



Septiembre tres (03) de dos mil veinte (2020)

Acción de tutela, Rad. 44001310300220200005400, Accionante: AUDOMELIO FRAGOZO EPIAYU, Accionados: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, MINISTERIO DEL INTERIOR, AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS, UNIDAD NACIONAL DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS, DEFENSORÍA NACIONAL DEL PUEBLO, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA EMPRESA CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED, Derechos: vida digna, igualdad, mínimo vital étnico, consulta previa, debido proceso, integridad social y cultural, y propiedad colectiva de la comunidad étnica indígena wayuu el Espinal.

HECHOS RELEVANTES

La acción de tutela se fundamenta en los siguientes hechos:

1.- La comunidad étnica indígena wayuu, EL ESPINAL está ubicada en el Municipio de Hatonuevo La Guajira desde épocas ancestrales, tiene posesión y dominio ancestral en su territorio de propiedad colectiva, donde está conformada por más de 90 familias de los clanes EPIAYU, IPUANA, URIANA, SAPUANA, GOURIYU, PUSHAINA Y JARARIYU, el territorio colectivo de la comunidad étnica indígena wayuu EL ESPINAL, posee desde épocas ancestrales una extensión territorial colectiva de más de setecientas (700) hectáreas, donde desarrollan sus actividades ancestrales explorando económicamente las tierras de acuerdo a sus usos y costumbres.

2- La comunidad étnica wayuu EL ESPINAL donde está ubicada actualmente tienen posesión y dominio del territorio colectivo ancestral desde épocas milenarias ancestrales y pertenecen a su antiguo territorio colectivo EL ESPINAL, porque anteriormente estaban ubicados en el mismo territorio colectivo pero muy cerca de donde iniciaron las primeras explotaciones de carbón por parte de la empresa intercor en 1985.

3- El día 28 del mes de septiembre del año 1992 la corte constitucional reconoce la existencia posesión y dominio ancestral del territorio colectivo que tiene por tradición la comunidad étnica wayuu el espinal ubicada en el municipio de Hatonuevo La Guajira y determina que la empresa Carbones del Cerrejón Limited está generando afectaciones directas contra la comunidad étnica wayuu.

4- En el año 1993 la empresa intercor inicio proceso de lanzamiento desplazamiento despojos y compras irregulares de terrenos que pertenecen al territorio colectivo de la comunidad étnica indígena wayuu EL ESPINAL desde épocas milenarias ancestrales, solo por el interés para explorar carbón en su territorio colectivo y áreas de influencias.

5- El día 23 del mes de junio del año 2016 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena Sala Civil Especializada en Restitución de tierras profiere sentencia y en ella determina que la comunidad indígena wayuu del antiguo ESPINAL, ha sido víctima de desplazamiento de su territorio desde 1992.

6- El día 6 del mes de mayo del año 2019 la Empresa Carbones del Cerrejón Limited contesto requerimiento solicitado por la señora FRANCISCA APIAYU en representación de la comunidad indígena wayuu EL ESPINAL donde la empresa desconoce las afectaciones directas que está generando contra la comunidad indígena wayuu EL ESPINAL y la violación de sus derechos fundamentales.

7-El día 21 del mes de mayo del 2020, Empresa Carbones cerrejón Limited envió un oficio solicitando a los miembros de la comunidad étnica indígena wayuu EL ESPINAL, que debían restituir o entregar al territorio colectivo donde están asentadas.

8-La comunidad étnica indígena wayuu EL ESPINAL manifiesta que el Presidente de la Republica de Colombia, ministros del interior, Agencia Nacional de Tierras, Unidad Nacional



de Gestión Restitución de Tierras, Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación delegada para Asuntos Étnicos tienen conocimiento y existen pruebas que la Empresa Intercor hoy Carbones del Cerrejón Limited viene desplazando desde 1992 hasta la presente a los miembros de la comunidad étnica wayuu.

9- La comunidad étnica wayuu EL ESPINAL, existe desde épocas milenarias, antes de que se efectuaran las compras de terrenos, contratos de comodatos, desplazamientos, despojos y lanzamientos irregulares, contra su territorio ancestral.

10- La solicitud de fecha 21 del mes de agosto del año 2020 de restitución de territorio colectivo donde está asentada la comunidad indígena wayuu EL ESPINAL presentada por la empresa Carbones del Cerrejón Limited es improcedente, por ser un territorio de propiedad colectiva desde hace más de 100 años de la comunidad indígena wayuu EL ESPINAL, desde el año 1992 vienen padeciendo de desplazamientos forzados, despojos, celebraciones de contratos de comodatos y compras irregulares de terrenos fraccionados o partes de terrenos.

PRETENSIONES

1 Tutelar los derechos Constitucionales a la vida digna, igualdad, mínimo vital étnicos, consulta previa, debido proceso, integridad social, propiedad colectiva de la comunidad étnica indígena wayuu EL ESPINAL, Municipio de Hatonuevo La Guajira violados por el PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, MINISTERIO DEL INTERIOR, AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS, UNIDAD NACIONAL DE GESTION DE RESTITUCION DE TIERRAS, DEFENSORIA NACIONAL DEL PUEBLO, PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y LA EMPRESA CARBONES DEL CERREJON LIMITED, y ocasionar perjuicios irremediables contra la comunidad indígena wayuu EL ESPINAL

2 Ordenar a la Empresa Carbones del Cerrejón Limited suspender el proceso de restitución de tierras colectivas contra la comunidad étnica indígena wayuu EL ESPINAL, Municipio de Hatonuevo La Guajira, hasta que se efectué el proceso de consulta previa con la comunidad indígena wayuu EL ESPINAL y la empresa Carbones del Cerrejón Limited.

3 Ordenar al Ministro del Interior convocar a proceso de consulta previa entre la comunidad étnica indígena wayuu EL ESPINAL y la empresa Carbones del Cerrejón Limited porque está generando afectaciones directas contra el tejido social, cultural, territorial, espiritual y económico, originados por desplazar y despojar a la comunidad indígena wayuu EL ESPINAL de sus tierras de propiedad colectivas desde épocas ancestrales, con la finalidad de explorar carbón en ellas.

4 Ordenar al Presidente de la Republica de Colombia, Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación proteger y defender los Derechos Fundamentales de la comunidad indígena wayuu EL ESPINAL porque tienen esa responsabilidad constitucional.

5-Ordenar a la Agencia Nacional de Tierras y la Unidad Nacional de Gestión de Restitución de tierras informar al despacho con relación a la comunidad étnica wayuu EL ESPINAL la cual tienen conocimiento y pruebas que esta comunidad indígena wayuu viene sufriendo de desplazamiento y despojos de sus tierras de propiedad colectiva.

6- Solicita ordenar que se efectué proceso jurídico inspección judicial en el territorio donde está asentada la comunidad étnica indígena wayuu EL ESPINAL y tiene posesión y dominio ancestral, para tener una mayor veracidad sobre en qué condiciones se encuentra y cuáles son las afectaciones directas que está originando la empresa Carbones del Cerrejón Limited por estar explotando carbón en partes de su territorio colectivo y áreas de influencia, sin efectuar proceso de consulta previa con la comunidad indígena wayuu El Espinal.



ACTUACIÓN PROCESAL

Presentada la tutela por la accionante, le correspondió a este Juzgado su trámite, la cual fue admitida en acatamiento a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil proveído del (14) de agosto de dos mil veinte (2020), disponiéndose en consecuencia su admisión, traslado y las vinculaciones correspondientes.

De conformidad con lo ordenado por la referida Corporación, se dispone tener como pruebas las allegadas al trámite respecto del cual se declaró la nulidad.

Notificado en debida forma el proveído admisorio se procede a fallar dentro del término legal, sin que se observen vicios capaces de invalidar lo actuado.

Respuesta por parte de la Empresa Cerrejón

Conforme al soporte probatorio que se adjunta a este informe se tiene que el cabildo gobernador del nuevo espinal es el señor Álvaro Ipuana y prueba de ello es el acta de posesión del 18 de marzo de 2018 y el acuerdo 036 de 2017 a través del cual se constituye como resguardo el nuevo espinal y conforme a la certificación emitida por la Secretaría de Asuntos Indígenas de Albania el 30 de agosto de 2019 se observa que el aquí accionante no tiene la calidad de autoridad tradicional del resguardo cuatro de noviembre.

Por lo anterior, el señor Audemolio Fragozo no es autoridad tradicional de la comunidad del espinal y en virtud de ello no estaría legitimado para instaurar la presente acción de tutela.

Por otra parte, indica que (...) conforme lo anterior, respecto de lo que el accionante denomina su territorio colectivo ancestral se tiene que se trata de un inmueble de naturaleza privada denominado las delicias con un área de 69 hectáreas 5336 M2 e identificado con el folio de matrícula 210-27027 de la oficina de registro e instrumentos públicos, adjudicado por el INCORA al señor Nerón Epiayu mediante Resolución 03567 del 18 de julio de 1994, la cual incluso indica que el adjudicatario para dicha fecha acreditaba una explotación agropecuaria de 21 años y quien trasfiere la propiedad a la empresa Cerrejón mediante escritura pública No. 210 de 13 de junio de 2002 de la Notaría Única de Barrancas.

La referida empresa mediante contrato de comodato No. 055-002-2008 entregó a la señora Francisca Epiayu quien desde el 12 de abril de 2002 ejerce la tenencia del inmueble en calidad de comodataria.

Ahora bien y dada la calidad de comodataria del inmueble Las Delicias que tiene la señora Francisca Epiayu desde 2008 y que el accionante sin ningún soporte probatorio denomina como su territorio colectivo es que Cerrejón mediante el oficio del 21 de mayo de 2020 notifica la terminación del contrato de comodato con fundamento en lo establecido en la cláusula décima tercera. Se resalta que dicho acto no ha sido suscrito con la comunidad del Espinal o sus miembros.

Respuesta por parte de la Procuraduría General de la Nación - Regional Guajira.

Sea lo primero advertir que, la Procuraduría Regional de la Guajira, ni cualquier otra dependencia de la Procuraduría General de la Nación han tenido injerencia alguna, o participado en los hechos narrados en la demanda o en la situación actual de la Comunidad Étnica Indígena Wayuu El Espinal Municipio de Hatonuevo - La Guajira-, ni ante la Empresa C A R B O N E S D E LCERREJON LIMITED, o cualquiera de las demás entidades o personas vinculadas a la presente acción de tutela, como tampoco tiene injerencia alguna en las decisiones que adopten tales entidades, por lo que con todo respeto solicito a la honorable Juez, DESVINCULAR del presente asunto a la Procuraduría Regional de La Guajira y que esta petición se haga asimismo extensiva, a las demás dependencias de la Procuraduría General de La Nación.



En razón de lo expresado anteriormente, se considera que, –prima facie–, la acción de tutela si resultaría el medio más eficaz, en punto de obtener solo la garantía del derecho fundamental de la consulta previa citado como violado, en el evento de llegarse a probar su procedencia y que se omitió tal procedimiento, pues este derecho es reconocido por la honorable Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias, amén que era previsible que la ejecución del proyecto de explotación de carbón, podía causar algún impacto a la comunidad indígena, entre ellos su desplazamiento, a quienes la jurisprudencia nacional los ha declarado sujetos especiales de protección, que deben ser tratados con un criterio diferenciado.

En el caso Subjudece, se evidencia de los hechos narrados en la tutela, que el accionante es la autoridad tradicional de la comunidad indígena “EL ESPINAL”; e igualmente se concluye que esta es una comunidad étnica, como se demuestra con los documentos allegados junto con la demanda. Por lo anterior, adelantar la consulta previa es una obligación legal de quien pretenda ejecutar o continuar con la ejecución de un proyecto que sea susceptible de afectar a comunidades étnicas; pues se repite ello no es un acto discrecional de las empresas que intervienen, con su actividad, en territorios colectivos donde habitan regular y permanentemente comunidades étnicas, en tanto la relación de las comunidades con el territorio es una relación sui generis especial de arraigo hacia el territorio, por lo que su despojo determina la obligatoriedad de adelantar la respectiva consulta con las comunidades asentadas en el sitio en donde se ejecutará el proyecto.

Respuesta por parte del Presidente de la Republica – Presidencia de la República

(...) Preciado que el señor Presidente de la República y la Presidencia de la República no son la misma persona y cuáles son las funciones de cada uno, comedidamente le solicito a su honorable Despacho se sirva declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Presidencia de la República y del señor Presidente de la República dentro de la presente acción constitucional, toda vez que (i) no representan a la Nación para efectos de la acción de tutela de la referencia, (ii) no tienen funciones que se relacionen con la realización de la consulta previa entre la Empresa Carbones del Cerrejón Limited y la Comunidad Étnica Wayuu El Espinal, pues conforme lo dispuesto en el Decreto 2893 de 2011, “Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior” es función de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y no de la Presidencia de la República y (iii) nada tiene que ver con el proceso de restitución de tierras colectivas que se pretende.

Respuesta por parte de la Procuraduría General de la Nación – Delegada para Asuntos Étnicos.

Al respecto, sea lo primero señalar que no ostenta la Procuraduría General de la Nación Legitimación en la Causa por Pasiva en la acción constitucional de Tutela en cita, por no ser la autoridad competente y facultada administrativa ni presupuestalmente para la atención integral de los accionados en el desarrollo de un proceso de Consulta previa, libre e informada que permita efectivamente en la garantía real de este derecho establecer las formas, rutas metodológicas, tiempos, responsables y espacios necesarios para conocer el accionar de la empresa así como identificar los impactos ambientales, culturales, sociales, reconocimos que está intervención en el territorio colectivo ocasionaría.

No obstante, la Procuraduría Delegada para Asuntos Étnicos, como Dependencia de la Procuraduría General de la Nación, garantes de Derechos Humanos y, en el marco de las funciones preventivas conferidas por el Decreto 262 de 2000, en armonía con las resoluciones 254 de 2017 y 1073 de 11 de diciembre de 2019, emanadas del Despacho del señor Procurador General de la Nación, despliega, acciones ante las autoridades públicas del orden nacional, regional y local, responsables, competentes constitucional y legalmente de la adopción, implementación y ejecución de la política pública, encaminadas a garantizar y materializar los derechos fundamentales individuales y colectivos de los pueblos indígenas y demás pueblos étnicos presentes en el territorio nacional.



(...) ante los hechos narrados en la presente acción constitucional, comparte este despacho que de acreditarse la conducta omisiva, por parte de entidades responsables, competentes legal y administrativamente en cabeza de sus funcionarios del orden nacional, regional o local, se ampare por consiguiente el derecho fundamental de la consulta previa, libre e informada así como la debida protección integral del territorio ancestral espiritual y colectivo, entendiendo la misma como elemento fundante para la pervivencia física y cultural, así mismo consecuentemente las ordenes pertinentes y adecuadas para la efectividad y concreción de los derechos fundamentales a igualdad, debido proceso, integridad social, integridad cultural, propiedad colectiva y cometer perjuicios irremediable invocados por el pueblo indígena accionante LA COMUNIDAD ETNICA INDIGENA WAYUU EL ESPINAL ubicados en jurisdicción del municipio de Hato nuevo, departamento de la GUAJIRA los cuales gozan de especial protección constitucional, reconocidos como sujetos de derechos, tanto en la legislación nacional como en los distintos instrumentos internacionales en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas, como el Convenio No. 169 de 1989 aprobado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), la recién aprobada Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos indígenas (2016). Además, la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de Derechos Humanos. En suma, honorable Jueza, las medidas que permitan al pueblo indígena accionante, salvaguardar sus derechos colectivos fundamentales todos en cuanto coadyuva integralmente a la protección y garantía efectiva a la diversidad étnico y cultural de la nación.

En el presente caso, es procedente la acción de tutela, conforme a lo contemplado por el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, en tratándose de derechos fundamentales amenazados a un sujeto colectivo de derechos fundamentales, atendiendo a la vulneración del derecho fundamental a la Consulta previa, libre e informada y demás derechos conexos al Pueblo indígena accionante presente en el Departamento de la Guajira, lo que constituye un riesgo inminente para la vida, la salud, buen vivir, pervivencia de la cultura de los pueblos indígenas en esa jurisdicción.

Respuesta por parte de Personería de Hatonuevo

La presente acción se debe resolver atendiendo las pruebas aportadas por las partes y acatando las normas constitucionales.

Respuesta por parte de Ministerio del Interior

La presente acción de tutela debe ser rechaza, toda vez a la fecha no se ha desconocido el derecho de la consulta previa para la comunidad indígena Wayuu el Espinal. Como se demostró previamente, si del análisis que debe hacer la Agencia Nacional de Licencia Ambientales y de Carbones del Cerrejón Limited se determina la afectación directa de la comunidad accionante, se requerirá al Ministerio de Interior - Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa el acompañamiento del proceso consultivo, como señala la sentencia T 704 de 2016.

(....) no se encuentra configurada la inmediatez de la acción, toda vez que el accionante aduce una afectación de sus derechos desde 1992, es decir hace más de 28 años.

Finalmente, la parte accionante aduce una supuesta vulneración a sus derechos, pero no logran probar o acreditar mediante prueba siquiera sumaria las supuestas afectaciones que dicen se les están causando,

Solicita que se declare a favor del Ministerio del Interior – Dirección de Asuntos Indígenas Rom y Minorías la existencia de falta de legitimación material en la causa por pasiva, por cuanto no existe nexo de causalidad entre la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la parte actora y la acción u omisión por parte de este



Ministerio del Interior – Dirección de Asuntos Indígenas Rom y Minorías, por lo que la presente tutela se torna improcedente en contra de éste despacho.

Respuesta por parte de la Defensoría del Pueblo – Regional Guajira

Respecto del tema que se ventila dentro de la Acción de Tutela de la referencia, esta Defensoría no ha tenido conocimiento de la problemática presentada. En consecuencia, una vez revisados los archivos de esta Regional se advierte que no existe registro alguno que contenga solicitud de acompañamiento o apoyo que provenga de la accionante, sin embargo, se deja sentado que estamos atentos a cualquier solicitud de Gestión al respecto. Cabe resaltar que, por tratarse de Derechos fundamentales, solicitamos al Juez de tutela la protección de los mismos en el evento de demostrarse una posible vulneración.

Agencia Nacional de Tierras

- El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras, dentro del proceso judicial radicado 200013121001201400033-00, profirió sentencia No. 33 de restitución de derechos territoriales a favor de la Comunidad Indígena Wayúu Nuevo Espinal, ubicado en el municipio de Barrancas, La Guajira ordenando la culminación del proceso de constitución del resguardo "Nuevo Espinal" y en consecuencia procediera a delimitar, demarcar, y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del Pueblo indígena en mención.

En cuanto al proceso de constitución del resguardo indígena Nuevo Espinal de la étnica Wayuu, la Agencia Nacional de Tierras ha realizado las siguientes actuaciones que han sido puestas en conocimiento del Despacho judicial de conocimiento, visible en expediente de ORFEO 201751002699800020E:

1. La Dirección de Asuntos Étnicos mediante auto del 29 de septiembre de 2016, en cumplimiento de la orden segunda de la sentencia relacionada anteriormente, ordena practicar visita para la actualización del Estudio Socioeconómico, Jurídico y de Tenencia de Tierras elaborado en enero de 2012 de la comunidad indígena Nuevo Espinal de la étnica Wayuu, la cual se realizó del día 18 al 21 de octubre de 2016, que quedó registrada en acta de visita.
2. En correspondencia del artículo 3 del auto de 29 de septiembre de 2016, en el mes de octubre de 2016 se realizó el Estudio Socioeconómico, Jurídico y de Tenencia de Tierras para la Constitución del Resguardo.
3. El 3 de febrero de 2017 la DAE emitió auto donde remite el expediente a la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior para que expida concepto previo sobre la constitución del resguardo Nuevo Espinal.
4. El 14 de febrero de 2017 mediante radicado EXTM17-6064 radicó a la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior el expediente para la constitución del resguardo.
5. El Director de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior emitió concepto favorable para la constitución del resguardo, mediante oficio OFI17-6242-DAI-2200 del 27 de febrero de 2017. Esto conforme al artículo 2.14.7.3.6. del Decreto 1071 de 2015.
6. De conformidad con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2363 de 2015, el Liquidador del extinto INCODER procedió a efectuar la transferencia de los predios objeto de constitución del resguardo indígena Nuevo Espinal, suscribiéndose al efecto por parte del liquidados y del Directos de la ANT, el acta No. 0062 del 22 de noviembre de 2016.



7. Posteriormente se requirió al IGAC mediante oficio del 10 de marzo de 2017, radicado 20175000063271 proceso catastral para verificación y corrección de cabida, linderos y archivos catastrales de la cabida del Predio: nuevo Hato Paraje Diego Largo identificado con folio de matrícula inmobiliaria 210-6289 pues según escritura pública 1400 del 9 de octubre de 1997 de la Notaría Primera de Riohacha (La Guajira), el área es de 167 hectáreas 3717 M2 y en el levantamiento topográfico realizado por el INCODER en el año 2012 el área que arrojó es de 121 Has 8608 M2.

8. El IGAC mediante resolución No. 44-078-000043-2017 del 18 de abril de 2017 resuelve la solicitud de rectificación y ordena la inscripción en el catastro del municipio de Barrancas (La Guajira) los cambios de área de 167 Has 3717 M2 a 121 Has 8607 M2.

9. Con el fin de realizar la actualización y registro de la resolución No. 44-078- 000043-2017 del 18 de abril de 2017 en el folio de matrícula No. 210-6289 mediante memorando del 24 de mayo de 2017 radicado No. 20175000036663 se solicita a la Subdirección de Administración de Tierras de la Nación como propietaria y administradora del predio realice las gestiones necesarias para solicitar ante la ORIP la inscripción de la actualización de área del predio.

10. La Subdirección en mención nos informa mediante memorando del 31 de mayo de 2017 que mediante radicado No. 2017430024475 de 31 de mayo de 2017 solicitó a la ORIP de Riohacha la actualización del área del folio de matrícula 210-6289 correspondiente al predio denominado Nuevo Hato.

11. La ORIP de Riohacha (La Guajira), mediante oficio del 15 de junio de 2017 informa que se procedió a ingresar por caja del 15 de junio para su respectivo trámite y se anexa folio con la actualización y anotación realizada.

12. Agotado todo el procedimiento administrativo contemplado en el Decreto 1071 de 2015, reglamentario de la Ley 160 de 1994, mediante memorando No. 20175000053223 del 27 de junio de 2017 solicitó a la Jefe de Oficina Jurídica viabilidad jurídica al proyecto de acuerdo por medio del cual se constituye el Resguardo Indígena Nuevo Espinal de la étnia Wayú.

13. El 28 de agosto de 2017 mediante memorando No. 20171030085273 la Oficina Jurídica de la ANT emite viabilidad jurídica del proyecto de acuerdo por medio del cual se constituye el Resguardo Indígena Nuevo Espinal.

14. Mediante Acuerdo No. 36 del 11 de diciembre de 2017 el Consejo Directivo de la ANT constituyó el Resguardo Indígena Nuevo Espinal, sobre cuatro (4) predios del Fondo Nacional Agrario, localizados en jurisdicción del municipio de Barrancas, departamento de La Guajira, el cual fue notificado al Cabildo gobernados de la Comunidad.

15. Mediante Oficio del 22 de marzo de 2018 se solicitó a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Riohacha abrir folio de matrícula para la inscripción del Acuerdo No. 36 del 11 de diciembre de 2017, proferido por el Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Tierras, el cual se anexa a la presente.

16. La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Riohacha registró el Acuerdo No. 36 de 2017 en el folio de matrícula No. 210-20251, el cual se adjunta.

17. En la actuación más reciente respecto a la constitución del Resguardo Indígena Nuevo Espinal en el municipio de Barrancas – La Guajira, la ANT brindó información al Procurador 12 Judicial II Ambiental y Agrario de Riohacha sobre este proceso administrativo mediante oficio 20205100491221 de 9 de junio de 2020, el cual se adjunta.

Conforme a lo descrito, la Agencia Nacional de Tierras ha cumplido hasta el momento con lo dispuesto en la sentencia de restitución de derechos territoriales para la Constitución del



Resguardo Indígena Nuevo Espinal en el municipio de Barrancas del departamento La Guajira.

En la acción de tutela del asunto, la autoridad accionante se está refiriendo al territorio ubicado en el Municipio de Hatonuevo - La Guajira, de la comunidad indígena Wayuu El Espinal.

Según se colige de los anexos de la acción de tutela, estos corresponden a la ubicación y nombre de la comunidad hasta antes de 1993, respectivamente.

Es decir, el accionante se refiere a un municipio diferente a donde se constituyó el Resguardo Indígena Nuevo Espinal mediante Acuerdo No. 36 de 2017, a partir de la sentencia de restitución de derechos territoriales proferida del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, cual es el municipio Barrancas- La Guajira.

En otras palabras, el territorio que habla la comunidad en la acción de tutela que hoy nos convoca, no hizo parte de la pretensión territorial que se legalizó en 2017. Ahora bien, luego de indagar la información que reposa en inventarios, en el aplicativo "ORFEO" y el de consulta "Heródoto", el territorio referido en la Acción de Tutela, en el municipio Hatonuevo, La Guajira, no está en el marco de ninguna solicitud que deba ser atendida por parte de la Agencia Nacional de Tierras.

En conclusión podemos decir: 1. Que respecto al territorio en el municipio Hatonuevo - La Guajira, del cual se afirma está siendo objeto de explotación por terceros sin consulta previa a la comunidad, no hizo parte de la pretensión territorial del Resguardo Indígena Nuevo Espinal constituido mediante Acuerdo No. 36 de 2017, lo cual se dio en municipio diferente que fue Barrancas – La Guajira y En la actualidad no existe solicitud por parte de la comunidad indígena para la formalización del territorio ubicado en el municipio de Hatonuevo, La Guajira. 2. En la actualidad no existe solicitud por parte de la comunidad indígena para la formalización del territorio ubicado en el municipio de Hatonuevo, La Guajira. (...).

Unidad de Restitución de Tierras

Se debe hacer claridad que se debe diferenciar dos comunidades indígenas, una es la comunidad indígena Wayuu "Espinal" ubicada en el municipio de Hatonuevo – La Guajira y otra es la comunidad indígena Wayuu "Nuevo Espinal" ubicada en el municipio de Barrancas – La Guajira.

En este caso debe indicarse que la parte accionante aduce fungir como autoridad tradicional de la comunidad indígena Wayuu "Espinal" ubicada en el municipio de Hatonuevo – La Guajira.

La unidad ha dado cabal cumplimiento al fallo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena.

Respecto de los hechos de la tutela, La Unidad no tiene conocimiento alguno de tales eventos generados por la empresa privada, pues se trata de negocios jurídicos particulares que no tiene relación alguna con la solicitud de restitución de tierras explicada en párrafos anteriores. Siendo dicho conflicto ajeno a la comunidad "Nuevo espinal" de lo cual se colige que la Unidad de Restitución de Tierras no tiene competencia frente a estas circunstancias de índole particular.

Igualmente, indicó la Dirección Territorial Cesar – Guajira de la UAEGRD que de la citada acción de tutela se observa que el territorio ancestral de la comunidad "Espinal" comprende 700 hectáreas, las cuales una vez revisada la descripción del territorio descrito en la acción de tutela y corroborada con la fuente primaria, es decir, el cabildo Gobernador Álvaro Ipuana, UAEGRD determinó que además de la solicitud étnica referente al resguardo Indígena Rodeito El Pozo – pueblo Wayuu- ubicada en el municipio Hatonuevo – La Guajira, no obra otra solicitud étnica en dicho Municipio. Razón por la cual la comunidad étnica Wayuu denominada "Espinal" actualmente no funge como solicitante en el marco de restitución de derechos territoriales.



CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

Nos fue conferida por la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil mediante proveído del (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

En el mismo sentido, este despacho adquiere competencia en virtud del artículo 15 del Decreto 2591 de 1991 en la medida que establece que *“La tramitación de la tutela estará a cargo del juez, del presidente de la Sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso, (...)”*.

2. Problemas Jurídicos

En concordancia con los hechos y pretensiones esgrimidos por el accionante y las partes demandadas y vinculadas, además, del material probatorio que conforman el expediente en cuestión, corresponde a este despacho resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Cumple la presente acción de tutela instaurada a través de apoderado por el señor AUDOMELIO FRAGOZO EPIAYU, quien actúa en su condición de Autoridad Tradicional de la Comunidad Indígena Wayuu El Espinal del municipio Hatonuevo, La Guajira, con los requisitos de procedibilidad previstos en el Decreto 2591 de 1991? De ser así, corresponde a este Despacho determinar si:

¿Vulneran la Presidencia De La República De Colombia, Ministerio Del Interior, Agencia Nacional De Tierras, Unidad Nacional De Restitución De Tierras, Defensoría Nacional Del Pueblo, Procuraduría General De La Nación y La Empresa Carbones Del Cerrejón Limited y demás entidades vinculadas los derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, mínimo vital étnico, consulta previa, debido proceso, integridad social y cultural, y propiedad colectiva de la comunidad étnica indígena wayuu el Espinal invocados a través de apoderado judicial por el señor AUDOMELIO FRAGOZO EPIAYU, quien actúa en su condición de Autoridad Tradicional de la Comunidad Indígena Wayuu El Espinal del municipio Hatonuevo, La Guajira, con ocasión de la solitud de restitución antes del 21 de agosto de 2020 del que argumenta es territorio colectivo, por parte de la empresa Carbones del Cerrejón Limited, con el fin de adelantar actividades de explotación del carbón en el área, amparada bajo un contrato de comodato calificado de irregular, y sin convocar a proceso de consulta previa a los miembros de la mencionada comunidad?

3. Requisitos de procedibilidad

Legitimación por activa: El inciso primero del artículo 86 Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados, mediante un procedimiento preferente y sumario. Igualmente, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá ejercer la acción descrita por sí mismo por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa.

En reconocimiento de la diversidad étnica y cultural (artículo 7º Constitución Política) las comunidades indígenas son consideradas jurisprudencialmente como un sujeto colectivo dotado de singularidad. Bajo ese entendido, existen garantías constitucionales especiales en su favor que pueden ampararse mediante acción de tutela¹. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional *“En estos pueblos, el poder comunitario es apropiado por las autoridades tradicionales como el Gobernador y los Cabildos indígenas que llevan el mando de acuerdo a la tradición. El Gobernador preside el Cabildo, los cuales son entidades públicas elegidas y reconocidas por los miembros de la colectividad; estos representan a su grupo étnico con funciones atribuidas por la ley, sus usos y costumbres”*²

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

² Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.



En este caso, la acción de tutela fue presentada en favor de los miembros de la Comunidad Indígena Wayuu El Espinal del municipio Hatonuevo, La Guajira, por el señor AUDOMELIO FRAGOZO EPIAYU, quien actúa en su condición de Autoridad Tradicional de esta comunidad; calidad que pretende acreditar con copia del Acta No. 01 del 22 de mayo de 2020 suscrita por quienes afirman ser miembros de la Comunidad Indígena Wayúu “El Espinal”, jurisdicción del Municipio de Hatonuevo (La Guajira), donde hacen constar que de acuerdo a sus usos y costumbres designan al señor AUDOMELIO FRAGOZO EPIAYU en el cargo de Autoridad Tradicional de la Comunidad en mención y Representante Legal del Clan Epiayu, a fin de que defienda los derechos fundamentales de sus miembros, en su criterio vulnerados por el Estado Colombiano y la empresa accionada al pretender que desocupen sus tierras colectivas ancestrales.

En las anteriores condiciones, el Despacho no encuentra acreditada la legitimidad en causa por activa para solicitar el amparo de los derechos fundamentales de los miembros de la Comunidad Indígena Wayuu “El Espinal”, teniendo en cuenta que el acta en mención no es el medio probatorio idóneo para acreditar la calidad de Autoridad Tradicional y representante legal de dicha Comunidad. En efecto, si bien el principio de autodeterminación y derecho de autonomía de los pueblos indígenas gozan de protección constitucional, sin embargo ello no implica el desconocimiento de las normas legales que rigen la materia, en la medida que la alegada calidad de Autoridad Tradicional de la mencionada Comunidad Indígena debe probarse con la certificación expedida por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, con base en el registro correspondiente, en atención a que dicha entidad tiene entre otras funciones la de: *“Llevar el registro de los censos de población de comunidades indígenas y de los resguardos indígenas y las comunidades reconocidas, de las autoridades tradicionales indígenas reconocidas por la respectiva comunidad y de las asociaciones de autoridades tradicionales o cabildos indígenas y su actualización”* (artículo 1º del Decreto 2340 de 2015 que modificó el artículo 13 del Decreto Ley 2893 de 2011).

Aunado a lo anterior, y en lo que hace relación a la existencia del Resguardo de la Comunidad Indígena Wayuu “*El Espinal*” del Municipio de Hatonuevo, advierte el Juzgado que no obra en el expediente prueba alguna que acredite la constitución del mismo, en tanto que las informaciones y documentos arrojados al expediente evidencian la constitución de la Comunidad Indígena Wayuu “*Nuevo Espinal*” ubicada en Barrancas, y que en la actualidad no existe solicitud de formalización de la Comunidad que figura como parte accionante. En efecto, analizado el material probatorio se evidencia que:

(i) Contrario a los argumentos del accionante (hecho 9º de la tutela), en la Sentencia T-528 de 1992 la Corte Constitucional no reconoce la existencia de la Comunidad en mención, en la medida que concedió el amparo de los derechos fundamentales de las personas naturales identificadas y de las especificadas familias residentes en las veredas de “Caracoli” y “El Espinal”, quienes se vieron afectadas con la contaminación ambiental producto de la explotación minera del carbón en esa zona; de donde se sigue que en sede de revisión, el territorio se identificó como vereda y no como comunidad indígena.

(ii) Por su parte, la abogada adscrita a la Oficina Jurídica de la Agencia Nacional de Tierras-ANT, con base en la información suministrada por la Subdirección de Asuntos Étnicos, realizó un recuento del procedimiento adelantado para la constitución del resguardo indígena “Nuevo Espinal” de la étnica Wayuu, ubicado en el Municipio de Barrancas (La Guajira), en cumplimiento a lo ordenado en sentencia No. 33 por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena -Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras, dentro del proceso judicial radicado 200013121001201400033-00. En lo que hace relación al territorio ubicado en el Municipio de Hatonuevo-La Guajira, de la comunidad indígena Wayuu “Espinal”, indica que de acuerdo con el escrito tutelar *“corresponde a la ubicación y nombre de la comunidad hasta antes de 1993(..) Es decir, el accionante se refiere a un municipio diferente a donde se constituyó el Resguardo Indígena Nuevo Espinal mediante Acuerdo No. 36 de 2017”*. Agrega, que de acuerdo la información que reposa en inventarios, en el aplicativo “ORFEO” y el de consulta “Heródoto”, en la actualidad no existe solicitud por parte de la comunidad indígena para la formalización del territorio ubicado en el municipio de Hatonuevo, La Guajira.



(iii) A su turno, la Directora Jurídica de Restitución de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas –UAEGRTD-, adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, manifiesta que en el caso concreto se tratan de dos comunidades diferentes, una es la Comunidad Indígena Wayuu “Espinal” ubicada en Hatonuevo (La Guajira) y otra es la Comunidad Indígena Wayuu “Nuevo Espinal” ubicada en Barrancas (La Guajira); indicando que lo anterior se produjo *“luego de la reubicación de territorio colectivo dispuesta por la Corte Constitucional, fruto de lo cual el extinto INCORA adjudicó los predios denominados El Cerrito, Nuevo Hato, y Nuevo Sincelejo, donde en la actualidad se asienta la comunidad indígena Wayuu “Nuevo Espinal”, comunidad que se acogió a dicha oportunidad otorgada por el Estado Colombiano, pero otros miembros continuaron ejerciendo su asentamiento en el municipio de Hatonuevo, donde continúan identificándose como la comunidad indígena Wayuu “Espinal” y han continuado ejerciendo resistencia ante la actividad extractiva de la Empresa Carbones del Cerrejón”*. En cuanto a la afirmación que hace el demandante sobre la extensión del territorio ancestral que dice representar, manifiesta que, una vez revisada la descripción del territorio descrito y consultada la base primaria, se determinó que además de la solicitud referente al Resguardo Indígena Rodeito-El Pozo, ubicado en el municipio de Hatonuevo-La Guajira, *“no obra otra solicitud étnica en dicho municipio”*, razón por la cual la Comunidad Etnica “Espinal” actualmente no funge como solicitante en el marco de restitución de derechos territoriales.

(iv) Las anteriores informaciones tienen respaldo probatorio en las siguientes documentales allegadas al expediente: i) la sentencia fechada 23 de junio de 2016 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena -Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras, dentro del proceso judicial radicado 200013121001201400033-00, mediante la cual se impartieron, entre otras, la orden a la Agencia Nacional de Tierras culminar el proceso de constitución del Resguardo “Nuevo Espinal” en el municipio de Barrancas- La Guajira, y en consecuencia proceda a delimitar, demarcar y otorgar título colectivo a los miembros de esa comunidad, adoptando las medidas para que los predios ocupados por la misma no sufran ninguna intrusión, interferencia o afectación por parte de terceros o agentes del Estado; ii) Acuerdo 36 del 11 de diciembre de 2017 expedido por la Agencia Nacional de Tierras, a través del cual se constituye el Resguardo Indígena “Nuevo Espinal”, de la Etnia Wayuu, ubicado en jurisdicción del Municipio de Barrancas (La Guajira), sobre cuatro predios del Fondo Nacional Agrario denominados “El Cerrito”, “La Palmira”, “Nuevo Sincelejo” y “Nuevo Hato Paraje Diego Largo”, con una extensión total de 421 hectáreas; iii) Copia del acta de posesión de fecha 21 de marzo de 2018 expedida por el Alcaldía de Barrancas, donde se hace constar que en la fecha se posesionó el señor Alvaro Ipuana Guariyu como representante legal de la Comunidad “Nuevo Espinal”.

En las anteriores condiciones, aprecia el Despacho que el accionante carece de legitimidad en causa por activa para solicitar la protección de los derechos fundamentales de la Comunidad Indígena Wayuu “El Espinal”, ubicada en jurisdicción del municipio de Hatonuevo, La Guajira, y ello hace improcedente la presente acción constitucional por falta de uno de los presupuestos de procedibilidad.

Legitimación por pasiva: hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.

Según los artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares. Al respecto, cabe indicar que el amparo procede contra personas naturales o jurídicas de naturaleza privada en varios casos, entre los cuales se encuentran las situaciones de subordinación o de indefensión, los agentes encargados de la prestación de servicios públicos, los medios de comunicación, entre otros.

La legitimación por pasiva se refiere entonces a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción para responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-416 de 1997 señaló que



“(..)La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material(..) La identificación cabal del demandado es una exigencia que tanto la Constitución como del decreto 2591 de 1991 avalan. Según aquella, la acción de tutela se promueve contra autoridad pública y, en ciertos casos, contra los particulares por la acción u omisión que provoque la violación de los derechos fundamentales de las personas, y lo mismo señala el segundo estatuto.”

En este orden de ideas, para el Juzgado no resulta jurídicamente procedente predicar dicha calidad de las omisiones y desatenciones que originan la presente acción de tutela frente al Presidente de la República, Presidencia de la República, toda vez que el vínculo material queda excluido de la valoración de los supuestos que sustentan el escrito tutelar, por cuanto sus funciones no se relacionan con las imputaciones de responsabilidad que se reclaman en la demanda. Lo anterior también se predica de la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Nacional Delegada para Asuntos Étnicos, Defensoría del Pueblo Regional de La Guajira, Procuraduría Regional La Guajira, la Personería Municipal de Hatonuevo.

En cuanto al Ministerio del Interior es demandable a través de la acción de tutela, puesto que de conformidad con el numeral 5 del artículo 16 del Decreto 2893 de 2011, a través de la Dirección de Consulta Previa, es la autoridad pública encargada de *“Expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos”*. Por su parte, la Agencia Nacional de Tierras está legitimada por pasiva por cuanto le corresponde *“ejecutar el plan de atención a las comunidades étnicas, a través de programas de titulación colectiva, constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de resguardos indígenas, adquisición, expropiación de tierras y mejoras”* (numeral 26 del artículo 4º del Decreto 2363 de 2015); así como la Unidad Nacional de Gestión de Restitución de Tierras, por cuanto tiene entre sus funciones tramitar ante las autoridades competentes los procesos de restitución de predios de los despojados (numeral 5 del artículo 105 de la Ley 1448 de 2011). Y, la sucursal de la compañía Carbones del Cerrejón Limited en el territorio de la República tiene como objeto social, entre otros, la exploración, explotación, beneficio, transformación y comercialización del carbón; la cual se encuentra vinculada a la presente acción, en la medida que le es atribuible la supuesta vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto solicitó la entrega del predio que el accionante califica de territorio colectivo ancestral perteneciente a la comunidad accionante.

En cuanto a los entes vinculados, en especial, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas-Dirección Territorial Cesar – Guajira, Departamento de La Guajira, Municipio de Hatonuevo y la Secretaría de Asuntos Indígenas de Hatonuevo, o a quienes hagan sus veces, se encuentran legitimados por pasiva en la medida que las funciones de estas entidades públicas guardan relación con la consulta previa, la protección y el reconocimiento de los pueblos indígenas y Rrom, así como el ejercicio de sus derechos, y la restitución de predios de los despojados, respectivamente. Lo anterior, también se predica de la vinculada Francisca Epiayu, toda vez que ella forma parte de la comunidad indígena accionante, y celebro un contrato de comodato con la accionada Carbones del Cerrejón Limited sobre el predio que es objeto de la presente tutela.

Subsidiariedad.

El artículo 86 de la Constitución Nacional, consagra que la acción de tutela es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario, el cual debe ser utilizado sólo en caso de amenaza o vulneración de derechos fundamentales siempre y cuando no exista otro medio idóneo para ello, o cuando existiendo otros mecanismos de defensa, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que *“permite*



*reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos*³.

La acción de tutela viene concebida, entonces, como un medio de defensa constitucional de carácter subsidiario o residual que procede luego de agotados los medios ordinarios de defensa o cuando éstos no resulten idóneos y eficaces para lograr la protección especial, inmediata y efectiva que se reclama. Siendo así, el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela exige al juez la verificación de las siguientes reglas jurisprudenciales: procede el amparo como i) *mecanismo definitivo*, cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección o el dispuesto por la ley para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia⁴; ii) Procede la tutela como *mecanismo transitorio*: ante la existencia de un medio judicial que no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario⁵. Además, iii) Cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional como los niños, mujeres cabeza de familia, personas de la tercera edad, personas en situación de discapacidad, entre otros el examen de procedencia de la acción de tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos⁶.

La Corte Constitucional ha insistido en que la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo para reclamar la efectividad del derecho fundamental colectivo de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa⁷. Esa posibilidad, busca facilitar el acceso a la justicia de poblaciones tradicionalmente alejadas del aparato judicial por razones de aislamiento geográfico, postración económica o por su diversidad cultural, tiene plena justificación en el marco de un Estado comprensivo de la diversidad étnica y de las especificidades que caracterizan a aquellos grupos que se identifican como culturalmente distintos de la sociedad dominante. Con este propósito, la Corte Constitucional ha flexibilizado las condiciones de procedibilidad de las tutelas promovidas para salvaguardar derechos fundamentales de las colectividades étnicamente diferenciadas, hecho que responde también a la necesidad de asegurar que las autoridades cumplan con sus compromisos frente a la protección de las poblaciones indígenas y tribales⁸.

En el mismo sentido, recientemente, la Sentencia SU123 de 2018 destacó que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe otro mecanismo judicial de protección efectiva del derecho a la consulta previa, más que la acción de tutela, única vía judicial que permite dar *“una respuesta clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos”* de los conglomerados indígenas, en tanto *“La protección que ofrecen las acciones contenciosas del derecho a la consulta previa es insuficiente, porque “estudiar la legalidad de un acto administrativo no implica que se adopten modos de resarcimiento que serían propios del juez de amparo de derecho, rol que obedece a su función protectora de los derechos fundamentales”*.

Examinado el caso concreto por el aspecto de la subsidiaridad, es evidente que la situación fáctica generadora de esta acción tiene su origen en un contrato de comodato, celebrado entre Carbones del Cerrejón Limited y la señora Francisca Epiayu, en desarrollo del cual se le entregó a esta última a título gratuito y con la obligación de restituirlo el predio rural denominado “Las Delicias” ubicado en Hatonuevo (La Guajira) con una extensión de 69 hectáreas; el que según el escrito tutelar pertenece al antiguo territorio colectivo y se encuentra asentada la Comunidad Indígena Wayuu “El Espinal” desde época milenaria, en tanto que la empresa accionada acredita ser su propietaria por compra que le hiciera al señor Nerón Epiayu, según escritura pública No. 210 del 13 de junio de 2002 otorgada en la Notaría Única de Barrancas (La Guajira), registrada en la Oficina de Registro de

³ Corte Constitucional, Sentencia T-603 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-800 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-859 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-471 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-693 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-576 de 2014 y T-766 de 2015.



Instrumentos Públicos y Privados de Riohacha al folio de matrícula inmobiliaria No. 210-27027, como consta en los documentos allegados junto con su contestación.

Si bien la jurisprudencia constitucional ha considerado, de un lado, que la acción prevista en el artículo 86 de la Carta Política constituye, por regla general, el mecanismo idóneo y principal de protección de los derechos fundamentales de los que son titulares las comunidades indígenas en casos como la consulta previa o el derecho a la supervivencia⁹; sin embargo, de otro lado ha establecido que *“Este presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela se aplica a los conflictos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos en general, pues los mismos forman parte de la órbita competencial ordinariamente establecida al juez del respectivo contrato, resultando ajena a la de los jueces de tutela, en razón a la naturaleza del conflicto, en tanto que el mismo es de orden legal.”*¹⁰

En las anteriores condiciones, escapa así del conocimiento de la acción de tutela el examen del contenido del contrato civil suscrito por las partes en conflicto, a fin de establecer la viabilidad de la pretendida suspensión del proceso de restitución del predio dado en comodato a la señora Francisca Epiayu por parte de Carbones del Cerrejon Limited, con ocasión de la terminación del vínculo contractual por parte del comodante; puesto que para ello cuenta la comunidad accionante con la vía del proceso verbal ante la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil según el artículo 15 del Código General del Proceso, en cuyo escenario el juez civil deberá analizar la legalidad del contrato de comodato, así como la procedencia de la suspensión de la restitución de acuerdo con lo previsto por los artículos 2200 a 2220 del Código Civil.

Y, no se configura un perjuicio irremediable que permita conceder de manera transitoria el auxilio invocado, al no estar probados los presupuestos de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad, propios del mismo, pues si bien el accionante adujo que la restitución ordenada por la empresa demandada vulnera los derechos fundamentales de la comunidad indígena wayuu “El Espinal”, porque de esta manera sus miembros se verían desplazados, desalojados y despojados de su territorio colectivo; sin embargo no adelantaron ninguna acción tendiente a hacer valer los derechos de propiedad y posesión alegados como sustento de la consulta previa; perspectiva desde la cual, y dada la identidad entre el predio “Las Delicias” terreno materia de restitución por la terminación del contrato de comodato y lo que el accionante denomina su propiedad colectiva y ancestral, aprecia el Juzgado que la comunidad indígena accionante: (i) no presentó oposición alguna a la solicitud de adjudicación presentada por Nerón Epiayu ante el INCORA respecto del terreno baldío denominado “Las Delicias”, lo que generó que se expidiera la Resolución No.03567 del 18 de julio de 1994; (ii) tampoco solicitaron la nulidad de la escritura pública No. 210 de 2002 mediante la cual el adjudicatario le transfirió el predio a título de venta a la empresa Carbones del Cerrejón Limited; (iii) los documentos arrimados al expediente evidencian que una de las personas identificadas como miembro de la Comunidad en el acta N° 01 del 22 de mayo de 2020, señora Francisca Epiayu, recibió el globo de terreno en comodato desde el mes de diciembre de 2008; quien a su vez no formuló objeción alguna a la visita realizada el 3 de mayo de 2016 al predio por un funcionario de la empresa comodante; (iv) mediante respuesta de fecha 6 de mayo de 2019, dirigida por la comodataria Francisca Epiayu, el Director del Proyecto de Dialogo Social de la empresa accionada, le informó a esta las razones por las cuales no fue incluida en el censo que Cerrejón realizó a través del Cabildo Gobernador del resguardo indígena “Nuevo Espinal”, sin embargo la comunidad accionante no adelantó ninguna gestión tendiente a controvertir las precisiones que hiciera la empresa en esta contestación, en lo referente a que la Comunidad “El Espinal” se encontraba asentada en Hatonuevo, pero que desde el año 1992 se trasladó a la vereda Mapurito de Barrancas; (v) frente a los desplazamientos y despojo de sus tierras que supuestamente viene sufriendo la comunidad, la Directora Jurídica de Restitución de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas–UAEGRTD informó que la entidad no tiene conocimiento de tales eventos generados por la empresa

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-766 de 2015, reiterada en la Sentencia T-172 de 2019.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-337 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.



privada, “pues se trata de negocios jurídicos particulares que no tienen relación alguna con la solicitud de restitución de tierras explicada en párrafos anteriores (..) siendo dicho conflicto ajeno a la Comunidad “Nuevo Espinal” (vi) según lo informado “UAEGRTD determinó que además de la solicitud étnica referente al resguardo Indígena Rodeito El Pozo – pueblo Wayuu- ubicada en el municipio Hatonuevo – La Guajira, no obra otra solicitud étnica en dicho Municipio. Razón por la cual la comunidad étnica Wayuu denominada “Espinal” actualmente no funge como solicitante en el marco de restitución de derechos territoriales.

Establecida entonces la existencia de otro medio de defensa judicial que convierte en improcedente la tutela, tampoco se está frente a un perjuicio irremediable que permitiera concederla eventualmente como mecanismo transitorio, y por ello resulta improcedente la presente acción constitucional por falta de requisito formal de subsidiaridad.

En ese orden de ideas, concluye el Despacho que ante el incumplimiento de dos de los requisitos formales de procedibilidad, específicamente los de legitimación en la causa por activa y subsidiaridad, y dado que resulta intrascendente el estudio del requisito de inmediatez por ser concurrente, la presente acción de tutela está llamada a ser declarada improcedente.

Finalmente, se desvincularan del presente trámite al Presidente de la Republica, Presidencia de la República, Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Nacional Delegada para Asuntos Étnicos, Defensoría del Pueblo Regional La Guajira, Procuraduría Regional La Guajira, la Personería Municipal de Hatonuevo.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción de tutela promovida a través de apoderado por el señor AUDOMELIO FRAGOZO EPIAYU, quien actúa en su condición de Autoridad Tradicional de la Comunidad Indígena Wayuu El Espinal del municipio Hatonuevo, La Guajira, con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, mínimo vital étnico, consulta previa, debido proceso, integridad social y cultural, y propiedad colectiva de la comunidad étnica indígena wayuu el Espinal, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR del presente trámite al Presidente de la Republica, Presidencia de la República, Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Nacional Delegada para Asuntos Étnicos, Defensoría del Pueblo Regional La Guajira, Procuraduría Regional La Guajira, la Personería Municipal de Hatonuevo.

TERCERO: Por el medio más expedito notifíquese a los interesados de esta acción, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: En caso de no ser apelado, envíese esta actuación en su oportunidad a la Corte Constitucional, para una eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

YEIDY ELIANA BUSTAMANTE MESA
Jueza