídico, pues es uno de los aspectos de los cuales dependerá asegurar, efectivamente, el goce del derecho a las personas⁴⁶.

En lo que respecta al desacato y cumplimiento de una orden compleja la sentencia T-086 de 2003 afirmó:

“En el caso en que la solución es una orden compleja, las posibilidades que tiene el juez de prever los resultados de su decisión se reducen. La variedad de órdenes y actores que deben realizarlas, o la complejidad de las tareas impuestas, que pueden suponer largos procesos al interior de una entidad, obligan al juez de tutela a ser ponderado al momento de concebir el remedio, ordenarlo y vigilar su cumplimiento. La labor del juez en sede de tutela no acaba, entonces, en el momento de proferir sentencia y renace cuando alguna de las partes vuelve a plantear el caso, por ejemplo, en un incidente de desacato”.

Ahora bien, vale la pena precisar que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante la providencia del 24 de abril de 2017, sentencia que aquí se analiza, respetó el precedente constitucional existente sobre la materia y, en esa medida, ante la imposibilidad de determinar la veracidad de los hechos relatados y partiendo del supuesto de que las pruebas generaban un grado de duda que permitía inferir la posibilidad de que varias de las afirmaciones de la comunidad Wayúu fuesen ciertas, profirió una serie de órdenes destinadas a lograr develar la naturaleza jurídica de los bienes en disputa.

Específicamente dicha Corporación dispuso dos órdenes destinadas a identificar si los predios que la comunidad consideraba como usurpados son o no baldíos. La primera dictó que la

Agencia Nacional de Tierras en un término máximo de cinco días hábiles iniciara los trámites para clarificar “en los términos dispuestos por la Corte Constitucional en sentencia T-488 de 2014, los títulos de propiedad de los predios Santa Lucía y la Esperanza, adjudicados a particulares mediante procesos de pertenencia agraria, habitados por la población indígena antes del 15 de abril de 2015, fecha en que se hizo efectivo el desalojo; y el segundo mandato pretendía que dicho procedimiento no se dilatará indefinidamente en el tiempo, por ello ordenó que “Estos procedimientos no podrán exceder de un término máximo de cuatro (4) meses, contados a partir de la notificación de esta sentencia”

Así mismo, se debe precisar que como lo informó la Agencia Nacional de Tierras a la Corte Constitucional en el marco de las pruebas solicitadas a la fecha se tiene conocimiento de que no solo los predios “Santa Lucía” y “la Esperanza” los que se pretenden, sino que en total son 15 predios, los que están involucrados en la clarificación.

Conforme a lo anterior, esta Corporación procederá a determinar si la orden proferida por el juez de segunda instancia se compagina al precedente constitucional y, en esa medida, debe ser confirmada o revocada.

En primer lugar se debe precisar que como lo precisó la sentencia T-488 de 2014, en eventos en los cuales no se tenga certeza de la naturaleza jurídica de un bien, es indispensable que el juez de tutela proceda a ordenar a la Agencia Nacional de Tierras que adelante los correspondientes procesos de clarificación de la propiedad. Por lo anterior, la primera parte de la orden proferida por la Corte Suprema de Justicia satisface el precedente constitucional y, por consiguiente, será confirmado por esta Corporación, sin embargo en lo que respecta al término para satisfacer el cumplimiento de dicha decisión esta Corte evidencia que desconoce los términos contemplados en el Auto 040 de 2017.

En dicha decisión esta Corporación estableció un procedimiento estándar para dar trámite a los procesos de clarificación que deben adelantarse en cumplimiento de la sentencia T-488 de 2014, así como de la ruta prioritaria que se creó para tal fin. Específicamente el Auto 040 de 2017 consagró como término máximo para que la ANT resolviera dichas clarificaciones en 18 meses. Téngase lo expuesto en dicha oportunidad:

“En esta medida, ante la manifestación por parte de las autoridades agrarias en el marco de procesos de tutela o de prescripción adquisitiva del dominio de estar en presencia de un bien

“presuntamente baldío” estas deberán activar una ruta administrativa prioritaria en la cual: (i) la ANT dentro del término de 20 días siguientes a dicha manifestación habrá de iniciar el proceso de clarificación respecto del bien sobre el cual se alega dicha naturaleza, (ii) dicho proceso deberá ser tramitado en el término máximo e improrrogable de 18 meses”

En el Auto 040 de 2017 la Corte explicó las razones que llevaron a consagrar “18 meses” como término máximo para que la ANT adelantar dicho procedimiento. Específicamente dispuso que el referido lapso obedeció a que tal y como lo precisó la ANT en el Auto de pruebas solicitado en la sentencia T-548 de 2016 “el trámite de procedimientos administrativos agrarios especiales establecidos en el Incoder se determinó como plazo de ejecución en los proceso de clarificación de dieciocho (18) meses en promedio”. De ahí surge dicho límite temporal.

En este orden de ideas, esta Corporación reiterara la protección otorgada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de abril de 2017, salvo el término con el cual cuenta la ANT para finiquitar dicha acción (clarificaron de 15 predios), el cual en concordancia con el Auto 040 de 2017 se establecerá en 18 meses, los cuales se computarán a partir del momento en el cual fue notificada la sentencia proferida por el juez de segunda instancia.

Así mismo, teniendo en cuenta que los términos inicialmente establecidos por la Corte Suprema de Justicia no han sido satisfechos ya que expresamente se le otorgó a la Agencia Nacional de Tierras el término de 5 días para dar inicio al trámite de clarificación y como lo precisó la misma agencia en respuesta del auto de pruebas solicitado por la Corte Constitucional solo hasta el 18 y 27 de julio de 2017 se dio trámite a esta orden, este Tribunal ordenará que el juez que conoció de la presente tutela en primera instancia que dé inicio al trámite de desacato o verificación con el propósito de determinar si el incumplimiento a este término obedeció a razones justificables o por el contrario es necesario la interposición de las correspondientes sanciones consagradas en el Decreto 2591 de 1991.

7. ¿Se desconoció el derecho al debido proceso en el marco del proceso de lanzamiento sobre las tierras sobre las cuales se alega la existencia de posesión ancestral?

7.1. Precedente constitucional.

En estas decisiones la Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004 pudo evidenciar como el poder de policía estaba siendo instrumentalizado para expulsar a las comunidades ancestrales. Tiempo después, y en virtud a las órdenes que fueron proferidas en las decisiones en comento se comprobaría que notarios, registradores y funcionarios nacionales, departamentales y municipales lograron construir un sofisticado sistema para despojar a las comunidades de parte de su territorio a través de figuras como prescripciones, adjudicaciones de baldíos, revocatoria de los mismos y hasta suplantación de organizaciones y consejos comunitarios.

Cabe precisar, no obstante, que la Corte Constitucional no pudo develar los complejos métodos utilizados para materializar el despojo, con la simple afirmación de las partes y, por tanto, solo fue hasta tanto se realizaron diversos procesos tendientes a determinar la legalidad de los títulos que se oponían, que esta Corporación pudo tener plena certeza de las denuncias allegadas por las comunidades de Curvaradó y Jiguamiandó.

En igual línea de pensamiento, la Corte ha precisado que en determinados eventos es necesario previamente adelantar un proceso de clarificación en el territorio, para lograr determinar a posteriori si los procesos de titulación y desalojo son viables. En este sentido recientemente en sentencia T-601 de 2016 esta Corporación conoció de la acción de tutela presentada por varias comunidades de Arroyo Grande en las cuales se exigía la inmediata titulación de un predio de gran extensión que en cierto momento fue otorgado como recompensa a las familias de una hacienda por sus años de trabajo. Ante esta pretensión, y teniendo en cuenta que sobre dicho bien podía existir propiedad privada consolidada, esta Corporación dispuso lo siguiente:

“Según lo indicado en la parte motiva de esta providencia, el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades afrodescendientes es de carácter fundamental. Ahora bien, debido a las ya referidas complejidades sobre el territorio objeto de estudio en el presente proceso, es claro que para hacer efectiva la titulación de la propiedad, el paso previo es la clarificación de los terrenos y el saneamiento de la propiedad. Por ello, esta Sala estima necesario ordenar a la Agencia Nacional de Tierras que, una vez se haya culminado el proceso agrario, tramite las solicitudes de titulación colectiva elevadas por los Consejos Comunitarios de la Europa, Arroyo Grande y Amanzaguapos, de manera pronta, efectiva y sin dilaciones injustificadas”

Empero, en dicha providencia este Tribunal reiteró que si bien es plausible que solamente hasta que se tenga claridad de la titularidad de la naturaleza jurídica de un bien sea posible lograr su adjudicación, no es óbice para que las autoridades de policía puedan tratar a los ocupantes de un terreno como invasores. De esta manera, en dicha providencia se reiteró que:

“La Corte vio la necesidad de dar aplicación al artículo 5º del Decreto 747 de 1992, que establece que las autoridades de policía no podrán ordenar el desalojo de campesinos ocupantes de predios rurales, sobre los cuales se hayan iniciado procedimientos administrativos de extinción de dominio, clarificación de la propiedad, recuperación de baldíos, deslinde de tierras pertenecientes al Estado, o delimitación de playones y sabanas (...) a pesar de la inactividad del INCODER respecto de la iniciación de los procesos de clarificación de la propiedad, las solicitudes ya estaban formuladas, por ello y en virtud del referido artículo 5º, el Inspector de Policía no podía ordenar ni llevar a cabo desalojos en los predios que ocupaba la Comunidad. Adicionalmente, tal inacción terminaría siendo una condición que permitiría el despojo de tierras”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte en la sentencia T-601 de 2016 ordenó a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, a la Secretaría del Interior de ese municipio y al Inspector de Policía del corregimiento de Arroyo Grande, que se abstuvieran de ordenar, iniciar, adelantar o llevar a cabo nuevos procedimientos administrativos o policivos y, en general, cualquier actuación administrativa cuyo fin sea obtener el desalojo de presuntos ocupantes de hecho en predios ubicados en el corregimiento de Arroyo Grande; y que suspendiera la realización de las actuaciones y procesos que actualmente se encuentren en curso, hasta tanto se tuviera claridad sobre la titularidad de los bienes en disputa.

En consecuencia, conforme lo ha expresado la jurisprudencia constitucional en eventos en los cuales es imposible determinar la naturaleza jurídica de un bien, y además existen serios indicios que llevan a considerar que se está en presencia de un proceso de usurpación de territorios ancestrales, el juez de tutela debe ordenar que se adelanten las correspondientes actuaciones tendientes a identificar tanto la titularidad de la propiedad como la legalidad de los procesos policivos de lanzamiento.

7.2. Imposibilidad del juez de tutela de pronunciarse sobre la legalidad de los procesos de

lanzamiento adelantados hasta tanto finalice la clarificación de la propiedad.

En lo relativo a la protección del derecho al debido proceso presuntamente vulnerado por las actuaciones que se han adelantado en el marco del proceso de lanzamiento adelantado por la inspección de policía de Riohacha y la Alcaldía de ese mismo municipio, la decisión proferida por el Tribunal Superior de Riohacha Sala Civil-Familia-Laboral consideró que existía otro mecanismo de defensa judicial para discutir la legalidad de las actuaciones que se están adelantando. En este sentido expuso lo siguiente:

“Resulta palmario que la definición en los procesos policivos es provisional, luego no cierra el paso para que el conflicto sea ventilado ante el juez natural por el procedimiento que establezca el ordenamiento jurídico, de ahí que la pretensión de ineficacia o nulidad de esas decisiones carezca de respaldo jurídico”.

No obstante, esta decisión fue modificada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante providencia del 24 de abril de 2017. En este sentido, precisó que en aras de brindar una respuesta efectiva respecto a la legalidad de las actuaciones que se estaban cuestionando era necesario que la Agencia Nacional de Tierras, adelantara las gestiones del caso para clarificar si a los accionantes “les asiste el derecho a permanecer asentadas en los territorios de los cuales fueron desalojados o parte de ellos”

Ahora bien, esta orden no se observa ajena al precedente constitucional más aún si se tiene en cuenta que como lo precisó la Corte Suprema de Justicia “insiste, existen documentos aportados a las diligencias, que los ubican como moradores del área de “El Arroyo”, desde antes de que se declarara la prescripción adquisitiva en favor de los propietarios inscritos de esas tierras”.

Así las cosas, es claro que la Corte Suprema de Justicia consideró que sería imposible pronunciarse sobre la legalidad de los procesos policivos adelantados contra la comunidad, hasta que previamente se tuviese claridad de la naturaleza jurídica de los bienes en disputa, es decir, que en el sub examine se reconoció la imposibilidad de decidir sobre la vulneración al debido proceso hasta tanto no finalizara el proceso de clarificación de la propiedad, es decir, consideró que en este asunto operaba el fenómeno de prejudicialidad⁴⁸.

Así las cosas, son dos los aspectos centrales que deben analizarse al momento de determinar

si el procedimiento de desalojo se efectuó de conformidad con los cánones constitucionales. Estos son: (i) si quien inició el proceso de lanzamiento efectivamente se encontraba legitimado para interponer el proceso policivo ya que lograba demostrar bien sea propiedad o posesión de los bienes y (ii) que las comunidades que fueron expulsadas efectivamente acababan de invadir el predio en cuestión y, por ende, su presencia en el territorio era reciente. La sentencia de tutela que aquí se analiza se centró en el primero de los aspectos pero nada dijo sobre el segundo.

En este orden de ideas, de llegar a comprobarse que los predios en discusión son privados ya que el Estado mediante título originario se desprendió del dominio del mismo, las autoridades deberán precisar si la querella policiva por perturbación de la posesión se formuló en el término legalmente establecido, o si por el contrario, como lo afirman los accionantes, “la comunidad lleva en el predio 90 años o más”.

Si bien, las autoridades y organismos de control tendrán un amplio margen de libertad probatoria para determinar la legalidad del proceso de lanzamiento, este Tribunal no puede pasar por alto una afirmación realizada por la comunidad accionante, la cual de llegar a demostrarse, facilitaría el proceso de identificación de posesión y/o ocupación del predio. En este sentido, vale la pena exaltar que el escrito de tutela precisó que la familia Epieyu desde 1935 ejercía posesión y dominio sobre el territorio de Arroyo Guerrero a tal punto que “construyeron un cementerio según sus usos y costumbres para dar sepultura a sus muertos⁴⁹” y en esta medida este sería un hecho que objetivamente y más allá de toda consideración jurídica probaría la ocupación ancestral de dicho terreno, porque “como es costumbre en el derecho Wayúu, la propiedad de la tierra se determina por los cementerios y por los jagüeyes. Existe un cementerio ancestral, con no menos de 20 sarcófagos que testimonian el antiguo asentamiento de esta comunidad en este sitio⁵⁰”

Así mismo, vale la pena precisar que en respuesta al Auto de pruebas solicitado por esta Corporación el Instituto Colombiano de Antropología e Historia precisó que en el caso sub examine “sería fácil corroborar la cronología de la ocupación del predio con la presencia de un cementerio propio realizando pruebas de Carbono 14 en las tumbas que la comunidad indique son las más antiguas”. Este procedimiento se realiza enviando una muestra del carbón recolectado durante la excavación de una tumba o con una muestra de hueso humano recolectado de la misma.

En igual medida precisó que dado que los indígenas Wayúu que reclaman este territorio son descendientes de los primeros individuos que llegaron a él y que supuestamente los muertos que se han enterrado durante varias generaciones en este cementerio son familia, “sería posible realizar pruebas genéticas de ADN para corroborar que las tumbas efectivamente corresponden a individuos de la etnia Wayúu y que son sus ancestros directos”. Por último, expuso que de encontrarse dentro del terreno en cuestión urnas funerarias sería fácilmente identificable determinar si se ha ejercido posesión ancestral sobre el territorio en disputa.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal ordenará que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, el Instituto Nacional de Medicina Legal y la Fiscalía General de la Nación en conjunto con las autoridades tradicionales de las comunidades accionantes, en el término de 5 días contados a partir de la notificación de esta providencia, inicien los trámites administrativos necesarios para lograr la ubicación de los cementerios que supuestamente se encuentran localizados en los predios objeto de desalojo y de ser autorizado por la comunidad procedan a realizar las pruebas de Carbono 14 que permitan identificar la edad de los sepulcros. Proceso que no podrá tardar más de 6 meses contados a partir de la notificación de este auto.

8. Se han garantizado la protección ante amenazas al derecho a la vida y seguridad personal de varios de los miembros de las comunidades accionantes.

8.1 Precedente Constitucional.

La Corte ha precisado en reiterados fallos que las autoridades estatales tienen el deber de garantizar el derecho a la vida de las personas que se ven expuestas a amenazas serias, creíbles, determinables y con un elevado grado de posibilidad de materialización. Sobre el particular, en la sentencia T-719 de 2003⁵¹ dijo lo siguiente: “quienes se encuentran seriamente amenazados en su vida y han puesto tal situación en conocimiento de las autoridades, son titulares del derecho a recibir protección, hasta el punto de que la obligación del Estado de preservar su vida, que normalmente es una obligación de medios frente a la generalidad de la población, se convierte en una obligación de resultados, al menos para efectos de la responsabilidad administrativa.”

En esa misma providencia este Tribunal precisó que “no desconoce la Corte que por las condiciones que atraviesa el país no es posible ponerle a cada persona amenazada un agente

que lo proteja. Pero, ello no es óbice para que las autoridades competentes examinen el caso concreto, evalúen el riesgo y adopten las medidas de seguridad, que cada caso requiera”.

Posteriormente, esta Corporación en la sentencia T-1101 de 2008 estudió la tutela instaurada por una ciudadana que recibía constantes amenazas de un grupo alzado en armas y que, en razón de ello, se vio obligada a desplazarse en varias ocasiones hacia diferentes lugares del país. Solicitó la inclusión al Programa de Protección del Ministerio del Interior pero, para el tiempo en el que se resolvió la tutela, aún no había recibido respuesta alguna sobre su petición. Para la Sala Octava de Revisión, la omisión de respuesta por parte de las autoridades violó el derecho a la seguridad personal, no solo por el paso del tiempo sino por la evidencia sobre el grave riesgo que corría la vida de la accionante. Así las cosas, concedió la acción de tutela y ordenó la inclusión de la peticionaria en el referido programa.

Por su parte, en la sentencia T-496 de 2008 la Corte decidió amparar el derecho a la seguridad de varias mujeres pertenecientes a la Iniciativa de Mujeres por la Paz, que recibieron múltiples amenazas contra su vida por el hecho de participar como víctimas y testigos dentro de los procesos de justicia y paz, y a quienes no se les realizó de forma completa y oportuna un estudio del nivel de riesgo que permitiera determinar las medidas de protección a las que tenían derecho. En especial consideración a las afectaciones diferenciales a las que se ven sometidas las mujeres en el marco del conflicto armado, la Corte decidió amparar el derecho a la seguridad personal de las accionantes, ordenando medidas individuales de protección, consistentes en la realización de estudios de nivel de riesgo y de inclusión en los programas correspondientes. Pero, en este caso, de forma adicional ordenó efectuar una revisión integral del Programa de Protección de Víctimas y Testigos de la Ley de Justicia y Paz, a fin de adecuarlo a los principios y elementos mínimos de racionalidad y proveer una estrategia integral de protección satisfactoria de las víctimas y testigos de los procesos, en especial de las mujeres.

Una situación similar fue examinada en la sentencia T-728 de 2010, la Corte protegió el derecho a la seguridad personal de varios miembros de una fundación dedicada al asesoramiento de víctimas quienes solicitaron la inclusión dentro de los programas de protección pero al momento de la tutela no habían obtenido respuesta por parte de las autoridades.

En conclusión para la Corte el Estado tiene un conjunto de obligaciones en materia de protección del derecho fundamental a la seguridad personal que no se agotan en el deber general de garantizar la vida a todos los habitantes del territorio nacional, sino que exigen la adopción de medidas de protección concretas que respondan a las fuentes de la amenaza.

8.2 A la fecha se están realizando los respectivos estudios de seguridad ordenados.

La Corte Suprema de Justicia en el fallo de tutela de segunda instancia que se analiza revisó la protección de los derechos fundamentales a la seguridad invocados por los accionantes. En este sentido, afirmó que “en cuanto a las amenazas, atropellos y demás agresiones que denuncian los líderes de las comunidades accionantes, la Corte observa que es necesario atender estos llamados, de un lado, porque han sido insistentes en ellas, a tal punto que las han denunciado en diversas oportunidades ante la Fiscalía General de la Nación, autoridad que adelanta las indagaciones de rigor según lo informó; ante los medios de comunicación que han visibilizado en diversas notas periodísticas los hechos de posible violación de derechos humanos enfilados contra la población indígena reclamante y, de otro, porque las autoridades del Estado no pueden esperar a que se produzcan hechos lamentables e irreversibles para adoptar medidas en orden a proteger la vida, honra y bienes de sus nacionales, máxime, si se trata de grupos minoritarios étnicos, cuyo peligro de exterminio, como quedó visto en el inicio de estas consideraciones, es latente en nuestro país”.

En igual medida, dispuso que la Fiscalía General de la Nación y la Unidad Nacional de Protección “aúnen esfuerzos y de acuerdo a sus competencias y facultades, realicen un estudio de seguridad a los líderes y lideresas de las comunidades tutelantes – Santa Rosa y Arroyo Guerrero -, para que determinen la necesidad de prodigarles protección diferenciada para sus vidas y las de sus respectivas familias”. Adicional a dicha orden la Corte Suprema de Justicia ordenó “a la Policía Nacional, institución encargada de garantizar y mantener el orden público, que establezca las acciones preventivas en materia de seguridad, para que los pobladores de Santa Rosa y Arroyo Guerrero, no sean víctimas de nuevas agresiones, amenazas e incursiones de personas armadas en sus lugares de asentamiento y se les posibilite una vida y convivencia pacífica”.

Teniendo en cuenta lo anterior, dispuso la protección de los derechos de los accionantes en los siguientes términos:

“CUARTO: ORDENAR a la Unidad Nacional de Protección y a la Fiscalía General de la Nación, que de acuerdo a sus competencias y facultades, realicen mancomunadamente un estudio de seguridad a los líderes y lideresas de la comunidad Santa Rosa y Arroyo Guerrero, a fin de determinar el riesgo en que se encuentren y la necesidad de prodigarles protección diferenciada para su vida e integridad personal.

QUINTO: ORDENAR a la Policía Nacional que adopte las medidas necesarias para garantizar la seguridad y el orden público, así como impedir la incursión de personas armadas en los asentamientos donde habitan en la actualidad los integrantes de las Comunidades tutelantes”.

Conforme a lo anterior, esta Corporación considera que la orden proferida por el juez de segunda instancia se compagina al precedente constitucional y, en esa medida, debe ser confirmada. Sin embargo, teniendo en cuenta que las pruebas solicitadas por la Corte tanto a la Fiscalía General de la Nación a la Unidad Nacional de Protección como las allegadas al expediente permitieron evidenciar que a la fecha los respectivos estudios de seguridad se encuentran en trámite, este Tribunal ordenará tanto a los accionantes como a las referidas entidades que satisfagan de manera adecuada sus correspondientes deberes de cara al cumplimiento de esta orden, con el propósito de que a más tardar dentro de los diez días siguientes a la notificación de este fallo el respectivo proceso de diagnóstico haya finalizado.

Así mismo, teniendo en cuenta que los términos inicialmente establecidos por la Corte Suprema de Justicia no han sido satisfechos trascurridos más de 4 meses, este Tribunal ordenará al juez que conoció de la presente tutela en primera instancia que dé inicio al trámite de desacato con el propósito de determinar si el incumplimiento a este término obedeció a razones justificables o por el contrario es necesario la interposición de las correspondientes sanciones consagradas en el Decreto Estatutario 2591 de 1991.

9. ¿Se han adelantado las acciones destinadas a evitar la desaparición de la etnia?

Afirman los accionantes que la inacción y la ineficacia institucional ha puesto en peligro la vida de niños y niñas de la comunidad, a tal punto que varios menores de la comunidad se encuentran en estado de desnutrición. Específicamente sostienen que una menor de la comunidad llamada Diana Vanessa Mengual Bonivento ha sido diagnosticada con

“desnutrición global severa”.

9.1. Precedente constitucional.

La Corte Constitucional en la sentencia T-466 de 2016 analizó la situación de desnutrición que padecía la etnia Wayúu en el departamento de la Guajira. En dicha providencia específicamente encontró que:

De acuerdo con la prueba recopilada en sede de revisión y los hechos que han informado los medios de comunicación en fechas recientes, resulta evidente y notorio que la niñez Wayúu padece de una crisis humanitaria por una multiplicidad de factores que vulneran distintos derechos fundamentales. Un indicador muy importante de la gravedad de la situación lo constituyó la adopción de medidas cautelares por parte de la CIDH, que mediante Resolución 60 del 11 de diciembre de 2015 conminó al Estado colombiano a adoptar “las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de los (sic) niñas, niños, y adolescentes de las comunidades de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao (...)

Según evidenció la Sala en la recopilación de las pruebas en el caso, la respuesta a este interrogante depende de una multiplicidad de factores, que en el fondo se traducen en la necesidad de coordinación de varias competencias, para que los esfuerzos destinados para atender a los niños Wayúu no resulten enredados en un entramado de burocracias de todo tipo, que, en lugar de funcionar al unísono para realizar el interés superior del menor de edad, restan la eficacia de la atención. Bajo este contexto, se pudo observar que el buen funcionamiento de una sola institución no garantiza necesariamente el propósito de brindar a los niños Wayúu una oportunidad de reparación para sus derechos vulnerados.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte profirió una serie de órdenes de corto, mediano y largo plazo destinados a garantizar la protección de los derechos de la niñez Wayúu. De este modo, dispuso:

“La Sala considera necesario que las autoridades encargadas de la gestión concreta de soluciones para la atención de las necesidades en materia de salud y alimentación tomen medidas de carácter inmediato con el fin de ofrecer paliativos fundamentales que permitan evitar la muerte de los niños por las deficiencias en la prestación de estos servicios (...) El ICBF deberá, por ende, actuar como el principal gestor en esta fase de atención urgente de la

niñez Wayúu, dando trámite a las iniciativas a cargo del Estado, la sociedad y la familia, de cara a la solución de la situación de vulneración de derechos a la salud y a la alimentación de los niños Wayúus, que en el momento se presenta. En otras palabras, corresponde al ICBF especialmente encargarse y hacer todos los esfuerzos para asegurar que la acción del Estado en los niveles nacional, departamental y municipal conlleve a brindar soluciones efectivas a los problemas y eliminar los obstáculos que impidan la efectividad de los programas.

Así mismo, la referida providencia dispuso que para que la protección invocada a favor de los niños Wayúu sea efectiva, se requieren acciones de protección inmediata para atender a los niños que por desnutrición alimentaria y por falta de acceso a salud, se encuentran en una situación de riesgo. Pero además, es necesario ordenar la realización de acciones de cumplimiento progresivo a cargo de distintas autoridades del Estado para prevenir que las vulneraciones se sigan presentando y evitar así que continúe el desconocimiento de los derechos de los niños Wayúu.

9.2. Análisis de la vulneración de los derechos de la comunidad.

De los fallos que aquí se analizan únicamente el proferido por el juez de primera instancia analizó la presunta vulneración de los derechos de la etnia Wayúu por la presunta desnutrición de los menores que habitaban en el resguardo. Sin embargo, precisó que de las pruebas obrantes en el expediente podía deducirse que no se estaban vulnerando sus derechos. En este sentido, específicamente adujo que “existen verificaciones nutricionales en la comunidad de Santa Rosa, concluyendo que los menores tienen garantizados los derechos a la identidad, salud, educación y vivienda digan conforme a su entorno cultural y alimentario, luego si en el caso particular de aquella menor hay déficit de atención debe intentarse su protección de manera individual”.

Ahora bien, para este Tribunal la anterior manifestación no es acorde con la totalidad de las pruebas obrantes en el expediente, debido a que en los folios 354 a 357 del cuaderno principal se evidencia una serie de recomendaciones y acciones que el ICBF identificó al momento de adelantar una visita a las comunidades accionantes. Si bien, en dicho escrito dicho instituto precisó que se tomarían acciones para solucionar los hallazgos detectados, en ningún momento se logra probar que dichas acciones fuesen debidamente desplegadas.

En consecuencia el referido informe establece que: “se evidenció que existen 16 menores

que no cuentan con el carnet de seguridad social, a continuación de relacionan, Lucia Epiayu, Sheily Epiayu, Nerio Jose Epiayo Uriana, Esteban Mengual, Adriana Bonivento, Daniel y Roberto Jarariyuo, Alfonso Bonivento, Lucianis Epiayu, Luis Fernando Epiayu, Sebastian Jarariyuo. Por lo tanto, por medio de la defensoria de familia (sic) realizar las acciones pertinentes, para la garantía del derecho a la salud”. Teniendo en cuenta lo anterior el ICBF precisa en dicho documento que “realizará las acciones pertinentes para garantizar el derecho a la salud de los 16 niños que no cuentan con seguridad social”.

Así mismo el referido documento precisó que de conformidad a la clasificación nutricional se encontró que existían entre los niños de la comunidad accionante “2 con riesgo de bajo peso” y “2 bajo de peso”.

Ahora bien, conforme a lo expuesto, esta Sala amparará el derecho fundamental a la salud, a la alimentación y a la vida digna de los menores que son integrantes de las comunidades de Arroyo Guerrero y Santa Rosa. En esa medida ordenará al ICBF, a la Alcaldía de Riohacha, y a la Gobernación de la Guajira que a más tardar en el término de 10 días contados a partir de la notificación de esta decisión realice un visita de campo a las comunidades accionantes con el propósito de identificar las necesidades relativas a salud, alimentación y oferta social que requieran sus integrantes, ello con el propósito de que se adelanten las acciones necesarias para garantizar los derechos de los integrantes de dicha etnia.

10. ¿Se vulneró el derecho a la consulta previa al momento de expedir la licencia ambiental de la planta de tratamiento de aguas residuales del municipio de Riohacha?

Afirman los accionantes que se vulneró el derecho a la consulta previa de las comunidades que representaban debido al desconocimiento del derecho a la consulta previa al momento de expedir la licencia ambiental de la planta de tratamiento de aguas residuales del municipio de Riohacha. Por su parte Corpoguajira allegó copia de dos decisiones que evidenciarían que no se desconoció el derecho consagrado en el convenio 169 de la OIT, estos son: (i) copia de la Resolución No. 00049 de enero 13 de 2004, dejando constancia en ese documento del trámite de la consulta previa realizado con las comunidades indígenas afectadas directamente y (ii) copia de la sentencia proferida el 17 de octubre de 2006 por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en la cual se evidenció que si había sido realizado el proceso de consulta previa con las comunidades circundantes a la obra⁵².

10.1 Precedente constitucional.

La Corte en sentencia SU-1219 de 2001 ha precisado que una de las finalidades de esta institución es garantizar la cosa juzgada y el principio de cosa juzgada constitucional. En este sentido expuso lo siguiente:

“Admitir que los fallos de tutela definitivamente decididos o excluidos para revisión sean luego objeto de una nueva acción de tutela, sería como instituir un recurso adicional ante la Corte Constitucional para la insistencia en la revisión de un proceso de tutela ya concluido, lo cual es contrario a la Constitución (art. 86 C.P.), a la ley (art. 33 del Decreto 2591 de 1991) y a las normas reglamentarias en la materia (arts. 49 a 52 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional). Las Salas de Selección de la Corte Constitucional, salvo sus facultades legales y reglamentarias, no tienen la facultad de seleccionar lo que ya ha sido excluido de selección para revisión ni una acción de tutela contra uno de sus fallos de tutela. Esto por una poderosa razón. Decidido un caso por la Corte Constitucional o terminado el proceso de selección para revisión y precluido el lapso establecido para insistir en la selección de un proceso de tutela para revisión (art. 33 del Decreto 2591 de 1991 y art. 49 a 52 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional⁵³), opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (art. 243 numeral 1 C.P.). Una vez ha quedado definitivamente en firme una sentencia de tutela por decisión judicial de la Corte Constitucional, no hay lugar a reabrir el debate sobre lo decidido.” ⁵⁴

Ahora bien, esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de precisar qué ocurre cuando un proceso de consulta es adelantado ante una comunidad y posteriormente un grupo significativo de la misma se separa de esta. En este sentido mediante sentencia T-384A de 2014, este Tribunal precisó en un asunto en el cual una nueva organización indígena solicitaba que fuese consultada nuevamente a pesar de que sus miembros habían pertenecido a otra de la cual ya se habían escindido:

“Cabe precisar que si bien, tal y como se expuso en el apartado de antecedentes de esta providencia, algunas de las comunidades del resguardo solicitaron la desvinculación de la asociación ACIYA y, hoy en día conforman una asociación diferente denominada ACITAVA constituida mediante resolución 009 de febrero 08 de 2011 la cual comprende, a los pueblos indígenas ubicados en el Vaupés, lo cierto es que, cada una de ellas se integraron al proceso

de constitución del parque y, se surtió en su presencia cada una de las fases de la consulta previa. Por lo tanto, se concluye que la creación de una nueva asociación no afecta la validez de un proceso que se inició con antelación”.

En conclusión, conforme lo ha precisado la jurisprudencia constitucional el juez de tutela debe verificar si la tutela guarda identidad de partes, de causa o hechos que la motivan y de objeto o pretensión, con otra tutela anteriormente decidida o pendiente de resolución. Así mismo la jurisprudencia ha considerado que para efectos de la consulta previa una escisión de varios de los miembros de un reguardo legalmente no constituyen un nuevo sujeto a consultar.

10.2. Existencia de cosa juzgada en el marco de la tutela.

Tal y como lo precisó el juez de primera instancia en el sub examine se presenta el fenómeno de temeridad. Así las cosas, de las pruebas obrantes en el expediente este Tribunal puede observar que mediante Resolución No. 00049 de enero 13 de 2004, Corpoguajira otorgó licencia ambiental para el proyecto construcción y operación del Sistema de Tratamiento de Aguas Residuales del Municipio de Riohacha, dejando constancia en ese documento del trámite de la consulta previa realizado con las comunidades indígenas afectadas directamente.

Sin embargo tal y como lo relataron en el marco de la tutela mediante sentencia del 17 de octubre de 2006, se negó el amparo pretendido al establecer que para cuando se llevó a cabo el procedimiento reclamado no se encontraban registradas las poblaciones aborígenes mencionadas, pues sus líderes formaban parte de otras agrupaciones que participaron en la consulta. Esta decisión fue conformada por la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵⁵.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que la decisión proferida por el juez de instancia se observa conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, esta Sala se limitará a confirmar en este punto las decisiones de instancia. Sin embargo, lo anterior no es óbice para que los representantes de las comunidades accionantes acudan a los medios de defensa judiciales y acciones y medios de control existentes en el ordenamiento jurídico para la defensa de sus derechos en el marco de actuaciones pasadas, presentes y futuras que tengan la potencialidad de afectar sus derechos. Así mismo, teniendo en cuenta que el director de Corpoguajira se negó a entregar la información solicitada por este Tribunal, se

compulsaran copias a la Procuraduría General de la Nación para que esta determine si dicha omisión constituye o no una omisión con alcances disciplinarios.

11. Órdenes a proferir a la Fiscalía General de la Nación y a los organismos de control

11.1. Incumplir la orden dada por un juez constitucional es una conducta de suma gravedad porque: “(i) prolonga la vulneración o amenaza de un derecho fundamental y (ii) constituye un nuevo agravio frente a los derechos fundamentales a un debido proceso y de acceso a la justicia”⁵⁶.

Acatar las providencias judiciales es un imperativo del Estado Social y Democrático de Derecho⁵⁷. El derecho a acceder a la justicia⁵⁸ implica, para ser real y efectivo, al menos tres obligaciones: (i) la obligación de no hacer del Estado (deber de respeto del derecho), en el sentido de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización y de evitar tomar medidas discriminatorias respecto de este acceso; (ii) la obligación de hacer del Estado (deber de protección del derecho), en el sentido de adoptar medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho; y (iii) la obligación de hacer del Estado (deber de realización del derecho), en el sentido de facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y hacer efectivo su goce⁵⁹.

Este Tribunal, en Auto 010 de 2004, afirmó respecto a dicha situación lo siguiente:

“Es claro que las órdenes contenidas en las decisiones de tutela, dirigidas a la protección de los derechos, tienen que acatarse y cumplirse sin excepción. La autoridad o el particular que haya sido declarado responsable de la amenaza o violación, debe cumplir la orden encaminada a la protección de los derechos fundamentales en los términos que lo indique la sentencia y en el plazo allí señalado. El incumplimiento de la decisión conlleva una violación sistemática de la Carta. Por una parte, en cuanto frustra la consecución material de los fines esenciales del Estado, como son la realización efectiva de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, el mantenimiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Preámbulo, arts. 1° y 2°). Y por la otra, en cuanto dicha omisión contraría, además de las normas constitucionales que regulan la acción de tutela y el derecho infringido, también aquellas que reconocen en el valor de la justicia y en los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, pilares fundamentales del

modelo de Estado Social de Derecho (arts. 29, 86 y 230)”.

En este orden de ideas, es claro que el acceso a la administración de justicia no se agota simplemente en la posibilidad de acudir ante un juez con el objeto de plantear un problema jurídico, ni en su pronta resolución, sino que implica, también, que “se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados”⁶⁰.

La Procuraduría General de la Nación, es una de las entidades que debe propender por lograr el cumplimiento de los fallos judiciales ante la evidente renuencia de la administración. En este sentido el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) establece que a todo servidor público “le está prohibido”:

(i) “Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo”. (Artículo 35 Numeral 1º)

(ii) Incumplir cualquier decisión judicial, fiscal, administrativa, o disciplinaria en razón o con ocasión del cargo o funciones, u obstaculizar su ejecución. (Artículo 35 Numeral 24)

En igual medida el artículo 50 de la misma normatividad establece las consecuencias disciplinarias en las que incurriría un servidor público al incurrir en dichas prohibiciones (falta grave o leve dependiendo de las circunstancias)⁶¹.

11.2. En igual línea de pensamiento y teniendo en cuenta que a lo largo de esta tutela y sus contestaciones han sido denunciados diversos actos de naturaleza penal es claro que la Fiscalía General de la Nación, es una de las entidades que debe propender develar lo ocurrido en el marco de este proceso, tal y como el artículo 250 superior lo reconoce en los siguientes términos:

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la

posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”.

Ahora bien, teniendo en cuenta que como se ha sostenido en la sentencia T-042 de 1996 en el evento de llegar a determinarse que una respuesta o prueba allegada a esta Corporación es abiertamente falsa o contradice la realidad procesal, dicha conducta puede llegar a constituirse en el delito de “Fraude Procesal”, tipificado en el artículo 182 del Código Penal o eventualmente el delito de “Falsa denuncia” consagrado en el artículo 435 de ese mismo Código, y, en esa medida, una vez aclarado el alcance fáctico y jurídico de la controversia puesta a consideración de las partes será necesario que la Fiscalía General de la Nación adelante las acciones correspondientes destinadas a esclarecer las actuaciones adelantadas por los sujetos procesales intervinientes.

Por lo anteriormente expuesto se ordenará al Procurador General de la Nación y al Fiscal General de la Nación que conformen un equipo de trabajo con funcionarios dependientes directamente de su despacho, para que vigilen el acatamiento de lo ordenado en esta decisión, y así mismo, adelanten las investigaciones penales y disciplinarias que permitan verificar o descartar las aseveraciones expresadas tanto en los hechos de la tutela como en la contestación.

En este orden de ideas se ordenará a los referidos organismos que de manera trimestral alleguen al juez que conoció en primera instancia de la presente acción de tutela un informe en el cual certifiquen los avances en el cumplimiento de las órdenes proferidas, así como los resultados penales y disciplinarios que se han obtenido.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR los fallos proferidos en el asunto de la referencia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 24 de abril de 2017, que a su vez confirmó

la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala de decisión Civil-Familia y Laboral del 22 de febrero de 2017, por medio de la cual se concedió la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, petición e inmunidad del territorio ancestral de las comunidades accionantes.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la orden proferida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 24 de abril de 2017 en lo relativo a la obligación de la Agencia Nacional de Tierras de Clarificar los 15 predios en disputa con las comunidades, para ello y en concordancia con el Auto 040 de 2017 se otorgará el término de 18 meses el cual se computará a partir del momento en el cual fue notificada la sentencia proferida por el juez de segunda instancia.

TERCERO.- ORDENAR a la alcaldía de Riohacha y a los inspectores de policía de esa ciudad que suspenda la realización de actuaciones y procesos de desalojo que actualmente se encuentren en curso en contra de las comunidades accionantes hasta tanto se tenga claridad sobre la titularidad de los bienes en disputa⁶².

CUARTO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Antropología e Historia, al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y a la Fiscalía General de la Nación en conjunto con las autoridades tradicionales de las comunidades accionantes, que en el término de 5 días contados a partir de la notificación de esta providencia, inicien los trámites administrativos necesarios para lograr la ubicación de los cementerios que supuestamente se encuentran localizados en los predios objeto de desalojo y de ser autorizado por la comunidad procedan a realizar las pruebas de Carbono 14 que permitan identificar la edad de los sepulcros. Proceso que no podrá tardar más de 6 meses contados a partir de la notificación de este auto.

QUINTO.- ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación y a la Unidad Nacional de Protección que a más tardar dentro de los 10 días siguientes a la notificación de este fallo finalice el respectivo proceso de diagnóstico de las condiciones de seguridad tanto de los accionantes como de los líderes de la comunidad.

SEXTO.- ORDENAR al ICBF, a la Alcaldía de Riohacha y a la Gobernación de la Guajira que a más tardar en el término de 10 días contados a partir de la notificación de esta decisión realicen un visita de campo a las comunidades accionantes con el propósito de identificar las necesidades relativas a salud, alimentación y oferta social que requieran sus integrantes, con

el propósito de que se adelanten las acciones necesarias para garantizar la supervivencia de los integrantes de dicha etnia.

SÉPTIMO.- ORDENAR al Procurador General de la Nación y al Fiscal General de la Nación que conformen un equipo de trabajo con funcionarios dependientes directamente de su despacho, para que vigilen el acatamiento de lo ordenado en esta decisión. Así mismo, dichos funcionarios deberán adelanten las investigaciones penales y disciplinarias que permitan verificar o descartar las aseveraciones expresadas tanto en los hechos de la tutela como en la contestación, para lo cual se ordenará que de manera trimestral alleguen al juez que conoció en primera instancia de la presente acción de tutela un informe en el cual certifiquen los avances en el cumplimiento de las esta orden.

OCTAVO.- ORDENAR al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala de decisión Civil-Familia y Laboral que teniendo en cuenta que varias de sus órdenes al igual que las órdenes proferidas por la Corte Suprema de Justicia no fueron satisfechas dé inicio al trámite de desacato con el propósito de determinar si el incumplimiento a los términos establecidos obedecieron a razones justificables o por el contrario es necesario la interposición de las correspondientes sanciones consagradas en el Decreto Estatutario 2591 de 1991.

NOVENO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (e.)

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ROCIO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e.)

1 Folio 415 del cuaderno principal.

2 Ibídem.

3 Aseveran que a pesar de la existencia del acto administrativo no se conoce la ubicación geográfica de dicha titulación, a tal punto que los dueños en ciertos casos han afirmado que su bien está ubicado al margen de la carretera y en otros procesos han afirmado que el bien adjudicado es otro.

4 Folio 350 Cuaderno Principal.

5 Folio 367 Cuaderno Principal.

6 Folios 1411-1437

7 Folio 241 cuaderno principal.

9 Folio 23, c.1 Anexos

10 El 23 de septiembre de 2016 se admitió la acción de tutela y se avocó correr traslado a las autoridades accionadas para que ejercieran el derecho a la defensa. Así mismo, se dispuso vincular a la Procuraduría General de la Nación, a través de sus Delegados para Asuntos Ambientales y Agrarios y Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, a la Defensoría Regional del Pueblo, al Ministerio del Interior – Unidad Nacional de Protección, a la Superintendencia de Notariado y Registro, al Departamento de La Guajira-Secretaría de Asuntos Indígenas, a la Dirección Seccional de Fiscalías de La Guajira, al Comandante de Policía del Departamento de La Guajira, al Director de Corpoguajira y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Con dichos sujetos procesales vinculados fue en un primer momento fallada la presente acción de tutela por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha (primera sentencia). Sin embargo mediante sentencia del 30 de noviembre de 2016 la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil dispuso la nulidad del fallo en atención a que no fueron vinculados la

totalidad de los sujetos procesales necesarios para adoptar la decisión correspondiente. Por ello, el juez de primera instancia dispuso, mediante auto de 19 de diciembre de 2016, la vinculación de Ever Quintana Rodríguez, la Inspección de Policía de Riohacha, la Unidad de Restitución de Tierras, el Juzgado 2º Penal Municipal de Riohacha, la Notaría 1ª de Riohacha, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Presidencia de la República, el Ministerio de la Protección Social, el Ejército Nacional y la Policía Nacional. Con dichos sujetos procesales fue proferida por el Tribunal Judicial de Riohacha la sentencia del 17 de enero de 2017 (segunda sentencia). Posteriormente, mediante providencia del 7 de febrero de 2017, el Tribunal de Riohacha ordenó con fundamento en las solicitudes y peticiones allegados por terceros al proceso, decretar de oficio la ineficacia de la sentencia anteriormente proferida y rehacer la actuación con la vinculación de terceros indeterminados de conformidad a lo consagrado en el artículo 138 del Código General del Proceso. Seguidamente fue proferido por el Tribunal Judicial de Riohacha mediante providencia del 22 de febrero de 2017 la sentencia que aquí se analiza (tercera decisión). Ahora bien, teniendo en cuenta que a pesar de las diferentes nulidades decretadas tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Tribunal de instancia, los argumentos expuestos tanto por las entidades originalmente demandadas, como por las vinculadas, así como por el juez de instancia son prácticamente los mismos y con el objeto de garantizar una mayor facilidad en la comprensión de la decisión adoptada, esta Sala no reiterara por segunda, ni tercera vez, los argumentos expuestos por el juez de instancia, ni mucho menos las respuestas que fueron remitidas en cada oportunidad. Por lo anterior, se sistematizaran las contestaciones de todas las entidades en un solo acápite y se ilustrará por una sola vez la decisión adoptada por el juez de instancia.

11 Folio 235 cuaderno principal

12 No se precisaron qué actuaciones concretamente se han desarrollado.

13 En las pruebas obrantes en el expediente se logra determinar que el juez 81 de control de garantías de Bogotá, dictó el 1º de enero de 2017 medida de aseguramiento contra el alcalde de Riohacha, Fabio Velásquez, por presuntas irregularidades con el contrato de alimentación de los niños escolarizados de estratos 1 y 2 de la capital de La Guajira.

14 En las pruebas obrantes en el expediente se logra determinar que el señor Ever David

Quintana fue electo Concejal para el periodo 2015-2019, sin embargo, la Sección quinta el Consejo de Estado, mediante sentencia del 21 de septiembre de 2016, radicación número: 44001-23-33-000-2015-00172-01, declaró nula su elección ya que se logró demostrar que al candidato que lo superaba en votos, de manera irregular le fueron restados 5 votos en el formulario e-24, mientras que al señor Quintana Rodríguez le fueron agregados 7 votos en el acta e-24.

15 Proferida por la Corporación Autónoma Regional de la Guajira.

16 Folio 328 cuaderno principal.

17 Folio 233 cuaderno principal.

18 A folio 279 del cuaderno principal se evidencia una declaración ante el juez de tutela que conoció de la presunta vulneración de los derechos de la comunidad accionante en la cual el señor Ever David Quintana expuso que “se suscribió acuerdo entre las partes en el cual el señor Ever Quintana se compromete a ceder el área de 18 metros de ancho por 57 metros de fondo, en la parte de atrás sur, además se compromete de igual forma a cancelar la suma de Cinco Millones de Pesos a la señora Rosa Matilde Epieyu”

19 Folio 1564.

20 ARTÍCULO 42.- Efecto jurídico de la inscripción catastral.- La inscripción en el catastro no constituye título de dominio, ni sana los vicios de que adolezca la titulación presentada o la posesión del interesado, y no puede alegarse como excepción contra el que pretenda tener mejor derecho a la propiedad o posesión del predio.

21 Estos son: (i) formulario de inscripción debidamente diligenciado, (ii) documento mediante el cual se acredite pertenencia del solicitante a la población y (iii) denuncias de los hechos de amenaza ante la Fiscalía General de la Nación , la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría o Personería.

22 Decisiones de revisión. Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas”.

23 Sentencia T-026 de 2015.

24 Organización Internacional del Trabajo, OIT, 2003. Disponible en: http://www.ucm.es/info/IUDC/img/biblioteca/Manual_c169.pdf

25 Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios de sus casos sobre comunidades indígenas conforme el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para el efecto ver Felipe Forero-Mantilla, Conectividad: alcances del derecho a la propiedad aborígen y tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 177-212 (2010).

26 En este fallo se protegió el derecho de dos comunidades que habían solicitado en repetidas ocasiones a la entidad administrativa de ordenamiento agrario la constitución de un resguardo en el territorio que habitaban ancestralmente para solucionar problemas de convivencia. La Corte concluyó que del material probatorio se desprendía que la omisión de la autoridad competente de tramitar el procedimiento de constitución de resguardos había contribuido de manera directa a la vulneración del derecho a la paz y a la amenaza del derecho a la vida que se cernía sobre los miembros de las parcialidades indígenas en conflicto.

27 En dicho fallo se amparó el derecho del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, entre otras razones, porque al territorio había sido arbitrariamente seccionado por el Gobierno en dos resguardos a pesar de que no existía solución de continuidad en el territorio. En esa oportunidad, la Corte señaló que la constitución de los resguardos debe “(...) partir del respeto por el derecho a la personalidad de cada uno de los pueblos indígenas y raizales; para efectos jurídicos, estos pueblos deben ser identificados aplicando el artículo 1°, numerales 1 -literal b)-, y 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, o el artículo 2° del Decreto 2001 de 1988”.

28 La Sala Séptima de Revisión estudió en esa oportunidad la acción de tutela interpuesta por el Gobernador del Resguardo Indígena de Quizgó asentado en el municipio de Silvia en el departamento del Cauca, quien fundamentaba la solicitud de amparo en los derechos de petición y de propiedad colectiva que estimaba vulnerados ante la dilación injustificada en la tramitación de la solicitud de ampliación del resguardo por parte del INCORA. La Corte

declaró la vulneración del derecho de petición de la comunidad indígena, en el sentido de que la entidad se había tomado un tiempo irrazonable para dar respuesta a la solicitud de ampliación del resguardo, excusándose únicamente en la complejidad del asunto, sin realizar otras actuaciones. Se ordenó entonces al INCORA resolver en el término de 15 días la solicitud de ampliación del resguardo indígena. Lo relevante de esta providencia es que esta Corporación observó que el plazo de 13 meses que se había tomado la entidad demandada para responder la solicitud era un plazo irrazonable, pues, a pesar de que la ampliación del resguardo implicaba la discusión de territorios baldíos no se había emitido siquiera una respuesta, circunstancia que afectaba los derechos fundamentales de la comunidad indígena.

29 Analizó la acción de tutela interpuesta por representantes de las comunidades Embera Dobida de Eyakera del Chocó contra los Ministerios de Agricultura, del Interior y del Medio Ambiente, y el INCODER, debido a las dilaciones en la tramitación de la titulación de las tierras y constitución del resguardo indígena. La Corte luego de encontrar probado que la comunidad Embera Dobidá inició un proceso de titulación de su territorio, el cual no había culminado luego de 16 años de solicitudes e intervenciones ante el INCORA (y luego el INCODER), advirtió que “La titulación de la tierra, como derecho de las comunidades indígenas, es esencial para la protección de su derecho constitucional fundamental al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. No se concibe a la comunidad indígena sin su tierra”.

30 Examinó la acción de tutela interpuesta por la comunidad indígena Sikuaní Arizona Cupepe, del municipio de Cumaribo, Vichada, que solicitaba la constitución de su resguardo que había tardado más de 14 años, ante el INCODER. La Corte protegió los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la identidad cultural, a la propiedad colectiva, a la vida digna y a la educación de la comunidad indígena accionante. Al ser esta providencia el precedente aplicable al caso concreto, sus fundamentos se desarrollarán con más detalle en el acápite del análisis de la vulneración.

31 Sobre el particular ver sentencia T-052 de 2017. En dicha oportunidad la Corte Constitucional precisó en relación a una tutela en la cual un resguardo solicitaba reclamos territoriales sobre bienes que actualmente cubrían importantes cabeceras municipales como Tibú y Pamplona lo siguiente: “Es claro que frente a la reivindicación por parte de una

comunidad indígena o afrodescendiente, de los territorios que en algún remoto momento sus antecesores ocuparon, debe procederse con cautela y sentido de proporcionalidad, pues más allá de la connotación injusta y/o violenta, que en su momento puedan haber tenido algunos de los hechos que determinaron la reducción de sus territorios históricos, no resulta razonable pretender su completa recuperación, frente a situaciones lenta y largamente consolidadas, en cuya preservación tienen interés terceros de buena fe, que en muchos casos no participaron de los presuntos actos de despojo, ni por sí mismos ni a través de sus causantes. Esta situación es común en los casos en que, con el transcurso de los tiempos, surgieron en tales áreas poblados o ciudades, actualmente reconocidos y dotados de autonomía territorial, o se desarrollaron y consolidaron determinadas actividades económicas, cuyo desmonte supondría injusta afectación a los derechos de terceras personas”.

32 Al respecto, en la sentencia T-561 de 2007, la Corte explicó: “Ahora bien, esta Corporación ha manifestado que una respuesta es suficiente cuando resuelve materialmente la petición y satisface los requerimientos del solicitante, sin perjuicio de que la respuesta sea negativa a las pretensiones del peticionario. La efectividad de la respuesta depende de que se solucione el caso que se plantea. Por último, la congruencia exige que exista coherencia entre lo respondido y lo pedido, de tal manera que la solución verse sobre lo pedido y no sobre un tema semejante, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional que se encuentre relacionada con la petición propuesta.”

33 Sobre el particular vale la pena traer a colación lo expresado por esta corporación en los autos 004 y 005 de 2009, en los cuales este tribunal identificó la ocurrencia de ciertas actividades de explotación y exploración de recursos que han impactado de manera desproporcional a la población indígena y afrodecendiente en el territorio nacional.

34 Informe Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas – Desplazamiento y Crisis Humanitaria 2012-2013.

35 Segundo informe de seguimiento y monitoreo a la implementación de la ley de víctimas y restitución de tierras, 2012-2013 – Comisión de seguimiento de los organismos de control.

36 Informe Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas – Desplazamiento y Crisis Humanitaria 2012-2013.

37 Primer Informe al Congreso de la República 2013 – 2014, Comisión de Seguimiento y Monitoreo al Cumplimiento de la Ley 1448 de 2011, agosto de 2014.

38 Más de 2.000 folios.

39 En otras palabras, de llegar a demostrarse la veracidad de varias de las afirmaciones expresadas en el escrito de tutela se estaría demostrando que ciertos jueces, notarios, y funcionarios de la administración han actuado de manera ilegal en contra de los intereses de la comunidad y, en esa medida, dichas actuaciones podrían constituir la existencia de delitos tales como desplazamiento forzado, fraude procesal, falsedad ideológica en documento público, amenazas, concierto para delinquir, peculado, entre otros.

40 En este sentido ver la sentencia T-174 de 2013.

41 Sentencia T-445 de 2016.

42 Según precisó la ANT en el Auto 040 de 2017, los procesos de clarificación tardan en promedio 18 meses en realizarse.

43 Sentencia T-488 de 2014.

44 Corte Constitucional, Sentencia T-086 de 2003.

45 Ibídem.

46 Auto 335 de 2014.

47 En este sentido el auto de fecha 18 de mayo expuso lo siguiente: “En atención a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en resolución calendada a 17 de noviembre de 2009, y teniendo en cuenta que los predios titulados a favor de los consejos comunitarios son imprescriptibles e inalienables, ni los palmeros, ni los invasores podrán contar con título válido alguno para que se configure un posible derecho que los lleve a una eventual declaración de pertenencia, motivo por el cual deben ser desalojados aún cuando sea necesario el uso de la fuerza pública, sin importar para tal declaración la antigüedad de la ocupación, ya que tal aspecto sólo es relevante respecto de la caducidad de las acciones policivas, distintas de las que tienen por objeto la protección y restitución de bienes de

propiedades colectivas en las que el Estado es garante por mandato constitucional y legal. De igual manera, se informa que se practicó inspección ocular dentro de la querella de restitución, para determinar el territorio colectivo ocupado por cada empresa palmicultora y fue así como el INCODER logró determinar un área de casi 10.000 hectáreas. A la diligencia se dice que asistieron, el Ministerio del Interior y de Justicia en su calidad de querellante, el INCODER como perito y Acción Social, ICA y el Programa Presidencial de Derechos Humanos como acompañantes. Finalmente, y sobre el particular, se menciona que la Superintendencia de Notariado y Registro remitió los certificados inmobiliarios actualizados con los que se determinan los propietarios actuales de los predios privados a los que hace alusión la resolución 2424 de 2007. Para garantizar esta protección la decisión en comento ordenó que se “Suspenda inmediatamente el proceso de restitución administrativa y entrega física de los territorios colectivos de las cuencas de los ríos Curvaradó, hasta tanto haya finalizado el proceso de censo y caracterización a que hace referencia el ordinal anterior y se haya realizado la Asamblea General para la elección del Consejo Comunitario Mayor mencionado en los ordinales anteriores, de tal manera que se clarifique la legitimidad y representatividad de sus autoridades colectivas”.

48 La Corte Constitucional en el Auto T-278 de 2009 definido a prejudicialidad en los siguientes términos: “La prejudicialidad se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca”.

49 Folio 415 del cuaderno principal.

50 Ibídem.

51 En dicha providencia la Corte examinó la solicitud elevada por una ciudadana, en nombre propio y el de su hijo menor de edad, que sufrieron múltiples desplazamientos y agresiones desde cuando su esposo decidió desmovilizarse de las FARC y buscar infructuosamente la ayuda del Estado para reintegrarse de forma definitiva a la vida civil, hasta el momento en que fue asesinado.

52 Folios 1411-1437

53 [Cita del aparte transcrito] Reglamento Interno de la Corte Constitucional, Artículo 49. Sala de Selección de Tutelas. (...) Según el artículo 33 del decreto 2591 de 1991, es facultad de la Sala de Selección escoger de forma discrecional las sentencias de tutela que serán objeto de revisión. En tal virtud, las peticiones que se reciban de personas interesadas en que se revise un fallo de tutela, serán respondidas por el secretario general de la Corporación, de conformidad con lo ordenado por la Sala de Selección (Acuerdo 01 de 1997).

De la misma manera, se procederá en caso de petición de insistencia de los particulares en la revisión de un fallo excluido de revisión, la cual es facultativa del Defensor del Pueblo o de un magistrado de la Corte Constitucional, en los términos del citado artículo 33 del decreto 2591 de 1991 (Acuerdo 01 de 1997). Artículo 51. Insistencia. Además de los treinta días de que dispone la Sala de Selección y en virtud de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, cualquier Magistrado titular o el Defensor del Pueblo, podrá insistir en la selección de una o más tutelas para su revisión, dentro de los quince días calendario siguientes a: 1. La comunicación de la Secretaría General de la Corte al despacho del Magistrado sobre la decisión negativa de la Sala de Selección. 2. El recibo de dicha información por parte del Defensor del Pueblo. (Acuerdo 04 de 1992) Mediante sentencia del Consejo de Estado del 28 de julio de 1995, se resolvió no acceder a la petición de nulidad de este artículo. Artículo 52. Trámite de la insistencia. Recibida la solicitud, la Sala de Selección de turno entrará a reexaminar en los términos y por las causales previstas en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, la tutela objeto de insistencia. Si encuentra procedente la selección, así lo hará y dispondrá su reparto. Si la decisión fuere negativa, se informará de ello al solicitante dentro de los tres días siguientes. Contra las decisiones de selección no procederá recurso alguno (Acuerdo 04 de 1992). Mediante sentencia del Consejo de Estado del 28 de julio de 1995, se resolvió no acceder a la petición de nulidad de este artículo.

54 Sentencia

55 Folios 1411-143

56 Cfr. Sentencias C-1003 de 2008 y T-329 de 1994.

57 Cfr. Sentencias C-1006 de 2008 y T-1686 de 2000.

58 Cfr. Sentencias T-443 de 2013 y C-426 de 2002.

59 Estas obligaciones están previstas, también, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2).

60 Cfr. Sentencias T-096 de 2008, T-1051 de 2002 y T-553 de 1995.

61 Artículo 50. Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley. (Negrilla fuera de texto)

62 Lo anterior de ninguna manera faculta o avala nuevas invasiones u ocupaciones en los territorios en disputa, ya que la orden se extiende a garantizar la protección de la ocupación/posesión que existe a la fecha de expedición de este fallo.