

**Señores
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil
Reparto**

Referencia: Acción de tutela contra la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA – INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL (INCODER) por violación de los derechos fundamentales de petición, debido proceso, consulta previa, existencia, integridad cultural y social, identidad cultural y autonomía de la COMUNIDAD NEGRA DE LAS ISLAS DEL ROSARIO, así como también por violación de los derechos fundamentales de petición, debido proceso e identidad cultural de FILIBERTO CAMARGO, ZULEIMA CARABALLO Y ANA ROSA MARTÍNEZ

Nosotros, **MARÍA PAULA SAFFON SANÍN**, abogada e investigadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.862.641 de Bogotá y portadora de la tarjeta profesional de abogada No. 151316 del Consejo Superior de la Judicatura, **RODRIGO UPRIMNY YEPES**, abogado y director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.146.539 de Usaquén y portador de la tarjeta profesional de abogado No. 46043 del Consejo Superior de la Judicatura, y **DANIEL BONILLA MALDONADO**, abogado y director del Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes (G-DIP), identificado con cédula de ciudadanía No. 79.490.915 de Bogotá y portador de la tarjeta profesional de abogado No. 148359 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderados judiciales del **CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE LA UNIDAD COMUNERA DE GOBIERNO RURAL DE ISLA DEL ROSARIO CASERÍO ORIKA** (en adelante Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de las Islas del Rosario, Consejo Comunitario de la Comunidad Negra, Consejo Comunitario de ORIKA, o Consejo Comunitario) y de **FILIBERTO CAMARGO, ZULEIMA CARABALLO Y ANA ROSA MARTÍNEZ** de conformidad con los poderes especiales, amplios y suficientes que éstos nos concedieron para el efecto¹, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política colombiana (en adelante C.P.) y en el decreto 2591 de 1991 que lo reglamenta, acudimos ante este despacho judicial con el fin de interponer la presente **ACCIÓN DE TUTELA** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA – INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL** (en adelante INCODER).

¹ Ver los anexos **1, 2 y 3** y 4 que contienen, respectivamente, el poder concedido a los abogados que presentan la siguiente acción por el representante legal del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de las Islas del Rosario (anexo 1), el acta de la reunión del Consejo Comunitario en el cual éste autorizó al representante legal para conceder dicho poder (anexo 2), y los poderes concedidos a los abogados por Zuleima Caraballo (anexo 3), Ana Rosa Martínez (anexo 4) y Filiberto Camargo (anexo 5).

El objetivo de esta acción de tutela es solicitar la protección de los derechos fundamentales de la comunidad negra de las Islas del Rosario de petición (art. 23 C.P.), al debido proceso (art. 29 C.P.), a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T², 93, 94 y 330 C.P.), a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), a la integridad cultural y social (arts. 2, 7 y 55T C.P.), a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) y a la autonomía de las comunidades culturales (arts. 2, 7 y 55T C.P.), así como los derechos fundamentales de petición (art. 23 C.P.), al debido proceso (art. 29 C.P.) y a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de Filiberto Canargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez, que han sido y continúan siendo vulnerados por las omisiones y acciones del INCODER que a continuación se describen.

Con base en los hechos y fundamentos de derecho que se desarrollarán a continuación, respetuosamente solicitamos al Honorable juez de tutela que conceda la protección de los derechos mencionados, ordenando a la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA – INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL (INCODER) (i) que tramite la solicitud de titulación colectiva presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006, de conformidad con los términos y procedimientos previstos en la ley 70 de 1993 y decreto 1745 de 1995; (ii) que, de conformidad con lo anterior, dé una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006, respuesta que debe resolver, a través de un ejercicio de ponderación, la tensión existente entre el carácter de bienes baldíos reservados de los predios que conforman el archipiélago de las Islas del Rosario, por un lado, y los derechos fundamentales de la comunidad negra y de sus integrantes, por otro lado; (iii) que retrotraiga todas las transacciones jurídicas efectuadas sobre los predios que conforman el archipiélago de las Islas del Rosario desde febrero de 2006, incluyendo contratos de arrendamiento, usufructo y manejo o control, así como desalojos de la población nativa de las Islas del Rosario, transacciones que no podrán realizarse hasta tanto el INCODER resuelva de fondo la solicitud de titulación colectiva de dichas tierras presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006; (iv) que suspenda todas las transacciones jurídicas que actualmente están siendo realizadas sobre los predios que conforman el archipiélago de las Islas del Rosario, incluyendo contratos de arrendamiento, usufructo y manejo o control, así como desalojos de la población nativa de las Islas del Rosario, transacciones que no podrán realizarse hasta tanto el INCODER resuelva de fondo la solicitud de titulación colectiva de dichas tierras presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006; (v) que no realice ninguna transacción jurídica sobre los predios que conforman el archipiélago de las Islas del Rosario, incluyendo contratos de arrendamiento, usufructo y manejo o control, así como desalojos de la población nativa de las Islas del Rosario, hasta tanto el INCODER resuelva de fondo la solicitud de titulación colectiva de

² A lo largo de esta acción, utilizaremos esta expresión para referirnos al artículo 55 Transitorio de la Constitución Política de 1991.

dichas tierras presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006.

I. HECHOS

1. En 1984, el entonces Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCORA) –hoy INCODER- concluyó el proceso de clarificación de la propiedad de los predios que conforman el archipiélago de las Islas de Nuestra Señora del Rosario (en adelante Islas del Rosario, o las Islas), situado en el corregimiento de Islas del Rosario en el Distrito Turístico de Cartagena de Indias, Departamento de Bolívar, que había sido iniciado en 1968. Como resultado de ello, el INCORA expidió las Resoluciones No. 04698 de 1984 y 04393 de 1986, en las cuales declaró que dichos predios nunca han salido del patrimonio nacional y que, por tanto, son baldíos reservados, en virtud de lo previsto en los Códigos Fiscales de 1873 y 1912, según los cuales todas las islas que forman parte del territorio colombiano pertenecen a la Nación. Por consiguiente, el INCORA ordenó la inscripción de dichas Resoluciones en los folios de matrículas de las tierras en cuestión.
2. En 1999, la Delegatura de Asuntos Ambientales y Agrarios de la Procuraduría General de la Nación inició una acción de cumplimiento contra el INCORA, por no haber seguido el proceso de deslinde y desalojo de las tierras indebidamente ocupadas en las Islas del Rosario que, de conformidad con la ley, debía suceder a aquél de clarificación de la propiedad. Dicha acción de cumplimiento fue resuelta favorablemente en primera instancia por la sección tercera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca (sentencia de 2 de mayo de 2001) y confirmada en apelación por la sección cuarta del Consejo de Estado (sentencia de 6 de julio de 2001). En ambas decisiones judiciales se reiteró el carácter de baldío reservado de las Islas del Rosario así como la obligación del INCORA de deslindar las tierras y desalojar a los ocupantes indebidos.
3. Aproximadamente dos años más tarde, la comunidad negra de las Islas del Rosario, conformada por alrededor de 600 nativos y 170 familias que han habitado tradicionalmente los predios de dichas islas, creó el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Islas del Rosario Caserío de Orika como institución de organización política y administrativa de la comunidad, y designó al representante legal y a la Junta Directiva de dicha institución. El 21 de febrero de 2005, en aplicación de la ley 70 de 1993 y de su decreto

reglamentario 1745 de 1995, la Secretaría de Participación y Desarrollo Social de la Alcaldía Mayor de Cartagena inscribió y registró a dicho Consejo Comunitario.³

4. En febrero de 2006, en nombre del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario, legalmente constituido, inscrito y registrado, el señor Ever de la Rosa, representante legal del Consejo Comunitario, presentó formalmente ante el INCODER una solicitud de titulación colectiva del globo de terreno ocupado ancestralmente por la comunidad negra de las Islas del Rosario, de conformidad con lo establecido en el artículo 55 transitorio de la Constitución, la ley 70 de 1993 y su decreto reglamentario 1745 de 1995.⁴
5. Con el fin de dar una solución a la situación de los actuales ocupantes de las Islas del Rosario que no implicara su desalojo, pero sin reconocer tampoco la existencia de la solicitud de titulación colectiva elevada por la comunidad negra, el Consejo Directivo del INCODER –instituto que reemplazó al INCORA en el año 2003- profirió el Acuerdo No. 041 de 2006 (publicado en el diario oficial el 7 de febrero de 2006), por el cual modificó parcialmente el Acuerdo No. 033, que regula la ocupación y aprovechamiento temporal de los terrenos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo. El Acuerdo No. 041 facultó al Gerente General del INCODER para entregar en arrendamiento los terrenos de propiedad de la Nación de las islas que conforman dicho archipiélago, por un término máximo de ocho años. Asimismo, dicho Acuerdo facultó al Gerente General del INCODER para celebrar contratos de usufructo sobre superficies insulares no mayores a doscientos metros cuadrados, con fines exclusivamente habitacionales y por un término máximo de ocho años, con aquellos ocupantes de escasos recursos económicos, establecidos en el Archipiélago con anterioridad a la vigencia del acuerdo.⁵
6. El 5 de septiembre de 2006, el representante legal del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Islas del Rosario Caserío Orika formuló ante el Gerente Regional del INCODER en Cartagena de Indias un derecho de petición pidiendo que se respondiera la solicitud de titulación colectiva presentada ante el INCODER en febrero de 2006.⁶ Adicionalmente, mediante escrito del 5 de septiembre de 2006, el Consejo Comunitario informó al Procurador General de

³ Ver el anexo 6.

⁴ Ver el anexo 7.

⁵ Según el párrafo del artículo 10 del Acuerdo No. 041, se considera un ocupante de escasos recursos económicos quien tenga un patrimonio inferior a 15 salarios mínimos legales mensuales y no haya recibido del Estado subsidio de vivienda de interés social.

⁶ Ver el anexo 8.

la Nación, que el INCODER no había respondido a su solicitud, aún cuando habían transcurrido 7 meses desde su radicación.⁷

7. El 20 de septiembre de 2006, mediante oficio No. 145002 firmado por el doctor Rodolfo Campo Soto, quien para la fecha se desempeñaba como Gerente General del INCODER, se dio respuesta al derecho de petición del 5 de septiembre de 2006.⁸ El documento exponía el presunto marco jurídico aplicable a los predios de las Islas del Rosario, e informaba al representante legal del Consejo Comunitario que se había decidido conformar el expediente administrativo *“con el fin de establecer los hechos por usted narrados relacionados con la ocupación, para efectos de determinar la viabilidad de su solicitud y proceder de conformidad con la Ley 70 de 1993 y su Decreto Reglamentario No. 1745 de 1995”*.
8. El 5 de diciembre de 2006, transcurridos tres meses desde la expedición del oficio mencionado en el numeral anterior y diez meses desde la presentación de la solicitud de titulación colectiva, el Consejo Comunitario recibió el oficio No. 20062163328, esta vez firmado por el doctor Héctor Cárdenas Garzón, Coordinador (E) del Grupo de Asuntos Étnicos del INCODER.⁹ Este documento, al igual que el anterior, exponía el presunto marco jurídico aplicable a las Islas del Rosario, sin informar cuál era el estado del proceso iniciado con la solicitud de titulación colectiva.
9. En enero de 2007, el representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario presentó un nuevo derecho de petición, solicitando al INCODER aclaración sobre la naturaleza y el alcance de los oficios No. 145002 de 20 de septiembre de 2006 y 20062163328 de 5 de diciembre de 2006.¹⁰ En particular, el Consejo Comunitario solicitó al INCODER que aclarara cuál era la naturaleza jurídica de los documentos mencionados, y en particular, si los mismos constituían decisiones de fondo o actos administrativos del INCODER relacionados con el proceso de titulación.
10. El 29 de enero de 2007, mediante el oficio No. 07-1841-DET-1000, la Subdirección de Comunidades Negras, Minorías Étnicas y Culturales del Ministerio del Interior y de Justicia comunicó al Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario que el INCODER había informado a dicha oficina *“que con las resoluciones del INCORA números 04698 de 1984 y 04393 de 1986, que culminaron el procedimiento de clarificación de la propiedad de Islas de Rosario, se declaró que de conformidad con el artículo 107 del Código Fiscal (Ley 110 de 1912), esos terrenos*

⁷ Ver el anexo 9.

⁸ Ver el anexo 10.

⁹ Ver el anexo 11.

¹⁰ Ver el anexo 12.

constituyen Reserva Territorial del Estado, por tal razón no pueden ser adjudicados a particulares".¹¹ Esta comunicación fue recibida por el Consejo Comunitario, a pesar de que éste no había elevado ninguna solicitud ante el Ministerio del Interior.

11. El 1º de marzo de 2007, el INCODER respondió al derecho de petición formulado por el representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en enero de 2007.¹² Mediante dicho oficio, la entidad aclaró al Consejo Comunitario que los oficios del 20 de septiembre y del 5 de diciembre de 2006 no eran actos administrativos y, por ende, no decidían de fondo el tema objeto de estudio. Sin embargo, en el mismo documento el INCODER también informó al Consejo Comunitario que dicha entidad no podía adelantar el procedimiento de titulación colectiva que inició la comunidad en febrero de 2006, por versar sobre tierras que constituyen baldíos reservados de la Nación. Por esa razón, a pesar de haber conformado ya el expediente administrativo del asunto –tal y como consta en el oficio de 20 de septiembre de 2006-, el INCODER informó al Consejo Comunitario que solamente era procedente anexar la solicitud de titulación colectiva al procedimiento de recuperación de baldíos indebidamente ocupados que había sido iniciado por el INCORA en la década del ochenta.
12. A lo largo del año 2007, en varias oportunidades funcionarios del INCODER y del Ministerio de Agricultura –incluido el propio Ministro- han visitado las Islas del Rosario con el fin de proponer a los miembros de la comunidad negra individualmente considerados la firma de un modelo de contrato de usufructo¹³, según los términos establecidos en el Acuerdo No. 041 de 2006. Esta alternativa ha sido planteada por los emisarios del INCODER como el único mecanismo para que los miembros de la comunidad puedan permanecer en las Islas, sin referirse nunca a la suerte que correrá el procedimiento administrativo iniciado con la solicitud de titulación colectiva. Sin embargo, hasta la fecha, los miembros de la comunidad afrocolombiana de las Islas del Rosario se han negado unánimemente a firmar los contratos de usufructo ofrecidos por el INCODER y el Ministerio de Agricultura, pues consideran que antes de proponer a la comunidad cualquier tipo de negociación, el Estado, y en particular el INCODER, está en la obligación de responder de fondo la solicitud de titulación colectiva elevada por su Consejo Comunitario. Adicionalmente, los miembros de la comunidad consideran que la negociación individual de contratos con el Estado va en contra de la naturaleza colectiva de la comunidad, y atenta contra los derechos fundamentales a la existencia, la integridad cultural y social, la identidad cultural y la autonomía, de los cuales la comunidad es titular en tanto que minoría étnica.

¹¹ Ver el anexo 13.

¹² Ver el anexo 14.

¹³ Ver el anexo 15.

13. El 21 de marzo de 2007, a solicitud del Ministerio de Agricultura, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emitió un concepto no vinculante acerca del carácter de baldíos reservados de las Islas del Rosario y de las consecuencias de dicha situación en relación con la solicitud del Consejo Comunitario. A la solicitud del Ministerio, la sala respondió que *“el INCODER no está facultado para expedir resoluciones de adjudicación de propiedad colectiva a las comunidades negras, sobre baldíos reserva de la Nación, ya que tales bienes tienen el carácter de inadjudicables”*.
14. El 11 de septiembre de 2007, las autoridades del INCODER de Cartagena se presentaron en el predio “Caño Ratón”, con el objeto de llevar a cabo el desalojo de los ocupantes del mismo, entre ellos Zuleima Caraballo y Filiberto Camargo – miembros del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario – y sus familias, a pesar de que ninguno de los ocupantes había sido notificado del proceso administrativo de restitución que presuntamente se encontraba en curso en relación con el predio que ocupan desde hace casi 20 años. Ante dicha situación, el señor Jaison Vallecillas, esposo de la señora Zuleima Caraballo, presentó un escrito de oposición a la diligencia de desalojo que se pretendía llevar a cabo, manifestando que los ocupantes nunca habían sido notificados del procedimiento en cuestión, y que con él se vulneraban sus derechos fundamentales, así como aquéllos de la comunidad étnica a la que pertenecen.¹⁴ Adicionalmente, un centenar de personas, todas ellas miembros de la comunidad afrocolombiana de las Islas del Rosario, se hizo presente en el lugar de la diligencia, evitando mediante la resistencia pacífica que Zuleima Caraballo, Filiberto Camargo y sus familias fueran desalojadas.
15. A pesar de que todavía no se ha dado ninguna respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva presentada por el Consejo Comunitario en febrero de 2006, en lo que lleva corrido del año 2007, el INCODER ha entregado en arriendo – en los términos del Acuerdo No. 041 de 2006 – aproximadamente veinte predios ubicados en las Islas del Rosario a los poseedores de las casas de recreo o de los hoteles que allí se erigen y que, debido a no encontrarse en condiciones de vulnerabilidad socioeconómica, han accedido a pagar cánones de arrendamiento para poder continuar ocupando los predios. Muchos de esos arrendamientos versan sobre predios ocupados por miembros de la comunidad negra de las Islas del Rosario, que por lo general han edificado sus viviendas en la parte trasera de las casas de recreo o de los hoteles en cuestión. Además, todos esos predios se encuentran incluidos en el globo de terreno cuya titulación colectiva solicitó el Consejo Comunitario de la comunidad negra en febrero de 2006. No obstante, ni el Consejo Comunitario, ni ninguno de sus miembros ha sido consultado o siquiera informado acerca de las asignaciones de dichos predios.
16. Además, a lo largo del año en curso, el INCODER también ha otorgado el control y/o el manejo de aproximadamente veinte predios adicionales a distintas entidades del Estado,

¹⁴ Ver el anexo 16.

entre ellas la Unidad de Parques Nacionales y la Policía. En algunos de estos predios también habitan desde hace años distintos miembros del Consejo Comunitario y sus familias. Asimismo, estos terrenos también forman parte del globo de terreno cuya titulación colectiva fue solicitada por el Consejo Comunitario al INCODER. A pesar de ello, ni el Consejo Comunitario, ni ninguno de sus miembros ha sido consultado o siquiera informado acerca de la entrega del control o el manejo de dichos predios.

17. Hasta el día de hoy, han transcurrido veinte meses desde la radicación de la solicitud de titulación colectiva ante el INCODER; sin embargo, el Consejo Comunitario todavía no ha recibido ninguna respuesta de fondo de parte de esa entidad. Esto es así a pesar de que, según los términos previstos en el decreto 1745 de 1995, el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras" no debe tomar más de aproximadamente seis meses desde el momento de radicada la solicitud si no hay trámite de oposición¹⁵, es decir, que la petición de la comunidad debió haber sido resuelta de manera definitiva en agosto de 2006, esto es, hace catorce meses. Más aún, hasta la fecha, el INCODER no ha realizado ninguno de los trámites contemplados en el decreto 1745 de 1995, a pesar de que la misma entidad informó a la comunidad que el expediente del proceso administrativo de titulación colectiva ya se había conformado. En particular, el INCODER no ha llevado a cabo el primer trámite que, según el decreto 1745 de 1995, debe tener lugar inmediatamente después de radicada la solicitud de titulación colectiva, cual es la realización de una visita a los predios cuya titulación se solicita (art. 22).
18. Mientras tanto, el Ministerio de Agricultura y el INCODER siguen presionando a los miembros de la comunidad afrocolombiana que habita en las Islas para que acepten de manera individual los contratos de usufructo previstos en el Acuerdo No. 41 de 2006. Aún bajo la presión constante del INCODER y del Ministerio de Agricultura, la mayoría de los miembros de la comunidad afrocolombiana de las Islas se han negado rotundamente a firmar contrato alguno, pues sostienen que el Estado no puede disponer de las tierras que han ocupado ancestralmente, hasta tanto no se resuelva de fondo la solicitud de titulación colectiva debidamente presentada ante el INCODER.
19. A pesar de lo anterior, la presión ejercida por el INCODER ha sido de tal magnitud que ya ha comenzado a tener impacto sobre algunos de los miembros de la comunidad, quienes temen que las acciones arbitrarias de la entidad terminen con su expulsión definitiva de las Islas. Tal es el caso de Javier Morales, miembro de la comunidad que fue víctima de un intento de desalojo irregular y sin notificación previa en marzo de 2007. El señor Morales decidió firmar un contrato de arrendamiento con el INCODER, ante la zozobra que implicaba para él y para su familia la posibilidad de que en cualquier momento intentaran desalojarlos nuevamente. Sin embargo, Javier Morales es el único miembro de la comunidad que ha firmado un contrato con el INCODER, lo

¹⁵ Para un análisis pormenorizado de la duración del procedimiento, ver *infra*, Fundamentos de derecho, I B.

cual es el resultado de una situación excepcional. En efecto, la persona que figuraba como propietaria del predio antes de que el INCORA iniciara el proceso de clarificación en las Islas, decidió cederle al señor Morales la propiedad del mismo. En esa medida, se trata de un contrato al que no podrían tener acceso otros nativos de las Islas, pues éstos no figuran como propietarios formales de los predios que ocupan.

20. Como resulta evidente de los hechos anteriormente descritos, a pesar de no haber respondido a la solicitud de titulación colectiva debidamente presentada por el Consejo Comunitario hace más de veinte meses y de no haber dado trámite a la misma aún después de haber decidido abrir el expediente administrativo, en abierta vulneración de los términos legales previstos para el efecto, el INCODER ha dispuesto y continúa disponiendo de las tierras cuya titulación colectiva allí se solicitó, sin consultar ni informar de ello a los nativos que las ocupan, ni al Consejo Comunitario de la comunidad negra que erigió la solicitud. Más aún, el INCODER ha intentado desalojar a varios nativos de las tierras que han ocupado tradicionalmente y ha presionado a todos los miembros de la comunidad negra a firmar contratos individuales de usufructo de los predios que ocupan. Con ello, el INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando los derechos fundamentales de petición (art 23 C.P.), al debido proceso (art. 29 C.P.) y a la identidad cultural (art. 2, 7 y 55T C.P.) tanto de la comunidad negra de las Islas del Rosario como de sus integrantes, entre los que se encuentran Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez. Asimismo, el INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando los derechos de la comunidad negra de las Islas del Rosario a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.), a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), a la identidad integridad social y cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) y a la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de las comunidades étnicas.

II. SÍNTESIS DEL PLANTEAMIENTO FÁCTICO Y JURÍDICO

Los hechos anteriores demuestran:

(1) Que el INCODER no ha resuelto de fondo y de manera definitiva la solicitud de titulación colectiva de las Islas del Rosario elevada por el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Islas del Rosario Caserío Orika. En efecto, así lo admitió expresamente el INCODER en su comunicación de

marzo 1 de 2007, en la cual manifestó que ninguna de las comunicaciones que ha enviado al Consejo Comunitario pueden considerarse respuestas de fondo a la solicitud de titulación colectiva, lo cual es lógico si se tienen en cuenta que en algunos casos dichas comunicaciones simplemente informan el estado del trámite, y en otros aluden a la normatividad que en su concepto es aplicable al caso.

(2) Que la aparente decisión del INCODER de no dar una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva de las tierras ocupadas por la comunidad negra de las Islas del Rosario (i) es contradictoria con la información suministrada a la comunidad por esa misma institución en septiembre de 2006, según la cual ya se había conformado el expediente administrativo para dar trámite y decidir de fondo dicha solicitud, y (ii) no resulta procedente, pues no es posible rechazar *in limine* la solicitud de titulación colectiva de las Islas del Rosario, dado que la situación de esas tierras no es un tema jurídicamente resuelto.

(3) Que al no dar respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva de las Islas del Rosario, el INCODER (i) ha desconocido abiertamente los procedimientos y términos legales previstos en el decreto reglamentario 1745 de 1995 para respuesta a las solicitudes de titulación colectiva que formulen las comunidades afrocolombianas en ejercicio de los derechos conferidos por el artículo 55 transitoria de la Constitución y por la ley 70 de 1993; (ii) no ha señalado un plazo para responder a la solicitud de titulación colectiva formulada por el Consejo Comunitario.

(4) Que el INCODER ha emprendido y continúa emprendiendo actuaciones encaminadas a adjudicar los predios objeto de la solicitud de titulación colectiva a terceros, (i) o bien celebrando contratos de arrendamiento sobre predios que forman parte de las tierras incluidas en dicha solicitud y en muchos casos ocupadas por los miembros de la comunidad negra, (ii) o bien celebrando acuerdos de manejo también sobre predios que forman parte de las tierras incluidas en dicha solicitud y en muchos casos ocupadas por los miembros de la comunidad negra.

(5) Que ninguna de las anteriores actuaciones ha sido consultada, notificada o informada al Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario, ni a ninguno de sus integrantes.

(6) Que el INCODER ha intentado desalojar, sin notificación previa del procedimiento administrativo conducente a los desalojos, a algunos de los miembros de la comunidad afrocolombiana que han ocupado tradicionalmente las Islas del Rosario, tales como Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez.

(7) Que el INCODER ha presionado y continúa presionando a los miembros de la comunidad afrocolombiana de las Islas del Rosario para que firmen contratos individuales de usufructo, señalándoles que ésta es la única posibilidad que tienen de permanecer en los

predios que han ocupado tradicionalmente, y sin consultar al Consejo Comunitario de la comunidad negra su decisión de celebrar dichos contratos.

Las omisiones y acciones del INCODER antes sintetizadas acarrearán una vulneración profunda y persistente de los derechos fundamentales de la comunidad negra de las Islas del Rosario de petición (art. 23 C.P.), al debido proceso (art. 29 C.P.), a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.), a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), a la integridad cultural y social (arts. 2, 7 y 55T C.P.), a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) y a la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de las comunidades étnicas, así como de los derechos fundamentales de petición (art. 23 C.P.), al debido proceso (art. 29 C.P.) y a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de los miembros de la comunidad negra de las Islas del Rosario, entre los que se encuentran Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez, por las razones que se resumen a continuación:

(1) El INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando el derecho fundamental de petición de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez porque (i) hasta la fecha, no ha respondido de fondo la solicitud de titulación colectiva de las tierras ocupadas ancestralmente por dicha comunidad; (ii) tampoco ha explicado las razones por las cuales ha incumplido los términos legales establecidos para el efecto, ni tampoco ha señalado una fecha en la que responderá; (iii) si bien ha respondido algunas comunicaciones que la comunidad le ha enviado con el fin de conocer el estado del trámite, ninguna de esas respuestas constituye una respuesta de fondo de la solicitud de titulación colectiva, pues en algunos casos simplemente informan el estado del trámite, y en otros aluden a la normatividad que en su concepto es aplicable al caso, pero explicitan que las mismas no constituyen una respuesta de fondo a la solicitud de titulación; (iv) su decisión de no dar una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva de las tierras ocupadas por la comunidad negra de las Islas del Rosario (a) es contradictoria con la información suministrada a la comunidad en septiembre de 2006, y (b) no es procedente, pues no resulta posible rechazar *in limine* la solicitud de titulación colectiva de las Islas del Rosario, dado que la situación de esas tierras no es un tema jurídicamente resuelto, sino que exige que se lleve a cabo un ejercicio de ponderación entre los objetivos perseguidos por la definición de baldío reservado de esas tierras y los derechos de la comunidad étnica que las ha habitado ancestralmente.

(2) El INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando el derecho fundamental al debido proceso de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez, ya que (i) la ausencia de respuesta de fondo de la solicitud de titulación colectiva de las Islas del Rosario implica un incumplimiento de los términos establecidos por el decreto 1745 de 1995 para dar trámite a una solicitud de esa naturaleza y, por ende, acarrea la violación del debido proceso administrativo, entendido como el derecho que tiene la comunidad negra de las Islas del Rosario a obtener una respuesta de fondo, sin dilaciones injustificadas y según los términos y actuaciones establecidas en la ley; (ii) la adjudicación a terceros de algunos predios objeto de la solicitud de titulación

colectiva implica la disposición de un derecho cuyo reconocimiento está pendiente, hecho que acarrea una violación del debido proceso administrativo, entendido como la garantía de que la actuación del Estado por fuera de un proceso en curso no deje sin eficacia los derechos sustanciales que se pretenden hacer valer dentro del mismo; (iii) la ausencia de notificación del Consejo Comunitario y de sus miembros directamente implicados de los procedimientos administrativos que han conducido a la decisión de desalojar varios predios implica la violación del derecho al debido proceso, entendido como el derecho a ser notificado para conocer de antemano las decisiones de la administración y así poder ejercer los mecanismos jurídicos para oponerse a ellas.

(3) El INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad negra de las Islas del Rosario, debido a que ésta no ha sido consultada por el INCODER sobre las decisiones de adjudicar a terceros y de desalojar a los ocupantes de los predios, y en especial de realizar contratos individuales de usufructo con sus miembros sobre los predios ancestralmente ocupados por dicha comunidad étnica. La obligación de consulta previa aplica a todas estas decisiones, en la medida en que se trata de decisiones de carácter administrativo relacionadas con el territorio ocupado por la comunidad étnica y susceptibles de afectarla, al (i) poner en riesgo la permanencia de la comunidad en las Islas del Rosario, (ii) al fraccionar el terreno cuya titulación colectiva fue previamente solicitada por la comunidad, y sobre el cual ésta tiene por tanto un interés claro e inequívoco de ser reconocida como propietaria colectiva, (iii) al ser susceptible de generar conflictos entre los miembros de la comunidad con respecto a la actitud que han de asumir en relación con los diversos procedimientos administrativos adelantados por el Estado y, así, de afectar la cohesión social y, por esa vía, la integridad cultural de la comunidad.

(4) El INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando el derecho fundamental de la comunidad negra de las Islas del Rosario a la existencia, pues al adjudicar a terceros los predios que hacen parte del territorio que habita la comunidad y que han sido objeto de una solicitud de titulación colectiva, y al intentar simultáneamente desalojar a sus integrantes, (i) atenta gravemente contra la conservación del territorio de la comunidad que constituye su hábitat, y (ii) pone en riesgo sus medios de subsistencia económica.

(5) El INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando el derecho fundamental de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus integrantes a la identidad cultural, entendido como el derecho de toda comunidad étnica a conservar su cultura y patrimonio cultural tangible o intangible, y de todos sus miembros a no ser forzados a pertenecer a una cultura diferente y a no ser asimilados involuntariamente por otra cultura, ya que (i) la ausencia de una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva y las acciones de adjudicación del territorio a terceros afectan la relación de la comunidad con su territorio, lo cual se traduce en un impacto negativo para su patrimonio cultural tangible, y (ii) los intentos de desalojo de algunos de los miembros de la comunidad implican una presión de éstos a pertenecer a o a ser asimilados por la cultura mayoritaria.

(6) El INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando el derecho fundamental de la comunidad negra de las Islas del Rosario a la integridad cultural y social, en la medida en que ha puesto en riesgo el equilibrio y la cohesión social de la comunidad, (i) a través de adjudicaciones y desalojos de los territorios que ocupa, (ii) así como también mediante la presión ejercida sobre los miembros de la comunidad para que firmen contratos individuales de usufructo.

(7) El INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando el derecho fundamental de la comunidad negra de las Islas del Rosario a la autonomía, entendido como la potestad que tiene ésta para determinar cómo desarrollar su cultura dentro del territorio que habita, al disponer a su arbitrio de un territorio dentro del cual la comunidad ha desarrollado su cultura desde tiempos ancestrales, y al poner en riesgo con ello la supervivencia cultural del grupo.

(8) La omisión del INCODER de resolver de fondo la solicitud de titulación colectiva de la comunidad negra de las Islas del Rosario implica no solamente la vulneración de los derechos anteriormente mencionados, sino también la violación del deber constitucional que tienen todas las autoridades estatales, incluidas las autoridades administrativas, de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en todos los casos en los cuales la misma proceda. En este caso, la violación de este deber deriva de la negativa de INCODER de examinar siquiera si dicha excepción de inconstitucionalidad es procedente.

La vulneración de derechos anteriormente resumida justifica plenamente que el Honorable juez de tutela acceda a nuestra solicitud de protección de los mismos y que, en consecuencia, ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA – INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL (INCODER) (i) tramite la solicitud de titulación colectiva presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006, de conformidad con los términos y procedimientos previstos en la ley 70 de 1993 y decreto 1745 de 1995; (ii) que, de conformidad con lo anterior, dé una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006, respuesta que debe resolver, a través de un ejercicio de ponderación, la tensión existente entre el carácter de bienes baldíos reservados de los predios que conforman el archipiélago de las Islas del Rosario, por un lado, y los derechos fundamentales de la comunidad negra y de sus integrantes, por otro lado; (iii) que retrotraiga todas las transacciones jurídicas efectuadas sobre los predios que conforman el archipiélago de las Islas del Rosario desde febrero de 2006, incluyendo contratos de arrendamiento, usufructo y manejo o control, así como desalojos de la población nativa de las Islas del Rosario, **transacciones que no podrán realizarse hasta tanto el INCODER resuelva de fondo la solicitud de titulación colectiva de dichas tierras presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006**; (iv) que suspenda todas las transacciones jurídicas que actualmente están siendo realizadas sobre los predios que conforman el archipiélago de las Islas del Rosario, incluyendo contratos de arrendamiento,

usufructo y manejo o control, así como desalojos de la población nativa de las Islas del Rosario, **transacciones que no podrán realizarse hasta tanto el INCODER resuelva de fondo la solicitud de titulación colectiva de dichas tierras presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006**; que no realice ninguna transacción jurídica sobre los predios que conforman el archipiélago de las Islas del Rosario, incluyendo contratos de arrendamiento, usufructo y manejo o control, así como desalojos de la población nativa de las Islas del Rosario, hasta tanto el INCODER resuelva de fondo la solicitud de titulación colectiva de dichas tierras presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006.

III. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Esta acción de tutela es plenamente procedente por cuanto sus actores están legitimados para interponerla, y no se presenta ninguna causal de improcedencia de aquéllas previstas en el decreto 2591 de 1991.

En cuanto a lo primero, la presente tutela se presenta en nombre y representación de varios ciudadanos que pertenecen a la comunidad negra de las Islas del Rosario, así como del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comuna de Gobierno Rural de Isla del Rosario Caserío Orika. Se trata de una acción plenamente procedente porque, de conformidad con los artículos 1, 2 y 5 del decreto 2591 de 1991, busca proteger los derechos constitucionales fundamentales de todos los que la interponen, vulnerados por las acciones y omisiones de INCODER - Ministerio de Agricultura. Así, los demandantes de la presente acción están legitimados para presentarla de manera conjunta, pues sus derechos constitucionales fundamentales han sido vulnerados por las mismas acciones y omisiones de una entidad estatal; sin embargo, la solicitud de protección de sus derechos se hace a título individual en el caso de las personas naturales, y a título colectivo en el caso de la comunidad negra.¹⁶

La solicitud de protección de sus derechos elevada por la comunidad negra de las Islas del Rosario a través del representante legal de su Consejo Comunitario es procedente, pues, a pesar de elevarse en nombre de la comunidad negra, no se reclama la protección de derechos colectivos o de tercera generación, sino de derechos constitucionales fundamentales que, según la jurisprudencia constitucional, recaen en cabeza de la comunidad negra en su conjunto, en tanto que minoría étnica. En efecto, la Corte Constitucional ha reconocido explícitamente, que las comunidades culturales minoritarias tanto indígenas como afrocolombianas deben ser consideradas como sujetos de derechos fundamentales.

¹⁶ Ver, en sentido similar, Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002.

En el caso de las comunidades indígenas, la Corte Constitucional se manifestó en los siguientes términos:

“La comunidad indígena “ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser ‘sujeto’ de derechos fundamentales”, pues, “(...) no puede en verdad hablarse de protección a la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de sus derechos fundamentales”¹⁷ (negrilla fuera del texto original).

Así lo reiteró también con ocasión de un fallo de tutela en el año 2003:

“La Corte ha dejado establecido que con independencia de los miembros que la conforman, la comunidad indígena constituye un verdadero sujeto de derechos fundamentales que, como tal, es destinatario de la protección que brinda la acción de tutela.”¹⁸ (Negrilla fuera del texto original)

En cuanto a las comunidades negras, la Corte Constitucional ha reconocido que, al igual que las comunidades indígenas, son titulares de los derechos diferenciados conferidos por la Constitución de 1991 a las minorías étnicas, así como también de aquéllos consagrados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) -que forma parte del bloque de constitucionalidad (arts. 93 y 94 C.P.)- para los pueblos indígenas y tribales. En efecto, en la sentencia C-169 de 2001, la Corte señaló que las comunidades afrodescendientes del país constituyen *“un sector importante de la población colombiana que, en sucesivas oportunidades, ha sido reconocido por el legislador como un grupo étnico especial”*. Según la Corte, dicho reconocimiento por parte del legislador se materializa en las leyes 70 de 1993, 99 de 1993 y 199 de 1995, todas las cuales reconocen derechos diferenciados a favor de estas colectividades, precisamente en virtud de su carácter de grupos étnicos. Para la Corte, ese reconocimiento por parte del legislador tiene consecuencias inmediatas, pues hace *“...que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio”* (negrilla fuera del texto original).¹⁹ Esta titularidad implica también, según la Corte, que las comunidades negras *“se hacen acreedores a los derechos que consagra el Convenio 169 de la O.I.T.”*²⁰

La titularidad de derechos similares a los de las comunidades indígenas, y en particular de los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT -que deben considerarse integrados al bloque de constitucionalidad (arts. 93 y 94 C.P.)-, implica que las comunidades negras

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-379 de 2003.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001.

²⁰ *Id.*

están legitimadas para interponer acciones de tutela cuando consideren que estos derechos están siendo amenazados o vulnerados por el Estado o los particulares, pues se trata de derechos fundamentales directamente aplicables. Dado que los Consejos Comunitarios son la forma de organización administrativa y de representación política de estos grupos étnicos, los mismos están claramente legitimados para presentar acciones legales, y en particular acciones de tutela, en nombre de su comunidad. En efecto, según la Corte Constitucional, para que exista legitimación por activa no es siquiera necesario que quien presente la acción sea el representante legal del Consejo Comunitario; basta con que se trate de integrantes de la comunidad negra. Así lo estableció la Corte en la sentencia T-955 de 2003, en la cual decidió una acción de tutela interpuesta por integrantes de las comunidades negras de la Cuenca del Río Cacarica en contra del Ministerio del Medio Ambiente, afirmando:

“Los actores son integrantes de las comunidades negras de la Cuenca del río Cacarica, no interesa para efecto de determinar la legitimación de su pretensión que ostenten la representación de la persona jurídica –Consejo Mayor de la Cuenca del Cacarica-, como tampoco que dicha representación se encuentre actualmente en disputa. Lo expuesto en razón de que la jurisprudencia constitucional tiene definido que las organizaciones que agrupan a los pueblos indígenas y tribales, y quienes pertenecen a éstos, están legitimados para invocar su derecho a la subsistencia e integridad cultural. Resulta claro, entonces, que los accionantes están legitimados para invocar la protección del Juez Constitucional...” (negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, es evidente que Ever de la Rosa, representante legal del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario Caserío Orika, tiene plena legitimación para presentar esta acción de tutela en nombre de la comunidad negra de las Islas del Rosario por vulneración de los derechos fundamentales de ésta.

La legitimación de las comunidades negras en general, y de sus Consejos Comunitarios en particular, para defender sus derechos fundamentales no va de ninguna manera en detrimento del derecho de los miembros de esas comunidades a reclamar individualmente la protección de aquellos derechos que poseen una dimensión individual. En efecto, una misma omisión o acción de una autoridad puede vulnerar, a un mismo tiempo, los derechos fundamentales de una comunidad étnica y de sus miembros individualmente considerados. Es esto lo que sucede en el presente caso, ya que las omisiones y acciones del INCODER descritas en las secciones anteriores de esta acción no sólo han vulnerado los derechos fundamentales de la comunidad negra de las Islas del Rosario, sino también de sus miembros, tal como es el caso de los Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez, quienes mediante esta acción reclaman la protección de sus derechos fundamentales de petición (art. 23 C.P.), al debido proceso (art. 29 C.P.), y a la integridad social y cultural (arst. 2 y 7 C.P.). En relación con este último, es importante mencionar que la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la integridad cultural y social no sólo

tiene una dimensión colectiva, sino también una dimensión individual²¹, cuya protección es entonces susceptible de ser reclamada no solamente por la comunidad étnica de la cual se reputa, sino también por los miembros de la misma.

Además de que los actores de la presente tutela están legitimados para presentarla, es importante señalar que ésta es procedente por cuanto ninguna de las causales de improcedencia de la acción de tutela contempladas en el artículo 6º del decreto 2591 de 1991 se presenta en este caso. En primer lugar, no existe ningún otro recurso o medio de defensa judicial a través del cual los derechos fundamentales que están siendo vulnerados puedan ser protegidos eficazmente (art. 6º, num. 1º del decreto 2591). En efecto, no existe ningún instrumento jurídico que pueda ser utilizado para lograr las pretensiones de esta acción, que fueron resumidas anteriormente y que se plantean en la solicitud de esta acción.

De un lado, las pretensiones de esta acción consistentes en solicitar al Honorable juez de tutela que ordene al INCODER retrotraer toda transacción jurídica efectuada sobre los predios que conforman el archipiélago de las Islas del Rosario desde febrero de 2006, suspender todas las transacciones de esa naturaleza que están siendo realizadas sobre tales predios, y no realizar más transacciones de esa naturaleza hasta tanto el INCODER resuelva de fondo la solicitud de titulación colectiva de dichas tierras presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario, no pueden ser logradas a través de ningún otro instrumento jurídico ni de defensa judicial por varias razones. Primero, como se mencionó en los hechos del presente caso, ni el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario ni ninguno de sus miembros individualmente considerado han sido consultados, notificados o siquiera informados de las transacciones jurídicas realizadas por el INCODER sobre los predios en cuestión, y en particular de los contratos de arrendamiento realizados con personas privadas, de los contratos de manejo y control realizados con otras autoridades estatales, y de los procedimientos administrativos que han culminado en órdenes de desalojo de los ocupantes de los predios. Por consiguiente, el Consejo Comunitario y sus miembros no pueden acceder a ningún recurso administrativo o judicial que les permita atacar dichas transacciones jurídicas, por cuanto estos recursos sólo están a disposición de las personas debidamente notificadas o que al menos conozcan el asunto para poder demostrar su interés en el mismo.

Segundo, la acción de nulidad contra las transacciones jurídicas que ya han sido realizadas por el INCODER sobre los predios que conforman las Islas del Rosario no constituye un mecanismo judicial eficaz para la protección de los derechos fundamentales de la comunidad negra de las islas del Rosario y de sus miembros, ya que con dicha nulidad sólo se lograrían retrotraer aquellas operaciones jurídicas ya efectuadas, pero no se garantizaría que no se realicen nuevas operaciones de esa naturaleza sobre esos predios. En esa medida, se trata de un recurso insuficiente para proteger los derechos de la comunidad negra y de

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2005.

sus miembros, que continuarían sometidos a la posibilidad de que nuevos contratos de arrendamiento y de manejo, así como nuevos procedimientos de desalojo arrasasen con tales derechos. La adecuada protección de estos derechos requiere de una solución que no sólo ordene retrotraer los efectos de las transacciones ya realizadas, sino también suspender aquéllas en curso y no realizar otras nuevas hasta tanto no sea resuelta la solicitud de titulación colectiva de la comunidad negra. Como tal, es menester que se trate de una solución que articule el problema de la ausencia de respuesta a la solicitud de titulación colectiva con aquél de la realización de transacciones jurídicas sobre los predios objeto de dicha solicitud. En particular, se requiere una solución articulada, que resuelva la tensión existente entre el carácter de baldíos reservados de los predios, por un lado, y los derechos de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus miembros, por otro lado.

Tercero, incluso asumiendo que a través de la acción de nulidad podría lograrse al menos uno de los cometidos de esta acción, cual es el de que se retrotraigan las operaciones jurídicas ya efectuadas sobre predios de las Islas del Rosario, la misma no sería eficaz ni siquiera en este aspecto. Ello es así porque se trata de una acción no expedita, cuya solución tardaría mucho tiempo en tener lugar, tiempo durante el cual podría darse un perjuicio irremediable. En efecto, las solicitudes de la presente acción de tutela buscan, entre otras cosas, evitar que la comunidad negra de las Islas del Rosario y sus integrantes se vean obligados a salir de sus tierras y a poner así en riesgo los derechos especiales que tienen en tanto que comunidad étnica. Sin embargo, esto puede suceder mientras se tramita una acción de nulidad, que por lo general no tiene efectos suspensivos. Además, las solicitudes de la presente acción de tutela buscan también evitar que el INCODER disponga de todas o la mayoría de las tierras de las Islas del Rosario antes de resolver la solicitud de titulación colectiva presentada por la comunidad, de forma tal que esta solicitud no se torne inocua por carecer de objeto. En esa medida, se trata de una acción que busca que los derechos de la comunidad negra y de sus integrantes no continúen siendo vulnerados por el INCODER, pero también que con dichas vulneraciones éste no cause un perjuicio irremediable. La acción de tutela es el único mecanismo idóneo para lograr este fin, pues una acción como la de nulidad no lograría resolver el caso de forma tal que pudiera evitarse un perjuicio irremediable.

De otro lado, tampoco pueden ser logradas a través de ningún otro instrumento jurídico ni de defensa judicial las demás pretensiones de esta acción, consistentes en solicitar al Honorable juez de tutela que ordene al INCODER tramitar de conformidad con los términos y procedimientos legales la solicitud de titulación colectiva presentada por la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006, y dar una respuesta de fondo a la misma que pondere la tensión existente entre el carácter de bienes baldíos reservados de los predios que conforman el archipiélago de las Islas del Rosario, por un lado, y los derechos fundamentales de la comunidad negra y de sus integrantes, por otro lado. En efecto, estas pretensiones requieren también de una solución articulada, que no se limite a ordenar al INCODER dar una respuesta a la solicitud de titulación colectiva de la comunidad negra, sino que indique las condiciones con las cuales debe cumplir la misma

para poder ser considerada una respuesta de fondo, tal y como lo ha hecho la jurisprudencia constitucional en otras ocasiones.²² En este caso en particular, dado que la tensión antes mencionada entre el carácter de baldío reservado de las Islas del Rosario y los derechos de la comunidad negra que las habita no ha sido resuelta aún, para ser considerada una respuesta de fondo, la respuesta del INCODER debería resolver dicha tensión a través de un ejercicio de ponderación que impida que alguno de los dos extremos de la tensión se vea completamente arrasado o anulado.

La pretensión de que se ordene al INCODER no sólo dar trámite a la solicitud de titulación colectiva de la comunidad negra de las Islas del Rosario, sino responderla de fondo de tal forma que se resuelva la tensión antes presentada, sólo puede ser lograda a través de una acción como la tutela, pues ni los recursos administrativos ni la acción de cumplimiento podrían lograr tal fin. En cuanto a los recursos administrativos, es evidente que éstos no pueden ejercerse por cuanto no existe ninguna decisión del INCODER en relación con la solicitud de titulación colectiva de la comunidad negra de las Islas que pueda ser retada en la vía gubernativa y/o ante el contencioso administrativo. El propio INCODER ha afirmado que ninguna de las comunicaciones que ha dirigido al Consejo Comunitario de la comunidad negra sobre el asunto constituye una respuesta de fondo a su solicitud. Es justamente una tal decisión lo que, entre otras cosas, se solicita a través de la presente acción de tutela.

En cuanto a la acción de cumplimiento, ésta no puede ser tampoco considerada como un mecanismo de defensa judicial eficaz para la protección de los derechos fundamentales cuya vulneración aquí se alega. De hecho, en caso de ser procedente, elevar contra el INCODER una acción de cumplimiento del decreto 1745 de 1995 -que consagra el trámite y los procedimientos que deben seguirse ante la radicación de una solicitud de titulación colectiva de tierras de las comunidades negras- no permitiría lograr los resultados esperados antes descritos. A lo sumo, una decisión judicial positiva de una acción de esa naturaleza exigiría al INCODER dar trámite a la solicitud de titulación en cuestión, mas no podría exigirle que en su decisión tuviera en cuenta los derechos de la comunidad negra y realizara un ejercicio de ponderación entre éstos y el carácter de baldío reservado de las Islas del Rosario. Y, lo que es más, dado que es el propio decreto 1745 de 1995 (art. 19. num. 9) el que establece que las reservas territoriales de la nación no pueden ser adjudicadas

²² Ver, por ejemplo, Corte Constitucional, sentencia T-460 de 2006. En esta sentencia, la Corte Constitucional resolvió una acción de tutela presentada por varios operadores y usuarios de radio comunitaria en Bogotá, que alegaban la vulneración de sus derechos a la libertad de expresión y de información, entre otros, causada por la omisión del Ministerio de Comunicaciones de abrir una convocatoria pública para la concesión de licencias de operación de ese tipo de emisoras en el distrito capital. Los peticionarios habían presentado múltiples derechos de petición ante el Ministerio de Comunicaciones solicitando la apertura de la convocatoria. Si bien muchas de esas peticiones fueron resueltas por el Ministerio, las mismas no justificaban sólidamente la negativa de abrir la convocatoria, ni indicaban cuándo sería ésta abierta. Por esa razón, la Corte Constitucional consideró que el Ministerio de Comunicaciones había vulnerado el derecho fundamental de petición de los tutelantes y ordenó al Ministerio dar una respuesta a sus peticiones, la cual, para poder ser considerada como una respuesta de fondo, no podría incluir las mismas razones ya ofrecidas para abstenerse de abrir la convocatoria.

colectivamente a las comunidades negras, es posible que una acción de cumplimiento de esa naturaleza desembocara en una decisión judicial según la cual no debe darse trámite a la solicitud de titulación que, como tal, no tendría en cuenta los derechos fundamentales de la comunidad negra y de sus integrantes.

En realidad, para lograr que estos intereses sean tenidos en cuenta al momento de determinar la procedencia de la solicitud de titulación colectiva, es necesario que se admita la posibilidad de inaplicar la disposición del decreto 1745 que excluye los baldíos reservados de las tierras adjudicables por el hecho de vulnerar los derechos constitucionales fundamentales de la comunidad negra, es decir, de aplicar la figura de la excepción de inconstitucionalidad. Sin embargo, la aplicación de esta figura no podría lograrse a través de una acción de cumplimiento, por cuanto ésta no es aplicable a los mandatos constitucionales, sino tan sólo a los mandatos legales y reglamentarios. El espacio natural para solicitar la aplicación de una excepción de inconstitucionalidad tal es, justamente, el procedimiento administrativo previsto en el decreto 1745 de 1995 para dar trámite a las solicitudes de titulación colectiva de las comunidades negras. Por ende, para que dicha solicitud pueda hacerse, es necesario que el INCODER adelante dicho procedimiento administrativo. Más aún, para que el INCODER considere que una solicitud de esa naturaleza es procedente, es necesario que le sea exigible que su decisión de fondo de dicho procedimiento administrativo resuelva la tensión existente entre el carácter de baldío reservado de las Islas del Rosario y los derechos constitucionales de la comunidad negra y de sus integrantes, lo cual requiere que éstos sean tenidos en cuenta y no meramente ignorados o arrasados por la decisión. La exigencia de una decisión de fondo con esas condiciones sólo puede ser lograda a través de una acción de tutela.

En segundo lugar, esta acción es procedente por cuanto, como ya fue mencionado, a través de la misma no se busca la protección de un derecho colectivo (numeral 3° del artículo 6° del decreto 2591 de 1991), sino de los derechos fundamentales de los cuales son titulares tanto la comunidad negra de las Islas del Rosario como los miembros de la misma.

En tercer lugar, las omisiones y acciones del INCODER descritas en las secciones anteriores continúan vulnerando los derechos fundamentales de la comunidad peticionaria y de sus miembros, por lo cual en el presente caso no se configura un daño consumado (artículo 6°, num. 4° del artículo 6° del decreto 2591). En efecto, hasta el momento, el INCODER continúa sin resolver de fondo la solicitud del Consejo Comunitario, a la par que continúa disponiendo de las tierras que son objeto de dicha solicitud a través de contratos de arriendo y de mantenimiento, así como de procedimientos de desalojo. Con ello, el INCODER continúa vulnerando los derechos fundamentales de la comunidad negra y de sus miembros.

En cuarto y último lugar, las omisiones y acciones del INCODER no constituyen actos de carácter general, impersonal o abstracto, puesto que están dirigidos de manera clara y

directa tanto a la comunidad afrocolombiana de las Islas del Rosario, cuyo órgano representativo es el Consejo Comunitario, como a sus miembros.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por los hechos arriba mencionados y teniendo en cuenta que la presente acción resulta procedente de acuerdo con el decreto que la reglamenta, a continuación desarrollaremos los argumentos de derecho en virtud de los cuales esta acción debe ser concedida, con miras a proteger los derechos constitucionales fundamentales de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez de petición (art. 23 C.P.), al debido proceso (art. 29 C.P.) y a la identidad cultural (art. 2, 7 y 55T C.P.), así como los derechos de la comunidad negra de las Islas del Rosario a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.), a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), a la integridad social y cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) y a la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de las comunidades étnicas.

En la primera sección de este acápite presentaremos los argumentos por los cuales las omisiones y acciones del INCODER narradas en las secciones anteriores violan el derecho fundamental de petición de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez (1). En la segunda sección, demostraremos por qué dichas omisiones y acciones también vulneran el derecho fundamental al debido proceso de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez (2). En la tercera sección, desarrollaremos las razones por las cuales las omisiones y acciones del INCODER violan asimismo el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad negra de las Islas del Rosario (3). En la cuarta sección, presentaremos los argumentos que permiten concluir que las omisiones y acciones de este instituto violan los derechos fundamentales de la comunidad negra de las Islas del Rosario a la existencia, a la integridad cultural y social y a la autonomía, así como el derecho fundamental de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez a la identidad cultural (4). En la quinta y última sección, argumentaremos que las omisiones y acciones del INCODER vulneran el deber constitucional de las autoridades administrativas de examinar la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad en casos de conflicto entre disposiciones legales o reglamentarias y disposiciones constitucionales, y de aplicarla cuando haya lugar a ello (5).

1. Vulneración del derecho fundamental de petición (art. 23 C.P.)

En este acápite demostraremos que el INCODER ha vulnerado flagrantemente el derecho fundamental de petición de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez. Para ello, en primer lugar, presentaremos de manera sintética el desarrollo que la jurisprudencia constitucional ha dado al contenido del derecho fundamental de petición (1). En segundo lugar, probaremos que el INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando el derecho fundamental de petición de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus integrantes, entre ellos Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez, a través de su persistente omisión al no dar una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva de las Islas del Rosario elevada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra (2).

A. Contenido del derecho fundamental de petición (art. 23 C.P.)

El derecho fundamental de petición fue consagrado en el artículo 23 de la Constitución como aquél que tiene toda persona a “*presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución*”. Del texto mismo de la Constitución se desprende que se trata de un derecho que establece una doble garantía para el ciudadano: en primer lugar, garantiza la posibilidad de elevar solicitudes ante las autoridades, y en segundo lugar, asegura que dichas solicitudes obtengan una pronta respuesta de fondo. En ese sentido, el derecho de petición impone una doble obligación correlativa al Estado, consistente en dar curso a las peticiones presentadas por los ciudadanos, y en responderlas en tiempo y de fondo. La Corte Constitucional ha reconocido esta doble dimensión del derecho de petición, diciendo:

*“El núcleo esencial del derecho de petición, contempla no sólo la posibilidad de elevar peticiones respetuosas ante la autoridad, bien sea en interés general o particular, sino a obtener de ésta una pronta resolución del asunto sometido a su consideración y dentro del término previsto por la ley ...”*²³ (negrilla fuera del texto original).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha resaltado la gran importancia que tiene el derecho de petición en tanto que mecanismo de participación democrática, al identificar su potencial como canal de comunicación entre el Estado y los ciudadanos. Al respecto, ha dicho la Corte:

“Una lectura del artículo 23 realizada a la luz de la Constitución en su conjunto, lleva a concluir, por tanto, la estrecha relación que existe entre el ejercicio del derecho de petición y la posibilidad para el pueblo de participar de modo activo en todas las decisiones que puedan afectarlo, así como en el ejercicio del control sobre los funcionarios que actúan a nombre de la administración - sean ellos funcionarios públicos propiamente dichos o particulares que prestan un servicio público - con el fin de asegurar que tales autoridades públicas cumplan con las

²³ Corte Constitucional, sentencia T-241 de 1999.

*tareas para las cuales han sido instituidas. Este es un asunto sobre el cual la Corte Constitucional se ha pronunciado ya de manera profusa y sobre el cual existe también una abundante jurisprudencia”.*²⁴

Desde esta perspectiva, el derecho de petición se erige nada más ni nada menos que “*en uno de los instrumentos más adecuados para hacer efectiva la democracia participativa*”.²⁵ Esto es así si se tiene en cuenta que se trata de una forma de garantizar la existencia de “*vías alternativas de comunicación entre la administración y el pueblo*”, las cuales deben funcionar de manera “*fluida, transparente, respetuosa y eficaz*”.²⁶

Este deber de fluidez, transparencia, respeto y eficacia que debe cumplirse en la comunicación entre la administración y los administrados se traduce en la obligación que tiene el Estado de responder de manera pronta, oportuna, clara y precisa a las solicitudes formuladas por los ciudadanos. En otras palabras, no cualquier tipo de respuesta por parte de la administración puede ser considerada como respetuosa del derecho fundamental de petición. La Corte Constitucional ha definido que, con independencia de que la respuesta conceda o niegue lo solicitado por el ciudadano, es necesario que la misma cumpla con ciertas condiciones para que pueda descartarse una vulneración del derecho fundamental en cuestión.

En la reciente sentencia T-147 de 2006, la Corte sintetizó los tres requisitos mínimos que, en su concepto, debe cumplir una respuesta de la administración para no vulnerar el derecho fundamental de petición, así:

*“La respuesta que se dé al peticionario debe cumplir, a lo menos, con los siguientes requisitos: (i) Ser oportuna; (ii) Resolver de fondo, en forma clara, precisa y congruente con lo solicitado; (iii) Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición”.*²⁷

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado ampliamente el contenido y el alcance de cada uno de los requisitos antes mencionados. En primer lugar, en lo que se refiere a la oportunidad de la respuesta, la Corte ha expresado que la misma debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible, pues “*prolongar en exceso la decisión de la solicitud, implica una violación de la Constitución*”.²⁸ Esto significa que el

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-542 de 2005. Ver también Corte Constitucional sentencias T-419 de 1992, T-172 de 1993, T-306 de 1993, T-335 de 1993, T-571 de 1993, T-414 de 1995, T-529 de 1995, T-604 de 1995, SU-166 de 1999, T-307 de 1999, T-079 de 2001, T-396 de 2001, T-565 de 2001 y T-1089 de 2001.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-542 de 2005.

²⁶ *Id.*

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-1089 de 2001. Ver también Corte Constitucional, sentencias T-377 de 2000, T-219 de 2001 y T-249 de 2001.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-957 de 2004.

requisito de oportunidad es una exigencia temporal, que se concreta en el deber de responder dentro de los términos legalmente establecidos. El respeto de los plazos legales tiene sentido, en la medida en que el desconocimiento de los mismos puede conllevar la afectación de otros derechos constitucionales, incluido el debido proceso. La prontitud y oportunidad en la respuesta son tan importantes para la satisfacción del derecho fundamental de petición que la Corte Constitucional ha establecido que forman parte de su núcleo esencial. Así, ha dicho la Corte:

“El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido”²⁹
(negrilla fuera del texto original).

Además, la Corte Constitucional ha dicho que, en el evento de que la administración no pueda resolver una solicitud en el término legal antes de que dicho término transcurra, *“la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación”*.³⁰ Es decir, el grado de dificultad o complejidad de la solicitud no liberan a la administración de establecer un término razonable para responder, aún cuando se justifique ampliar el término previsto por la ley. Además, según la Corte, tampoco debe el ciudadano reiterar su solicitud como condición para obtener una respuesta oportuna. Así lo reconoció enfáticamente este tribunal, diciendo:

“El derecho de petición no exige solicitudes reiterativas, ni escritos adicionales recordatorios del cumplimiento de la Constitución y de la ley, sino que la sola presentación de la petición obliga a la autoridad y a los particulares a dar una respuesta oportuna a las solicitudes respetuosamente formuladas”³¹ (negrilla fuera del texto original).

En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la respuesta de la autoridad competente debe resolver de fondo lo solicitado. Para que esto sea así, es necesario que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que la respuesta sea clara y precisa. En ese orden de ideas, según la Corte, también *“las contestaciones evasivas, vagas, contradictorias, y en general todas aquellas que tiendan a confundir al interesado, violan el derecho fundamental de petición”*.³² Esto es así, no sólo porque de lo contrario el ciudadano no podría tener acceso a la información solicitada, sino también porque solamente una respuesta de fondo le permite ejercer su derecho a la defensa e impugnar la decisión de la administración. Así, según la Corte:

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-377 de 2000.

³⁰ *Id.*

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-547 de 1996.

³² Corte Constitucional, sentencia T-363 de 1997.

“... es claro que lo que se persigue es que el derecho de la persona obtenga una respuesta de fondo, clara y precisa, dentro de un término razonable que le permita, igualmente, ejercer los mecanismos ordinarios de defensa judicial, cuando no está de acuerdo con lo resuelto”³³ (negrilla fuera del texto original).

Igualmente, la Corte Constitucional ha concluido que informar al peticionario sobre el estado en que se encuentra el trámite no se considera una respuesta de fondo y, por ende, no constituye una respuesta idónea en los términos del artículo 23 de la Constitución de 1991. Al respecto ha dicho la Corte:

“No se considera una respuesta efectiva la información que se da al peticionario sobre cuál es el estado del trámite en que se encuentra su solicitud y el número de su turno, o la expresión de que ya se han surtido algunos trámites preparatorios al acto definitivo, pues lo que verdaderamente interesa a aquél es obtener una contestación de fondo, clara y precisa, en torno a sus inquietudes, o respecto de lo que estima son sus derechos”³⁴ (negrilla fuera del texto original).

En tercer lugar, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, para que la respuesta a una petición no vulnere el derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta, es necesario que la misma sea puesta en conocimiento del peticionario. De acuerdo con la Corte, *“ante la presentación de una petición la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado”*.³⁵

En conclusión, si la administración incumple con alguno de los requisitos antes desarrollados vulnera el derecho fundamental de petición del solicitante. Esto puede ocurrir porque (i) la administración no responde a la petición formulada; (ii) la administración no explica al interesado las razones por las cuales no cumple con el término legal exigido para dar respuesta a la solicitud, ni señala la fecha en la que responderá; (iii) la respuesta que la administración ofrece al interesado no es una respuesta de fondo, o bien porque no responde a lo solicitado, o bien porque es evasiva, vaga o contradictoria, o bien porque simplemente informa el estado del trámite sin responder a la solicitud; (iv) la respuesta de la administración no es notificada al peticionario.

Como lo veremos a continuación, el INCODER ha vulnerado el derecho de petición de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus integrantes porque hasta la fecha no ha respondido la solicitud de titulación colectiva de las tierras ocupadas ancestralmente por dicha comunidad (i); no ha explicado las razones por las cuales ha incumplido los términos legales establecidos para el efecto, ni tampoco ha señalado una fecha en la que responderá (ii); si bien ha respondido algunas comunicaciones que la comunidad le ha enviado con el fin de conocer el estado del trámite, ninguna de esas respuestas constituye una respuesta de fondo de la solicitud de titulación colectiva, pues en algunos casos simplemente informan

³³ Corte Constitucional, sentencia T-134 de 2006.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-363 de 1997.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-249 de 2001.

el estado del trámite, y en otros aluden a la normatividad que en su concepto es aplicable al caso, pero explicitan que las mismas no constituyen una respuesta de fondo a la solicitud de titulación (iii); por ende, la comunidad tampoco ha sido notificada de una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva que presentó (iv).

B. Vulneración del derecho fundamental de petición (art. 23 C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus integrantes

En febrero de 2006, el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario solicitó formalmente el título colectivo en calidad de “Tierras de la Comunidad Negra de las Islas del Rosario” del globo de terreno que ha ocupado tradicionalmente. Sin embargo, hoy, un año y ocho meses después de radicada la solicitud, el INCODER no ha dado aún una respuesta de fondo a la petición de la comunidad negra de las Islas del Rosario, ni ha iniciado ninguno de los trámites que, según el decreto 1745 de 1995, deben ser adelantados dentro de términos definidos para que pueda tomarse una tal decisión de fondo. Y ello, a pesar de que en una comunicación del 20 de septiembre de 2006, dicha entidad afirmó que se había “conformado el expediente administrativo” del asunto, lo que significa que a partir de esa fecha debieron haber comenzado a realizarse los trámites consagrados en el decreto 1745 dentro de los términos allí establecidos.

Según el decreto 1745 de 1995, el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras" está compuesto por las siguientes etapas:

- Iniciar el trámite de titulación y publicar el texto de la solicitud hecha por el representante legal del Consejo Comunitario (art. 21, num. 1 decreto 1745 de 1995).
- Ordenar una visita a la comunidad máximo dentro de los sesenta días siguientes a la radicación de la solicitud, fijando la fecha de la misma y señalando los funcionarios que la realizarán (art. 22 decreto 1745 de 1995).
- Notificar al procurador delegado para asuntos ambientales y agrarios y al representante legal del Consejo Comunitario la resolución contentiva de la orden antes mencionada (art. 22 decreto 1745 de 1995).
- Llevar a cabo la referida visita, con el objetivo de “delimitar el territorio susceptible de titularse...”; “recopilar la información sociocultural, histórica y económica del grupo en estudio”; “(r)realizar el censo de la población negra...”; “(d)eterminar terceros ocupantes del territorio...”; “(c)oncertar con los habitantes de la zona la delimitación...” (art. 22, nums. 1, 2, 3, 4, 5 decreto 1745 de 1995).
- Levantar un acta de la visita en comento, “firmada por los funcionarios, el representante legal del Consejo Comunitario y los terceros interesados que se hagan presentes...” (art. 22 par. 1 decreto 1745 de 1995).
- Rendir un informe técnico sobre la visita, dentro de los 30 días siguientes a ésta (art. 23 decreto 1745 de 1995).

- En caso de existir oposición a la titulación colectiva, abrir el trámite de la misma y decidirla de fondo (art. 25 decreto 1745 de 1995).
- Resuelto el trámite de oposición o no habiendo éste tenido lugar, hacer una revisión previa de la procedencia legal de la titulación colectiva, fijar el negocio en lista, y ordenar el envío del expediente a la Comisión Técnica (art. 26 decreto 1745 de 1995), la cual tiene 30 días hábiles para pronunciarse.
- Surtidos estos trámites, el INCODER expide resolución motivada en la que otorga o niega la titularidad de la tierra a la comunidad negra solicitante (art. 30 decreto 1745 de 1995).

En el caso de la comunidad negra de las Islas del Rosario, a pesar de que la solicitud de titulación fue debidamente radicada en febrero de 2006, hasta la fecha no se ha cumplido ninguno de los trámites anteriormente señalados. Así, la comunidad no tiene conocimiento de que su solicitud haya sido publicada, como lo ordena el numeral 1 del artículo 21 del decreto 1745 de 1995. Tampoco tiene conocimiento de que se haya ordenado una visita de inspección a las islas del Rosario, a pesar de que, según el artículo 22 del decreto 1745 de 1995, dicha orden debía haberse dado a más tardar dentro de los sesenta días siguientes a la radicación de la solicitud, esto es, en abril de 2006 –hace un año y seis meses-.

Más aún, hasta la fecha, el INCODER no ha realizado ninguna visita a las Islas del Rosario tendiente a *“delimitar el territorio susceptible de titularse”*, a *“recopilar la información sociocultural, histórica y económica del grupo en estudio”*, a *“(r)realizar el censo de la población negra”*, a *“(d)eterminar terceros ocupantes del territorio”*, o a *“(c)oncertar con los habitantes de la zona la delimitación”*, tal y como lo exigen los numerales 1, 2, 3, 4, 5 del artículo 22 de decreto 1745 de 1995. En efecto, si bien han sido muchas las visitas que tanto el INCODER como el Ministerio de Agricultura han realizado a las Islas del Rosario en los últimos dos años, ninguna de ellas ha tenido como objetivo alguno de los antes mencionados, pues han estado destinadas, ante todo, a convencer a los miembros de la comunidad negra de que acepten los contratos individuales de usufructo a título precario que consagra el Acuerdo No. 041 de 2006. Dado que la visita establecida en el artículo 22 del decreto 1745 de 1995 no ha sido realizada, tampoco han podido ser realizados los trámites consagrados en los artículos 22, 23, 25, 26 y 30 de dicho decreto, consistentes en el levantamiento de un acta y en la elaboración de un informe sobre la visita, en la solución de eventuales casos de oposición a la titulación colectiva, en el envío del expediente a una Comisión Técnica para que rinda informe, y en la adopción de una decisión o respuesta de fondo sobre la solicitud de la titulación colectiva.

De conformidad con el decreto 1745 de 1995, la totalidad del procedimiento administrativo tendiente a determinar si una solicitud de titulación colectiva de un territorio de comunidades negras es o no procedente no debe durar más de aproximadamente seis meses desde la radicación de la solicitud si no hay trámite de oposición. En efecto, la orden de realizar la visita debe darse en los sesenta días siguientes a la radicación de la solicitud, el informe de la visita debe elaborarse en los treinta días siguientes a la misma, y el

pronunciamiento de la Comisión Técnica debe darse en los treinta días siguientes a la recepción del expediente, lo cual suma 120 días o cuatro meses. A este tiempo deben sumarse los tiempos prudenciales necesarios para que la visita sea realizada después de haber sido ordenada, para que el INCODER haga una revisión legal de la procedencia de la titulación colectiva y fije el negocio en lista antes de enviar el expediente a la Comisión Técnica, y para que el INCODER expida una resolución motivada sobre la procedencia de la solicitud luego del pronunciamiento de esta Comisión, todo lo cual no debería sumar, en conjunto, más de dos meses. En caso de presentarse el trámite de oposición, dado que su decisión debe tener lugar inmediatamente (art. 25 decreto 1745 de 1995), el mismo no debería prolongar mucho más el procedimiento total.

A pesar de los cálculos anteriores, hasta la fecha han pasado veinte meses desde la radicación de la solicitud de la titulación colectiva por parte de la comunidad negra de las Islas del Rosario. En dichos veinte meses, no sólo no se ha dado respuesta de fondo a la solicitud de la comunidad, sino que ni siquiera se ha hecho la visita de inspección a las Islas del Rosario, que debía tener lugar dentro de los sesenta días o dos meses siguientes a tal radicación (art. 22 decreto 1745 de 1995), es decir, en abril de 2006, hace un año y seis meses.

Como se mencionó en los hechos de esta acción de tutela, el 5 de septiembre de 2006, en vista de que habían pasado siete meses desde la radicación de la solicitud y que, a pesar de ello, el INCODER no había iniciado ninguno de los trámites estipulados en el decreto 1745 de 1995, el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Islas del Rosario Caserío Orika presentó ante el Gerente Regional del INCODER en Cartagena un derecho de petición pidiendo dar respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva. Como respuesta a este derecho de petición, el 20 de septiembre de 2006 el Gerente Regional del INCODER informó al Consejo Comunitario que el expediente administrativo del asunto en cuestión había sido conformado, “*con el fin de establecer los hechos por usted narrados relacionados con la ocupación, para efectos de determinar la viabilidad de su solicitud y proceder de conformidad con la Ley 70 de 1993 y su Decreto Reglamentario No. 1745 de 1995*”.³⁶

La anterior respuesta del INCODER dejaba claro entonces que, a pesar de la tardanza en iniciar los trámites previstos en el decreto 1745 de 1995, el INCODER procedería a darles inicio, y que con ese fin había conformado el expediente administrativo y había decidido establecer los hechos narrados en la solicitud y decidir sobre la viabilidad de ésta. Sin embargo, el INCODER continuó sin dar inicio a los trámites consagrados en el decreto 1745 de 1995. Además, como también fue narrado en los hechos de la presente acción de tutela, el 5 de diciembre de 2006 la dirección de asuntos étnicos de dicho instituto envió una comunicación al Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario

³⁶ Ver el anexo 8.

informándole cuál era el marco jurídico aplicable a las tierras de las Islas, y pareciendo con ello sugerir entonces que la solicitud de titulación colectiva no procedía.

Por ello, como también fue narrado en los hechos de esta acción de tutela, en enero de 2007 el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario presentó un nuevo derecho de petición ante el INCODER, esta vez, solicitando aclaración sobre la naturaleza y el alcance de los dos oficios antes mencionados, y en particular preguntando al INCODER si los mismos constituían decisiones de fondo o actos administrativos relacionados con el proceso de titulación. En respuesta a esta nueva solicitud, el 1º de marzo de 2007, el INCODER sostuvo que dichos oficios no constituían actos administrativos ni decisiones de fondo de la solicitud de titulación colectiva. No obstante, también señaló que, dadas las leyes y la jurisprudencia existente sobre el tema, al INCODER no le es dable adelantar el procedimiento de titulación colectiva que inició la comunidad en febrero de 2006 por versar sobre tierras que constituyen baldíos reservados de la Nación. Por consiguiente, el INCODER informó a la comunidad que, en lugar de darle trámite a la solicitud de titulación colectiva, optó por anexar dicha solicitud al procedimiento de recuperación de baldíos indebidamente ocupados que inició el INCORA en las Islas del Rosario en el año 1984, pero que aún sigue en curso como consecuencia de la acción de cumplimiento presentada por la Procuraduría General de la Nación con tal fin.

Como queda claro de lo anterior, el INCODER no sólo no ha dado aún sino que al parecer no piensa dar una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva de la comunidad negra de las Islas del Rosario, radicada en febrero de 2006. Y ello, a pesar de que esa misma entidad afirmó en septiembre de 2006 que iniciaría los trámites tendientes a dar tal respuesta de fondo. En esa medida, con la última comunicación remitida a la comunidad negra de las Islas del Rosario, el INCODER continuó vulnerando el derecho fundamental de petición (art. 23 C.P.) de dicha comunidad y de sus integrantes, pues no respondió de fondo a la solicitud de titulación colectiva, no informó cuándo lo haría, y no explicó por qué había incumplido los términos legales establecidos para el efecto. Más aún, con dicha comunicación, el INCODER dejó en claro que dicha vulneración del derecho fundamental de petición (art. 23 C.P.) de la comunidad negra y sus miembros sería permanente, en la medida en que dio a entender que nunca resolvería de fondo la solicitud de titulación colectiva, por considerar que la misma no es procedente de conformidad con el marco legal vigente, y por decidir entonces anexarla a un procedimiento administrativo enteramente distinto, a pesar de haber conformado ya el expediente del procedimiento de titulación previsto en el decreto 1745 de 2005.

La decisión del INCODER de no dar una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva de las tierras ocupadas por la comunidad negra de las Islas del Rosario es contradictoria con la información suministrada a la comunidad por esa misma institución en septiembre de 2006, según la cual ya se había conformado el expediente administrativo para dar trámite y decidir de fondo dicha solicitud. Esta contradicción resulta arbitraria y lesiva de los derechos de la comunidad, pues el INCODER parecería estarse atribuyendo la

competencia para decidir no dar trámite a una solicitud de esa naturaleza, sin seguir el procedimiento legal establecido para el efecto. De hecho, según el artículo 30 del decreto 1745 de 1995, la decisión de titular o no colectivamente una tierra en favor de una comunidad negra sólo puede tener lugar luego de haberse agotado todas las etapas procesales previstas en dicho decreto.

Ahora bien, podría decirse que las autoridades administrativas tienen la posibilidad de rechazar *in limine* una solicitud, sin necesidad de agotar el procedimiento administrativo, cuando resulta claro del marco legal aplicable que la situación jurídica ya está resuelta y que, por ende, la solicitud no es procedente. Sin embargo, en el presente caso el INCODER no rechazó *in limine* la solicitud, teniendo en cuenta que el primer pronunciamiento que hizo al respecto consistió en decir justamente lo contrario, es decir, que el expediente administrativo había sido abierto con el fin de que la solicitud pudiese ser resuelta de fondo. Más aún, incluso aceptando que el INCODER pudiese tomar la decisión de rechazar *in limine* una solicitud habiendo ya constituido el expediente administrativo, en este caso no resulta procedente una decisión de esa naturaleza, pues existen argumentos poderosos que permiten afirmar que, lejos de tratarse de una cuestión saldada, la situación de la tierra de las Islas del Rosario presenta un conflicto no resuelto, al cual debe dar una solución de fondo el INCODER, sin poder rechazar *in limine* la solicitud de la comunidad negra.

Es cierto que, con base en el Código Fiscal de 1912, el INCORA determinó en los años 1984 y 1986 que las Islas del Rosario –como todas las islas de Colombia- constituyen un baldío reservado de la nación, razón por la cual inició un procedimiento administrativo de clarificación, deslinde y desalojo de los bienes indebidamente ocupados, que a la fecha no ha culminado. No obstante, esto no significa que la situación de las tierras de las Islas del Rosario esté enteramente resuelta, pues también es cierto que la comunidad negra de las Islas del Rosario solicitó la propiedad colectiva de dichas tierras en el año 2006. Al hacerlo, la comunidad negra hizo explícita la existencia de un conflicto entre el carácter de baldío reservado de dichas tierras y el derecho de esa comunidad a continuar ocupando las tierras que tradicionalmente ha habitado, con el fin de poder subsistir como comunidad étnica (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.). Por ello, si bien es cierto que el decreto 1745 de 1995 excluye de la posibilidad de ser concedidas a título colectivo las tierras que constituyan baldíos reservados de la nación, debe entenderse que, con la solicitud de titulación colectiva de las Islas del Rosario, el Consejo Comunitario de la comunidad negra solicitó al INCODER que hiciera una ponderación entre el objetivo legal protegido por la reserva del bien baldío y los derechos de una minoría étnica a la existencia y la supervivencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), y determinara cuál de esos bienes jurídicos debe primar en el caso de las Islas del Rosario.

Existen fuertes argumentos que sustentan esta solicitud. De una parte, tanto las resoluciones del INCORA como el Código Fiscal en el que se apoyan fueron expedidos con anterioridad a la entrada en vigencia Constitución Política de 1991, y por ende no tuvieron en cuenta los derechos especiales que la Carta reconoció en favor de las comunidades negras en tanto que

minorías étnicas (arts. 2, 7, 11, 12, 55T, 93, 94 y 330 C.P.), y en particular el derecho a reclamar la propiedad colectiva de sus tierras (art. 55T C.P.) con el fin de satisfacer su derecho constitucional fundamental a existir y a sobrevivir como minoría étnica (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.). Sin embargo, dado que en el momento presente dichos derechos existen y son aplicables, las decisiones del INCORA y su fundamento legal deben ser analizadas en consideración de dichos derechos, los cuales no pueden ser ignorados o desatendidos en la actualidad.

De otra parte, ante una tensión entre los objetivos perseguidos por la definición legal de las islas del Estado como bienes baldíos reservados, por un lado, y los derechos constitucionales de una comunidad étnica a su subsistencia y existencia como minoría cultural (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), por el otro, un ejercicio de ponderación de valores parecería conducir a la primacía de estos derechos por sobre aquellos objetivos. En efecto, es evidente que la definición legal de las islas como baldíos reservados de la Nación, y la consecuente imposibilidad de que éstos sean adjudicados a las comunidades étnicas que los han ocupado ancestralmente, implica una afectación desproporcionada de los derechos de estas comunidades.

Esto es así, en primer lugar, porque no es claro cuál es el objetivo que buscaba lograr el Código Fiscal de 1912 al constituir como reserva territorial del Estado todas las islas de la nación. Al parecer, se trata de una cuestión de seguridad nacional; sin embargo, en lo que va corrido desde el momento de radicación de la solicitud de titulación colectiva ante el INCODER, esta entidad se ha manifestado en diversas ocasiones a través de los oficios remitidos al Consejo Comunitario, sin dar cuenta de las razones que justifican la prevalencia de las disposiciones del Código Fiscal, cuando éstas entran en colisión con derechos de rango constitucional. En efecto, tal y como lo demuestra el contenido de las comunicaciones emitidas por el INCODER, dicha entidad ha puesto de manera injustificada una norma legal – el régimen de baldíos reservados de la nación – por encima de múltiples normas de rango constitucional – concretamente, los derechos constitucionales de la comunidad negra de las Islas del Rosario a la subsistencia y existencia como minoría cultural (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.).

En segundo lugar, el INCODER tampoco ha demostrado que la reserva territorial sea el único mecanismo disponible hoy en día para garantizar la seguridad territorial del Estado, teniendo en cuenta los grandes avances tecnológicos que han tenido lugar a lo largo del siglo que transcurrió después de la promulgación del Código de 1912. Desde esta perspectiva, la prevalencia del régimen de baldíos reservados sobre los derechos fundamentales de la comunidad negra de las Islas del Rosario también resulta desproporcionada, particularmente si se tiene en cuenta que hoy en día es muy posible que existan otros mecanismos que puedan garantizar de manera más adecuada y eficiente la seguridad territorial del Estado y, en todo caso, que impliquen una afectación mucho menor para los derechos de las comunidades que allí habitan.

En tercer lugar, la afectación de los derechos de las comunidades étnicas que habitan en islas -y en particular de la comunidad negra de las Islas del Rosario-, derivada de la imposibilidad de que se titulen colectivamente las tierras ocupadas ancestralmente, es desproporcionada, por cuanto implica un costo mucho mayor que los beneficios que logra. En efecto, mientras que el objetivo perseguido por la declaratoria de reserva territorial de las islas no es claro y parece poder ser cumplido a través de otros medios, el costo que implica dicha declaratoria para los derechos de comunidades negras como la de Islas del Rosario es enorme: la imposibilidad de reclamar la titularidad colectiva de las tierras que han ocupado ancestralmente y de asegurar con ello la subsistencia de su cultura y comunidad (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), dependientes en gran medida de su relación con el territorio ocupado.

De conformidad con lo anterior, es evidente que existen argumentos buenos y serios que respaldan la solicitud de titularidad colectiva de las tierras ocupadas ancestralmente por la comunidad negra de las Islas del Rosario, a pesar de tratarse de baldíos reservados. Esto significa que la situación jurídica de las tierras de las Islas del Rosario dista de ser un tema resuelto, pues a pesar de que la normatividad indica que estas tierras constituyen baldíos reservados no susceptibles de titulación, los derechos constitucionales de las comunidades étnicas exigen ser tenidos en cuenta al momento de interpretar y de aplicar dicha normatividad y, en caso de realizarse un ejercicio de ponderación entre éstos y los objetivos perseguidos por la declaratoria de reserva territorial de las islas de la nación, dichos derechos parecen tener primacía.

En consecuencia, el INCODER no puede rechazar *in limine* la solicitud de titulación colectiva de las Islas del Rosario. En efecto, la situación de esas tierras no es un tema jurídicamente resuelto, sino que exige que se lleve a cabo un ejercicio de ponderación entre los objetivos perseguidos por la definición de baldío reservado de esas tierras y los derechos de la comunidad étnica que las ha habitado ancestralmente. Sólo mediante un tal ejercicio de ponderación que conduzca a una decisión de fondo sobre la procedencia o no de la titulación colectiva de las tierras, podrá considerarse respondida la solicitud respetuosa que en ese sentido hizo la comunidad negra de las Islas del Rosario. Como esto no ha sucedido hasta el momento, es evidente que el INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando el derecho fundamental de petición de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus integrantes, entre ellos Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez.

2. Vulneración del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.)

En este acápite demostraremos que el INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando abierta y profundamente el derecho fundamental al debido proceso – específicamente el debido proceso administrativo – de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez. Para ello, en primer lugar, nos

referiremos al contenido del derecho fundamental al debido proceso, y en particular al debido proceso administrativo, tal y como ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional (A). En segundo lugar, analizaremos la actuación del INCODER a la luz de dicho derecho al debido proceso administrativo (B), y en particular plantearemos que éste ha sido vulnerado y continúa siendo vulnerado por dicha entidad de tres maneras distintas: primero, a través del desconocimiento de los procedimientos y términos constitucional y legalmente establecidos para la titulación colectiva de tierras a favor de las comunidades negras (i); segundo, por haber dejado sin eficacia los derechos sustanciales que se pretenden hacer valer dentro del proceso de titulación colectiva (ii), y tercero, por no haber notificado a la comunidad negra de las Islas del Rosario ni a sus integrantes directamente afectados de los procesos administrativos de desalojo adelantados en su contra (iii).

A. Contenido del derecho fundamental al debido proceso administrativo (art. 29 C.P.)

La Corte Constitucional ha definido el derecho al debido proceso (art. 29 C.P. de la siguiente manera:

“El derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 29 de la Carta Política, comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas, pues es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales” (negrilla fuera del texto original).

Así pues, el derecho al debido proceso es, por esencia, un límite al ejercicio de las autoridades estatales, con miras a que éstas no se tornen abusivas. Además, se trata de un derecho fundamental directamente aplicable que, por consiguiente, es susceptible de protección a través de la acción de tutela.

Lo anterior puede ser dicho no sólo en lo referente al proceso judicial, sino también en relación con el proceso administrativo. En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 establece que el derecho fundamental al debido proceso “se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y **administrativas**” (negrilla fuera del texto original). Al respecto, ha señalado la Corte Constitucional:

“La Constitución Política de 1991, a más de consagrar en forma expresa el derecho al debido proceso en las actuaciones judiciales, lo consagra para las actuaciones administrativas, con lo cual se produce una innovación que eleva a la categoría de Derecho Fundamental, un derecho de los asociados que, tradicionalmente, tenía rango legal, y no hacía parte del concepto original propio del derecho al debido proceso” (negrilla fuera del texto original).

De lo anterior resulta claro que la Carta elevó a rango constitucional el derecho al debido proceso administrativo y, al hacerlo, lo dotó de todas las características propias de los derechos fundamentales. Según la Corte Constitucional, esto constituye una innovación, ya que amplía el concepto tradicional del debido proceso y dota de jerarquía constitucional al debido proceso administrativo. Esta innovación ha implicado tanto que los desarrollos jurisprudenciales del contenido del derecho fundamental al debido proceso incluyan la dimensión administrativa de ese derecho, como que existan desarrollos jurisprudenciales específicos en materia del derecho al debido proceso administrativo.

En cuanto a lo primero, la Corte Constitucional ha definido el derecho al debido proceso (art. 29 C.P.) de la siguiente manera:

*“La Constitución Política consagra el debido proceso como un derecho de rango fundamental y garantiza su observancia no sólo en el ámbito de las actuaciones judiciales sino en las de índole administrativo. Esa garantía constitucional se traduce en el respeto de la administración a las formas previamente definidas, a la salvaguarda de los principios de legalidad, contradicción e imparcialidad, es decir, que la garantía al proceso justo se traduce en que el trámite de todas sus etapas, esto es, desde su iniciación hasta la culminación, se surtirá respetando el ordenamiento jurídico legal y los preceptos constitucionales”*³⁷ (negrilla fuera del texto original).

En particular, la Corte Constitucional ha establecido que todas las garantías propias del debido proceso aplican al proceso administrativo. Así, recientemente la Corte afirmó:

*“el derecho al debido proceso administrativo... involucra todas las garantías propias del derecho al debido proceso en general, como son, entre otras, los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y la garantía de publicidad de los actos de la Administración ...”*³⁸ (negrilla fuera del texto original).

En cuanto a lo segundo, la Corte Constitucional ha indicado la manera como los objetivos y garantías del debido proceso se materializan en el caso particular del proceso administrativo. Según la Corte, con el derecho fundamental al debido proceso en materia administrativa “se pretende garantizar el correcto ejercicio de la administración pública a través de la expedición de actos administrativos que no resulten arbitrarios y contrarios a los principios del Estado Social de derecho”.³⁹ En esa medida, la Corte ha definido el derecho al debido proceso administrativo como (i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T-958 de 2006.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T-103 de 2006.

³⁹ *Id.*

y legal.⁴⁰ Según la Corte, lo anterior busca asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, garantizar la validez de sus propias actuaciones, y resguardar los derechos a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.⁴¹

En el ámbito de los procesos administrativos, los anteriores objetivos se logran a través de una serie de garantías específicas, que aplican a diversos procesos administrativos. En palabras de la Corte:

*“... el derecho al debido proceso administrativo garantiza a las personas la posibilidad de acceder a un proceso justo y adecuado, en el cual tengan **derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos** y en fin a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio”*⁴² (negrilla fuera del texto original).

De lo anterior se desprende, entonces, que el derecho al debido proceso administrativo garantiza a los ciudadanos la posibilidad de conocer las actuaciones de la administración, de solicitar y controvertir pruebas, de ejercer con plenitud el derecho a la defensa, y de impugnar los actos administrativos. La Corte Constitucional ha establecido que estas garantías deben articularse adecuadamente con los principios sustantivos que rigen la función pública. Así, según la Corte, *“... el debido proceso administrativo debe responder no sólo a las garantías estrictamente procesales, sino también a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública, como los son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad ...”*.⁴³

Asimismo, la Corte Constitucional ha explicitado que las anteriores garantías aplican de manera particular a aquellos actos administrativos que imponen cargas, privan de bienes jurídicos, castigan o sancionan a los administrados. De acuerdo con la Corte, *“...el compromiso o privación de ciertos bienes jurídicos por parte de Estado a sus ciudadanos no puede hacerse con ocasión de la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos”*.⁴⁴ Esto significa que el derecho al debido proceso administrativo es plenamente aplicable y continúa obrando como límite a la actuación de la administración en esos eventos, pues, según la Corte, dicho derecho *“... debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente las cargas, castigos o sanciones”*.⁴⁵

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*

⁴³ Corte Constitucional, sentencia T-103 de 2006.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T-965 de 2004. En el mismo sentido ver Corte Constitucional, sentencias T-552 de 1992, T-1341 de 2001 y T-958 de 2006.

⁴⁵ *Id.*

Las anteriores garantías, y su articulación con los principios de la función pública, son aplicables a todas las actividades de la administración, y a todas las etapas de los procedimientos que ésta adelanta. Así, la Corte ha afirmado:

*“Sobre el debido proceso administrativo la Corte ha precisado que su cobertura se extiende a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que **cobija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares y a los procesos que adelanta la administración con el fin de garantizar la defensa de los ciudadanos**”⁴⁶ (negrilla fuera del texto original).*

Además, según la Corte, *“...el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que **se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla, y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación**”⁴⁷ (negrilla fuera del texto original).*

Teniendo en cuenta el desarrollo que la Corte Constitucional ha dado al derecho fundamental al debido proceso administrativo, es claro que la actuación del INCODER descrita en los hechos de la presente acción se encuentra enmarcada dentro del ámbito de protección constitucional del artículo 29 superior. Desde esta perspectiva, a continuación demostraremos que dicha actuación, compuesta por una serie de omisiones y acciones, ha implicado y continúa implicando múltiples violaciones del derecho fundamental al debido proceso administrativo de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus integrantes.

B. Vulneración del debido proceso administrativo (art. 29 C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus integrantes

Las omisiones y acciones del INCODER descritas en el aparte de hechos de esta acción, violan el derecho fundamental al debido proceso administrativo (art. 29 C.P.) de la comunidad negra de las islas del Rosario y de sus integrantes por tres razones distintas. Primero, la ausencia de una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva formulada por el Consejo Comunitario en febrero de 2006, no solamente implica una vulneración del derecho fundamental de petición (art. 23 C.P.), sino también un desconocimiento de los procedimientos y términos constitucional y legalmente establecidos para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras" (i). Segundo, la adjudicación a terceros de predios que forman parte del globo de terreno cuya propiedad colectiva reclama la comunidad negra de las Islas del Rosario implica disponer de un derecho cuyo reconocimiento está pendiente, y deja sin eficacia los derechos sustanciales que se pretenden hacer valer dentro del proceso

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-893 de 2006.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-103 de 2006.

administrativo de solicitud de propiedad colectiva (ii). Finalmente, la ausencia de notificación de los procesos administrativos que condujeron al intento de desalojo de algunos miembros de la comunidad implica una vulneración del núcleo esencial del derecho al debido proceso tanto de la comunidad negra de las Islas del Rosario como de sus integrantes directamente afectados (iii).

i. Vulneración del derecho fundamental al debido proceso administrativo (art. 29 C.P) por desconocimiento del procedimiento constitucional y legalmente establecido para el reconocimiento de la propiedad colectiva de las comunidades negras

Como es evidente a partir de los hechos que dan lugar a la presente acción de tutela, a pesar de que han pasado diecinueve meses desde su radicación, el INCODER no ha resuelto de fondo la solicitud de titulación colectiva formulada por el Consejo Comunitario de las Islas del Rosario en febrero de 2006. Y ello aunque el Consejo Comunitario ha presentado varios derechos de petición solicitando dicha respuesta de fondo, derechos de petición que han sido respondidos, pero sin dar una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva, y sin informar tampoco la fecha en la que tal respuesta tendrá lugar. Más aún, las respuestas a los derechos de petición presentados por el Consejo Comunitario para indagar por el estado del trámite han sido contradictorios, en la medida en que mientras que una –de 20 de septiembre de 2006- informaba que el expediente administrativo del caso se había conformado y que por lo tanto el procedimiento se había iniciado, otra – de marzo 1 de 2007- sugería que no se respondería de fondo la solicitud. Esta última respuesta permite concluir que, a pesar de haberse conformado el expediente administrativo del caso, el INCODER se niega a adelantar los procedimientos previstos por el decreto 1745 de 1995 – fundado en la ley 70 de 1993 y en el artículo 55 Transitorio de la Constitución de 1991 – para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras".

Las anteriores conductas omisivas y activas no implican únicamente una violación del derecho fundamental de petición (art. 23 C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus integrantes, sino que se traducen también en la violación del derecho fundamental al debido proceso administrativo (art. 29 C.P.), entendido como la obligación que recae en cabeza del Estado de adelantar los procedimientos administrativos constitucional y legalmente establecidos dentro de los términos también estipulados. Esto es así por tres razones fundamentales.

En primer lugar, al no seguir el procedimiento legalmente establecido para resolver las solicitudes de titulación colectiva elevadas por las comunidades negras, la administración desconoce las actuaciones administrativas y los términos procesales previstos en la ley 70 de 1993 y en su decreto reglamentario 1745 de 1995 para tal fin, aún cuando el respeto de

los mismos es una garantía que forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso administrativo (art. 23 C.P.), y que es exigida para la adecuada protección de otros derechos y principios como la igualdad, la seguridad jurídica, la defensa y el acceso a la justicia.

En efecto, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de reconocer la estrecha relación existente entre el seguimiento de los trámites establecidos para los procedimientos judiciales y administrativos y el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.), en conjunto con otros derechos y principios. Según la Corte, *“la garantía constitucional del debido proceso incluye, como elemento determinante, el de la obligatoriedad de las formas propias de cada juicio”*⁴⁸ (negrilla fuera del texto original). En otras palabras, esto significa que tanto en los trámites judiciales como administrativos, deben aplicarse *“las normas previamente definidas por la ley para el tipo de asunto materia de examen”*⁴⁹ (negrilla fuera del texto original). Esta exigencia se justifica, según lo establecido por la Corte, porque *“se preserva así el valor de la seguridad jurídica y se hacen valer los postulados de la justicia y de la igualdad ante la ley”*⁵⁰ (negrilla fuera del texto original). Por tanto, la Corte ha concluido que *“(el desconocimiento de los procedimientos señalados por el legislador para tramitar un determinado proceso, representa un claro desconocimiento de los derechos a la igualdad, al debido proceso y a la defensa que, como derechos fundamentales, el juez de tutela está obligado a proteger”*⁵¹ (negrilla fuera del texto original).

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha señalado que la inobservancia de los términos procesales también constituye una vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 C.P.) y al acceso a la justicia (art. 229 C.P.). Para la Corte,

*“(e)xiste una estrecha relación entre el acceso a la administración de justicia y el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas no obstante, no puede perderse de vista que el contenido esencial de este último difiere del de aquél, puesto que éste se refiere no a la posibilidad de acceso a la jurisdicción ni a la obtención práctica de una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas, sino a una razonable dimensión temporal del procedimiento necesario para resolver y ejecutar lo resuelto. Esta razonabilidad es establecida, en principio, por el legislador al expedir las normas que regulan los plazos para el desarrollo de los diferentes procesos y la adopción de las decisiones dentro de los mismos”*⁵²(negrilla fuera del texto original).

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia T-1013 de 1999.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-491 de 1996.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia T-1013 de 1999.

⁵² Corte Constitucional, sentencia T-030 de 2005.

La jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional desde sus primeras sentencias en esta materia indica que el derecho a los plazos procesalmente previstos forma parte del derecho constitucional al debido proceso (art. 29 C.P.). Así lo ha señalado explícitamente este tribunal:

“El Constituyente coherente con el reconocimiento que hizo de estas garantías estableció el siguiente mandato: ‘Los términos procesales se observaran con diligencia y su incumplimiento será sancionado’ del cual se infiere, tal y como lo ha precisado esta Corporación desde sus primeras providencias, que ‘la Constitución Política de 1991 está inspirada, entre otros muchos, en el propósito definido de erradicar la indeseable costumbre, extendida entre los jueces pero también entre otros funcionarios públicos, de incumplir los términos procesales acarreado a los destinatarios de la administración de justicia toda suerte de perjuicios en el ejercicio de sus más elementales derechos.’¹”

De esta manera, la garantía efectiva de derecho a un debido proceso sin dilaciones indebidas, implica, en principio, la diligente observancia de los términos procesales, sin perjuicio de las sanciones que se generen por su incumplimiento, lo cual permite afirmar que en la Carta de 1991 se ha constitucionalizado el derecho a los plazos procesalmente previstos normativamente”⁵³ (negrilla fuera del texto original).

Aplicada al caso concreto, la doctrina constitucional confirma la existencia de una vulneración del derecho fundamental de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus integrantes a un debido proceso conforme a los procedimientos establecidos por el legislador y sin dilaciones indebidas (art. 29 C.P.). Esta vulneración se materializa en el hecho que el INCODER no ha seguido las diversas actuaciones administrativas previstas por el decreto 1745 de 1995 para dar una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva elevada por el Consejo Comunitario en febrero de 2006, ni se ha ajustado a los términos previstos en dicho decreto para tal fin. Con ello, el INCODER ha desconocido abiertamente las normas previamente establecidas para dar trámite a la solicitud, y en particular los procedimientos y términos procesales allí establecidos para el efecto. Tal como lo ha afirmado la Corte Constitucional, este desconocimiento implica no solamente la vulneración del derecho al debido proceso (art. 29 C.P.), sino también de los derechos a la igualdad (art. 13 C.P.), a la defensa (art. 29 C.P.) y al acceso a la justicia (art. 229 C.P.), así como del principio de seguridad jurídica.

¹ Corte Constitucional, sentencia T-256 de 2004.

⁵³ *Id.* En esa misma sentencia, la Corte dijo también: “Respecto a la demora en la tramitación, la sentencia T-292 de 1999 dice que el artículo 29 de la Carta hace referencia expresa a ‘un debido proceso público sin dilaciones injustificadas’, de tal manera que la observancia de los términos judiciales es factor esencial para garantizar la no vulneración de aquél. Agrega, la mencionada sentencia, que **es imposible alcanzar un orden justo cuando los jueces no resuelven los litigios de manera oportuna. La dilación de términos judiciales, como una de las muchas manifestaciones de la ineficacia estatal, produce desasosiego en quienes acuden ante los tribunales, promueve en ellos el sentimiento de abandono y de impotencia para hacer valer sus derechos, puede conducir a la denegación de justicia e implica violación al debido proceso**”.

En segundo lugar, las omisiones y acciones del INCODER aquí analizadas implican la vulneración del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.) porque el desconocimiento de los procedimientos y términos legales previstos en el decreto 1745 de 1995 no ha sido adecuadamente justificado por el INCODER. En efecto, hasta el día de hoy, el INCODER no ha emitido un acto administrativo de esa naturaleza, que dé cuenta de las razones que justifican el desconocimiento del procedimiento de titulación colectiva de tierras a favor de las comunidades negras. Y ello a pesar de que la jurisprudencia constitucional ha establecido que el desconocimiento de los términos legales por parte de los funcionarios públicos sólo es excusable si se fundamenta en condiciones objetivas ajenas a la voluntad y diligencia de los funcionarios, debidamente acreditadas en la actuación. En palabras de la Corte:

*“La Corte Constitucional, de manera reiterada ha indicado que la inobservancia de los términos procesales sin que medien situaciones externas al comportamiento del funcionario que haya obrado diligentemente, constituye una violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, siendo entonces procedente la acción de tutela ante tal denegación. Y por eso, para la Corporación la desatención de términos solo resulta excusable y por tanto excluye la presencia de una vulneración del debido proceso, cuando son situaciones objetivas, ajenas a la voluntad y actuación propia del funcionario, las que causan la demora para evacuar los procesos, circunstancias que lógicamente deben estar acreditadas en la actuación”*⁵⁴
(negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, es claro que no puede la administración negarse a seguir un procedimiento establecido por la ley, sin dar a conocer a los ciudadanos las razones que justifican dicha decisión. Sin embargo, es esto lo que ha sucedido en el caso bajo estudio, pues hasta el momento el INCODER no ha informado a la comunidad negra de las Islas del Rosario las razones por las cuales no ha dado inicio a las actuaciones previstas en el decreto 1745 de 1995 para dar respuesta a la solicitud de titulación colectiva de los terrenos ocupados por una comunidad negra, ni ha cumplido los términos legales allí previstos para tal fin. En efecto, si bien es cierto que el INCODER ha enviado al Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario una serie de comunicaciones en las cuales da cuenta del presunto marco jurídico aplicable al caso, ninguna de esas comunicaciones explica por qué no se ha dado inicio a las actuaciones previstas en el decreto 1745 de 1995 dentro de los términos legales allí establecidos, ni define con claridad si dichas actuaciones serán efectivamente adelantadas. Y ello a pesar de que en una de esas comunicaciones el INCODER expresó que el expediente administrativo del caso ya había sido conformado, lo cual significa que, en concepto del propio INCODER, dichas actuaciones deberían adelantarse.

En tercer lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, con sus omisiones y acciones, el INCODER ha vulnerado el derecho al debido proceso (art. 29 C.P.) de la comunidad negra

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia T-272 de 2006.

de las Islas del Rosario y de sus miembros, por cuanto no ha proferido una decisión de fondo –positiva o negativa- sobre la solicitud de titulación colectiva por ellos presentada, que pueda ser recurrida por los interesados. En efecto, como lo ha reconocido el propio INCODER, ninguna de las comunicaciones que ha dirigido al Consejo Comunitario sobre el asunto constituye un acto administrativo que resuelva de fondo dicha solicitud, y que por ende sea susceptible de recursos. En esa medida, si bien es cierto que el INCODER ha sostenido que “*no le es dable legal ni jurisprudencialmente*” adelantar el proceso de titulación colectiva iniciado por el Consejo Comunitario de la Comunidad negra de las Islas del Rosario, dicha manifestación de naturaleza jurídica incierta no permite a la comunidad negra saber si el INCODER adelantará o no el trámite previsto en el decreto 1745 de 1995, ni ejercer su derecho de contradicción y de defensa (art. 29 C.P.) en caso negativo.

El hecho de que el INCODER considere que los terrenos solicitados por la comunidad negra de las Islas del Rosario son inadjudicables, tal y como lo ha sugerido en sus diversas comunicaciones, no justifica desde ningún punto de vista que dicha entidad pueda desconocer el debido proceso, entendido como el derecho que tienen la comunidad negra y sus integrantes a obtener una respuesta según el procedimiento constitucional y legalmente establecido, susceptible de ser impugnada.

Esto es así, en primer lugar, porque como se argumentó en la sección anterior de esta acción, el rechazo *in limine* de la solicitud presentada por la comunidad no es viable en el caso concreto. En efecto, en ninguna disposición de la ley 70 de 1993 o del decreto 1745 de 1995 se establece que, en caso de que las tierras solicitadas en propiedad colectiva no sean adjudicables, la administración quede exonerada de seguir todo el trámite allí previsto y de culminarlo en una respuesta motivada y sin dilaciones injustificadas, sea dicha respuesta negativa o positiva. En esa medida, es posible concluir que, en virtud del principio de legalidad, el INCODER tiene la obligación de llevar a cabo el trámite previsto en la ley 70 de 1993 y en el decreto 1745 de 1995 para poder resolver una solicitud de titulación colectiva de las comunidades negras. Como lo ha manifestado la Corte Constitucional, el debido proceso administrativo implica que “*toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión (C.P. arts. 4º y 122).*”⁵⁵ En ese orden de ideas, es claro que aún una respuesta negativa por parte del INCODER a la solicitud presentada por el Consejo Comunitario tiene que producirse con observancia del procedimiento previsto en la ley – en este caso la ley 70 de 1993 y el decreto 1745 de 1995.

La exigencia de agotar el procedimiento administrativo contenido en dichas disposiciones legales antes de dar una respuesta de fondo se justifica, en segundo lugar, por el hecho de que, como también fue argumentado en la sección anterior, la situación jurídica de las tierras de las Islas del Rosario dista de ser una cuestión jurídicamente resuelta. Por ende, un

⁵⁵ *Id.*

rechazo *in limine* de la solicitud de titulación colectiva no es procedente, por cuanto dicha solicitud trae implícita la petición de que el INCODER emita una decisión de fondo que resuelva la tensión entre el carácter de baldíos reservados de las tierras, por un lado, y los derechos constitucionales especiales de la comunidad negra, por otro lado. Para arribar a una tal decisión de fondo, es necesario que el INCODER lleve a cabo todas las actuaciones administrativas previstas en el decreto 1745 de 1995.

Finalmente, el agotamiento del procedimiento administrativo previsto en la ley 70 de 1993 y en su decreto reglamentario y la culminación del mismo en una respuesta de fondo son exigibles por cuanto, en su ausencia, a la comunidad negra de las Islas del Rosario le queda imposible oponerse a la negativa de que le sea concedida la propiedad colectiva de la tierra que ha ocupado ancestralmente. En efecto, sólo una respuesta de fondo debidamente motivada permite a los afectados oponerse a la decisión de la administración. La comunicación del INCODER en el sentido de que no le es dable adelantar el procedimiento administrativo previsto en el decreto 1745 de 1995 no cumple con esas características, pues si bien da la impresión de que la solicitud de la comunidad no será resuelta, como el propio INCODER lo ha reconocido, la misma no constituye una decisión de fondo y clara al respecto, que permita a la comunidad oponerse a ella en caso de serle desfavorable. Por consiguiente, la actitud ambigua del INCODER condena arbitrariamente a la comunidad negra y a sus integrantes a que sus pretensiones permanezcan sin ser respondidas indefinidamente y, lo que es más, a que la omisión de dar una respuesta a su solicitud no pueda ser adecuadamente impugnada a través de los mecanismos legales previstos para el efecto

Sin lugar a dudas, la anterior situación implica una vulneración flagrante del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.), de cuyo núcleo esencial forman parte, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, “... **los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y la garantía de publicidad de los actos de la Administración** ...”⁵⁶ (negrilla fuera del texto original).

En conclusión, el INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus miembros, por cuanto no ha adelantado ninguno los procedimientos establecidos en el decreto 1745 de 1995 para resolver las solicitudes de titulación colectiva elevadas por las comunidades negras, ha vulnerado por tanto los términos legales allí previstos para adelantar tales procedimientos, no ha justificado adecuadamente por qué ha vulnerado dichos términos, y ha privado a la comunidad negra y a sus miembros de contar con una decisión de fondo que pueda ser por impugnada.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia T-103 de 2006.

ii. Vulneración del debido proceso administrativo (art. 29 C.P.) por dejar sin eficacia los derechos sustanciales que se pretenden hacer valer dentro del proceso

A la ausencia de una respuesta de fondo por parte del INCODER a la solicitud de titulación colectiva elevada por la comunidad negra de las Islas del Rosario – situación que en sí misma justifica la protección por vía de tutela del derecho fundamental al debido proceso – también se suma que, mientras la comunidad sigue esperando una decisión de fondo a la solicitud, dicha entidad ha adjudicado a terceros varios predios que forman parte del globo de terreno reclamado por la comunidad. Dicha adjudicación se ha realizado de dos maneras distintas: en primer lugar, a través de la firma de – al menos – veinte contratos de arrendamiento con los ocupantes de las Islas que han construido casas de recreo y hoteles en el terreno, y en segundo lugar, a través de la suscripción de aproximadamente veinte acuerdos de manejo de tierras con diferentes entidades del Estado.

Mediante estos dos tipos de acciones, el INCODER ha dispuesto de un derecho cuya titularidad se encuentra pendiente. En efecto, desde febrero de 2006, fecha en que el Consejo Comunitario radicó ante el INCODER la solicitud de titulación colectiva del globo de terreno ocupado tradicionalmente por la comunidad negra de las Islas del Rosario, la titularidad del derecho real de propiedad sobre los predios comprendidos dentro de la solicitud se encuentra pendiente de ser resuelta mediante el procedimiento previsto en el decreto 1745 de 1995. Esto es así, en la medida en que una solicitud de esa naturaleza tiene el objetivo de obtener dicho derecho en favor de la comunidad negra y que, como se mencionó anteriormente, en este caso la misma debe entenderse como un cuestionamiento de la imposibilidad legal de adjudicar a la comunidad negra un bien baldío reservado y, por ende, como una solicitud al INCODER de resolver la tensión entre los derechos de la comunidad y la naturaleza de baldío reservado de los terrenos tradicionalmente ocupados por ella. Como tal, hasta tanto no sea resuelta de fondo la solicitud de la comunidad, la titularidad del terreno de las Islas del Rosario no estará definida y, por consiguiente, no podría el INCODER disponer de los predios que la comunidad reclama como suyos. Sin embargo, es esto justamente lo que ha hecho el INCODER en los últimos años y, con ello, ha vulnerado y continúa vulnerando flagrantemente el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.) de la comunidad negra y de sus integrantes, una de cuyas dimensiones incluye el derecho a que la actuación del Estado por fuera del proceso no deje sin eficacia los derechos sustanciales que se pretende hacer valer dentro de un proceso administrativo que se encuentra en curso.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que *“la finalidad del derecho procesal en general, y de los procesos en particular, es la realización de los derechos que en abstracto reconoce el derecho objetivo”*.⁵⁷ En esa medida, existe una estrecha relación entre los derechos sustanciales y la forma en que se desenvuelven los procedimientos ante la

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-029 de 1995.

administración o la jurisdicción. Desde esta perspectiva, el procedimiento es entendido como un instrumento para la realización de los derechos sustanciales. En palabras de la Corte, “(e)s evidente que **en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio**”⁵⁸ (negrilla fuera del texto original). Para la Corte, en esta relación de medio-fin entre la eficacia de los derechos sustanciales de los ciudadanos y los procedimientos judiciales y administrativos, cobra especial relevancia el principio de prevalencia del derecho sustancial. Así, ha dicho la Corte:

*“Tanto el procedimiento judicial como el administrativo son en esencia medios o vías creadas por el ordenamiento jurídico para concretar y efectivizar los derechos sustanciales que le asisten a los ciudadanos en la legislación. Es por ello que, **la prevalencia del derecho sustancial debe entenderse en su verdadera dimensión, esto es, el derecho adjetivo y el sustantivo no pueden separarse, pues se trata de la concretización del derecho material. De allí que, los procedimientos legales adquieren su verdadero sentido si se armonizan en la prevalencia de los derechos de las personas**”*⁵⁹ (negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, para la realización del derecho fundamental al debido proceso, no basta con el hecho de que durante el procedimiento se cumplan con los términos y demás requisitos formales previstos en la ley –desarrollados en el acápite anterior–; también es necesario que las decisiones alcanzadas sean eficaces. De acuerdo con la Corte,

*“(c)omo parte fundamental del ejercicio del derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, resulta de vital importancia, que la administración de justicia, no se limite exclusivamente al cumplimiento fiel de los procedimientos previamente establecidos por la ley, para garantizar una adecuada administración de justicia, pues si bien con dicho comportamiento se es fiel al principio de celeridad, **es imprescindible tener en cuenta otros elementos fundamentales en el proceso de impartir justicia, como es que las decisiones que se tomen en ejercicio de ésta (sic) deber constitucional, debe (sic) ser igualmente eficaces, es decir, que las mismas deben contener una resolución clara, cierta, motivada y jurídica de los asuntos que generaron su expedición, teniendo claro, que la finalidad de toda la actuación es la de maximizar el valor justicia contenido en el Preámbulo de la Constitución**”*⁶⁰ (negrilla fuera del texto original).

En ese orden de ideas, el derecho a que los procedimientos sirvan como medio para obtener decisiones eficaces respecto de derechos sustanciales (art. 29 C.P.) implica una obligación correlativa del Estado, consistente en garantizar la eficacia de las decisiones. Evidentemente, esta obligación incluye, antes que nada, el deber de la administración de no impedir la eficacia de la decisión a la que razonablemente se puede llegar cuando existe un proceso en curso. Esta obligación aplica tanto a sus actuaciones extra-procesales como

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-977 de 2004.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-954 de 2006.

procesales, ya que con estas últimas también puede obstaculizar la eficacia de la decisión de fondo del proceso.

Sin lugar a dudas, a través de la adjudicación de predios de las Islas del Rosario a terceros después de la radicación de la solicitud de propiedad colectiva de los mismos por parte de la comunidad negra, el INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.), uno de cuyos componentes es la garantía de que los procedimientos servirán como medio para tomar decisiones eficaces respecto de derechos sustanciales. En efecto, la conducta del INCODER de adjudicar predios que forman parte del globo de terreno solicitado en propiedad colectiva por la comunidad negra de las Islas del Rosario, conduce a que el procedimiento de titulación colectiva pierda toda eficacia como medio para reclamar un derecho sustancial, en este caso el derecho fundamental a la propiedad colectiva. Esto es así, porque si se adjudican los predios cuya propiedad se reclama, al momento en que se defina si existe o no el derecho de la comunidad negra a la propiedad colectiva de los mismos, muchos de los predios solicitados ya no podrán ser titulados. Más aún, si esta situación continúa durante más tiempo y no es evitada por el Honorable juez de tutela, es posible que termine por no haber ya predios a titular. En tales circunstancias, el procedimiento administrativo de titulación colectiva en favor de las comunidades negras ya no sería un medio eficaz para la protección de derechos sustanciales, lo cual vulnera el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.) de la comunidad negra y de sus integrantes.

Además de lo anterior, es importante tener en cuenta que, cuando existe un proceso en curso – tal y como sucede en el caso subexámine – la administración también tiene la obligación de respetar la confianza legítima que depositan en ella los asociados. Ésta consiste en la obligación del Estado de respetar aquellos “*espacios de certeza y seguridad jurídica, que se traducen en confianza legítima del administrado frente a las actuaciones estatales*”.⁶¹ Sobre el contenido del principio constitucional de confianza legítima, la Corte Constitucional ha señalado:

*En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación*⁶² (negrilla fuera del texto original).

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia T-688 de 2003.

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001.

En el caso objeto de estudio, es evidente que fue violada la confianza legítima depositada por la comunidad negra de las Islas del Rosario en el INCODER desde el momento en el que fue radicada la solicitud de titulación colectiva. Ello es así, teniendo en cuenta que la actuación del INCODER en relación con las tierras que conforman las Islas del Rosario resulta contradictoria. Por un lado, el INCODER recibió la solicitud de titulación colectiva presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario y procedió a conformar el expediente del caso, dando así inicio al procedimiento administrativo. Sin embargo, por otro lado, el INCODER ha dilatado injustificada y arbitrariamente la iniciación de los procedimientos requeridos para llegar a una respuesta de fondo y, mientras tanto, ha adjudicado a terceros varios de los predios que la comunidad solicitó a título de propiedad colectiva. Dichas acciones son contrarias al principio de confianza legítima, en la medida en que no corresponden a lo que razonablemente se espera que sea la actuación de la entidad. En efecto, fue ante el propio INCODER que se radicó la solicitud de titulación colectiva; por consiguiente, es evidente que esta entidad conocía dicha solicitud y sabía que era su deber responderla. A pesar de ello, en lugar de responderla, el INCODER procedió a dar inicio a las adjudicaciones, todas las cuales han tenido lugar con posterioridad a la radicación de la solicitud de titulación colectiva. Con ello, el INCODER vulneró la confianza legítima de la comunidad negra y de sus integrantes, pues no sólo no dio trámite a su solicitud -tal y como el propio INCODER había dicho que lo haría, en la comunicación de 20 de septiembre de 2006-, sino que adjudicó los predios sobre los que la solicitud versaba, excluyéndolos así de la posibilidad de ser adjudicados colectivamente.

Lo anterior implica una vulneración del principio de confianza legítima, ya que, al radicar la solicitud de titulación colectiva, la comunidad negra de las Islas del Rosario y sus integrantes se formaron la expectativa legítima de que el INCODER iniciaría el trámite previsto en el decreto 1745 de 1995 y finalizaría el mismo con una respuesta de fondo. Esta expectativa lleva consigo la confianza en que el Estado no actuará de forma tal que, en caso de recibir una respuesta favorable a su solicitud, ésta no pueda ser eficaz por cuanto el terreno reclamado no pueda ya ser entregado. Asimismo, esta expectativa lleva consigo la confianza en que, hasta tanto no se tome una decisión de fondo en relación con el proceso de titulación, el Estado no perturbará la posesión de los terrenos ancestralmente ocupados por la comunidad negra, cuya propiedad se reclama dentro del proceso. La actuación del INCODER ha atentado contra todas estas formas de confianza legítima que la comunidad negra y sus integrantes habían depositado en la administración.

Por lo tanto, es preciso concluir que el INCODER ha desconocido su obligación de garantizar que los procesos administrativos sirvan como un medio eficaz para la protección de derechos sustanciales, y que con ello ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus miembros, así como también el principio de confianza legítima.

iii. Vulneración del debido proceso administrativo (art. 29 C.P.) por ausencia de notificación de los procedimientos administrativos conducentes a desalojos

Existe un tercer aspecto en relación con el caso que permite sostener la vulneración del derecho fundamental al debido proceso administrativo (art. 29 C.P.). Según los hechos narrados en el primer aparte del presente documento, el INCODER ha adelantado una serie de procesos de desalojo en contra de nativos de las Islas del Rosario que han ocupado durante muchos años los predios donde habitan, entre ellos Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez, accionantes de esta tutela. Estos procesos afectan de manera ostensible no sólo a los nativos directamente afectados, sino a la comunidad negra de las Islas del Rosario en tanto que minoría étnica. Sin embargo, ni ésta ni aquéllos han sido notificados acerca de la existencia de ningún proceso administrativo conducente al desalojo, ni tampoco han sido notificados con anterioridad de las propias operaciones de desalojo que ha intentado adelantar el INCODER. Todo esto ha sucedido a pesar de que, según la Corte Constitucional, “... **la adecuada notificación de los actos administrativos de carácter particular tiene especial importancia para garantizar el derecho al debido proceso administrativo, y los principios de publicidad y de celeridad de la función administrativa...**”⁶³ (negrilla fuera del texto original).

En efecto, en relación con la importancia del acto procesal de notificación, la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que se trata de un “*medio de conocimiento oficial y cierto sobre la existencia del proceso*”⁶⁴, el cual “*es requisito sine qua non para la validez de la actuación correspondiente*” (negrilla fuera del texto original).⁶⁵ Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el acto de notificación es un “*elemento esencial del derecho al debido proceso*”⁶⁶ (negrilla fuera del texto original), en particular porque implica “... *la materialización del principio de publicidad y la garantía de los derechos de defensa, contradicción y el debido proceso*”⁶⁷ (negrilla fuera del texto original).

En ese orden de ideas, es claro que la ausencia de notificación dentro de un proceso administrativo o judicial, conlleva, por regla general, la vulneración del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.). Aplicada al caso concreto, la doctrina constitucional en la materia permite señalar con toda certeza la vulneración por parte del INCODER del derecho al debido proceso (art. 29 C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus integrantes, en particular de aquéllos –como es el caso de Filiberto

⁶³ Corte Constitucional, sentencia T-103 de 2006

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-960 de 1999.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia T-608 de 2006.

⁶⁷ *Id.*

Camargo y Zuleima Caraballo – directamente afectados por los procesos administrativos de desalojo. En efecto, tanto estos nativos como la comunidad negra en su conjunto tenían un interés directo en dichos procesos administrativos. Esto es así porque, a pesar de tratarse de procesos de carácter individual que en principio sólo afectan a los nativos objeto del desalojo, los mismos también implican una afectación de los derechos de la comunidad negra, en la medida en que versan sobre predios que forman parte del globo de terreno solicitado al INCODER a título colectivo.

En esa medida, tanto la comunidad negra como sus integrantes afectados por los desalojos tenían derecho a conocer, desde un principio, los procesos administrativos que culminaron en ellos, así como las órdenes concretas de llevar a cabo dichos desalojos. Ello con el fin de tener la oportunidad de iniciar los trámites jurídicos procedentes para oponerse a dichas actuaciones administrativas antes de que las operaciones de desalojo tuvieran lugar. Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

“Sin una adecuada oportunidad de conocer el contenido de las decisiones administrativas, el particular afectado con ellas no tendrá una oportunidad real de utilizar los mecanismos jurídicos a su alcance para oponerse a ellas. Además, la notificación determina con claridad el momento a partir del cual comienzan a correr los términos preclusivos para ejercer tales mecanismos jurídicos, concretamente los plazos para el agotamiento de la vía gubernativa o para la interposición de las acciones contenciosas a que haya lugar. Con lo anterior se facilita la realización práctica del principio de celeridad de la función pública”⁶⁸ (negrilla fuera del texto original).

Como se puede apreciar, para la Corte Constitucional no existe asomo de duda en cuanto a la relación entre el acto de notificación y el derecho a la defensa, que forma parte esencial del derecho fundamental al debido proceso administrativo (art. 29 C.P.). Según la Corte,

“(c)on el fin de garantizar el derecho de defensa dentro de una actuación judicial o administrativa se ha instituido el mecanismo de las notificaciones, que asumen formas y formalidades diversas, cuya finalidad es la de vincular a los sujetos procesales con interés jurídico para intervenir en el respectivo proceso y enterarlos de las diferentes diligencias y actuaciones que en él se surten”⁶⁹ (negrilla fuera del texto original).

El Consejo de Estado también ha reconocido el carácter sustancial del acto de notificación, en tanto garantía incontestable para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos que intervienen en un proceso administrativo que los vincula. Como lo ha reconocido la Corte Constitucional,

“Tales lineamientos de manera alguna han sido ajenos al desarrollo de los procesos dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; por el

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-103 de 2006.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-324 de 1999.

contrario es abundante la jurisprudencia del Consejo de Estado en donde se reconoce a los actos de notificación un carácter sustancial y preponderante frente a la realización de los derechos fundamentales de las partes que intervienen en un proceso”⁷⁰ (negrilla fuera del texto original).

La Corte Constitucional ha sido explícita al reconocer la relación entre el acto de notificación y el derecho a la defensa en materia administrativa específicamente. Dicho vínculo encuentra plena justificación si se tiene en cuenta que cualquier persona que se pueda ver afectada por una decisión de carácter administrativo, tiene derecho a ser informada con suficiente antelación, de forma tal que pueda hacer uso de su derecho constitucional de defensa y contradicción. Al respecto, la Corte ha precisado que

*“(e) derecho de defensa en materia administrativa se traduce en la facultad que tiene el administrado para conocer la actuación o proceso administrativo que se le adelanta e impugnar o contradecir las pruebas y las providencias que le sean adversas a sus intereses. La administración debe garantizar al ciudadano interesado tal derecho y cualquier actuación que desconozca dicha garantía es contraria a la Constitución. En efecto, si el administrado no está de acuerdo con una decisión de la administración que le afecte sus intereses tiene derecho a ejercer los recursos correspondientes con el fin de obtener que se revoque o modifique”*⁷¹ (negrilla fuera del texto original).

Como queda claro del anterior aparte citado, el derecho a la notificación de decisiones administrativas cobra particular relevancia cuando las mismas acarrear una afectación de los derechos de los interesados. La jurisprudencia constitucional ha manifestado con claridad que la aplicación de cargas administrativas lesivas, y en particular de sanciones, sin conocimiento de las mismas por parte de los afectados, constituye una evidente violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.). Para la Corte Constitucional,

*“(e)xcluir al administrado del conocimiento previo de la sanción a aplicar y negar, por ende, la posibilidad de controvertirla antes de su imposición, vulnera el derecho fundamental al debido proceso, pues puede convertirse en un acto arbitrario, contrario al Estado de derecho”*⁷² (negrilla y subraya fuera del texto original).

A pesar de la univocidad de la doctrina constitucional en la materia, ni los nativos de la comunidad negra de las Islas del Rosario -como es el caso de Filiberto Camargo y Zuleima Caraballo – ni el Consejo Comunitario de la comunidad negra –en tanto que órgano representativo de la misma- tuvieron la oportunidad de contradecir los procesos administrativos que culminaron en los intentos de desalojo, así como tampoco las órdenes concretas de desalojo. Ante dicha flagrante violación de su derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.), éstos no tuvieron más opción que oponerse pacíficamente a las

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia T-1209 de 2005.

⁷¹ *Id.*

⁷² Corte Constitucional, sentencia T-020 de 1998.

operaciones de desalojo cuando las mismas intentaron ser realizadas por el INCODER sin previo aviso. Ahora bien, aunque con tal oposición lograron evitar que los desalojos tuvieran lugar en el momento preciso en el que intentaron realizarse, todavía se cierne sobre Filiberto Camargo y Zuleima Caraballo, así como sobre los demás miembros de la comunidad, la amenaza de que nuevos intentos de desalojo sucedan, sin que ni los nativos ni la comunidad sean notificados de ello. En efecto, desde el intento de desalojo de Filiberto Camargo y Zuleima Caraballo, los miembros de la comunidad negra de las Islas del Rosario viven en permanente zozobra ante la posibilidad de ser víctimas de súbitos desalojos. Por consiguiente, la vulneración del derecho fundamental al debido proceso administrativo (art. 29 C.P.) que se alega en este acápite no puede ser considerada de ninguna manera un hecho consumado.

En ese mismo sentido, en virtud de los hechos invocados, tampoco es admisible el argumento según el cual los afectados habrían podido controvertir las decisiones administrativas de desalojo interponiendo contra ellas los recursos administrativos y jurisdiccionales procedentes, pues dichas decisiones nunca les fueron debidamente notificadas. Como tal, ni los nativos directamente afectados ni el Consejo Comunitario de la comunidad negra conocieron tales decisiones con anterioridad al intento de ejecución, por lo cual no pudieron tampoco atacarlas antes de ello.

Más aún, incluso en el evento de haber conocido las decisiones administrativas, es posible que los nativos y la comunidad negra no hubieran podido atacarlas en todo caso. En efecto, a pesar de verse afectados directamente por tales decisiones, es posible que las mismas no fueran dirigidas contra ellos sino contra quienes se reputaban dueños de los predios con anterioridad de la declaratoria de las Islas como baldío reservado de la Nación. Esto es así porque, desde hace varias décadas, la mayoría de los miembros de la comunidad negra de las Islas del Rosario han sido poseedores y no propietarios de los predios que ocupan, y habitan en la parte trasera de las casas y hoteles de quienes se reputaban dueños de dichos predios. Por tal razón, es posible que las decisiones administrativas en comento –que nunca fueron conocidas por ellos- no tuvieran a los miembros de la comunidad negra de las Islas del Rosario como destinatarios y que, por ende, éstos no hubieran podido en todo caso ejercer los recursos administrativos y jurisdiccionales en su contra, por no tener legitimación para ejercerlos.

Finalmente, tampoco podría alegarse que la obligación de notificación de los procesos administrativos conducentes a los desalojos se subsanó por el hecho de que los nativos conocieron de ellos cuando dichos desalojos intentaron ser ejecutados por el INCODER. En efecto, en dicho momento ni los nativos ni la comunidad podían interponer oportunamente los recursos contra las decisiones que condujeron a ellos, y por tanto la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.) persistió. En un caso similar, la Corte Constitucional reconoció esto, diciendo:

“El ciudadano debe conocer desde el principio el proceso administrativo que se sigue, de manera que pueda ejercer el derecho de contradicción. En el presente caso, el derecho de contradicción de los ciudadanos pertenecientes a la comunidad negra de las Islas del Rosario no fue respetado, en tanto que solamente conocieron la decisión en el momento mismo de su ejecución, cuando oponerse a la misma les resultaba imposible”⁷³ (negrilla fuera del texto original).

Por todas las razones antes esgrimidas, es posible concluir que el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus integrantes, en especial de aquéllos directamente afectados por las órdenes de desalojo – como es el caso de Filiberto Camargo y Zuleima Caraballo –, fue vulnerado por la ausencia de notificación de los procesos administrativos que condujeron a dichas órdenes, así como de las órdenes mismas. Dado que aún existe la amenaza de que nuevos procesos y órdenes de esa naturaleza tengan lugar en su contra, esta tutela resulta plenamente procedente para proteger tal derecho.

3. Vulneración del derecho fundamental a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.)

Además de los derechos fundamentales de petición (art. 23 C.P.) y al debido proceso (art. 29 C.P.), las omisiones y acciones del INCODER descritas en los hechos de esta acción también ha vulnerado el derecho fundamental de la comunidad negra de las Islas del Rosario a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.). Para demostrarlo, en primer lugar, presentaremos de manera sintética el desarrollo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dado al contenido del derecho fundamental a la consulta previa, específicamente en relación con las comunidades étnicas afro-colombianas (A). En segundo lugar, demostraremos que el INCODER ha vulnerado y continúa vulnerando el derecho fundamental a la consulta previa del cual es titular la comunidad negra de las Islas del Rosario, pues no ha consultado a la comunidad ninguno de los actos de disposición de los predios cuya titulación colectiva fue solicitada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra, y en especial la propuesta a los nativos de las Islas del contrato individual de usufructo habitacional como alternativa única para su permanencia en las Islas (B).

A. Contenido del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas afrodescendientes

La jurisprudencia constitucional ha establecido que las comunidades étnicas tienen el derecho a participar en las decisiones tomadas por el Estado y por los particulares que sean susceptibles de afectarlas. Según la Corte Constitucional, este derecho de participación de las comunidades étnicas se deriva del derecho fundamental a la integridad social, cultural y

⁷³ Corte Constitucional, sentencia T-143 de 1993.

económica en cabeza de esas comunidades (arts. 2, 7 y 55T C.P). En palabras de la Corte:

“La jurisprudencia constitucional ha interpretado el derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que los afectan, y entre ellas en las relacionadas con los recursos naturales existentes en sus territorios, como una consecuencia del derecho a su integridad cultural, el cual, a su vez, ha sido considerado como un derecho fundamental de la comunidad indígena entendida como sujeto de protección constitucional”⁷⁴ (negrilla fuera del texto original).

Lo anterior se explica si se tiene en cuenta que, para que una comunidad étnica minoritaria pueda conservar los rasgos que la distinguen de otros grupos sociales, y en particular de la sociedad mayoritaria, es necesario que pueda hacer valer sus opiniones cuando se trata de decidir sobre las prioridades para su proceso de desarrollo, así como sobre las formas de preservar su propia cultura. Desde esta perspectiva, a través del derecho a participar en la adopción de las decisiones que pueden afectarlas, las comunidades étnicas preservan su derecho a la integridad (arts. 2, 7 y 55T C.P).

Por esta razón, los mecanismos de participación democrática previstos en la Constitución (art. 40) y las leyes del país adquieren especial valor para la realización de los derechos constitucionales a la participación y a la integridad social, económica y cultural de esas comunidades. Esto es así, hasta el punto que la Corte Constitucional ha elevado a rango de derecho fundamental el derecho a la consulta previa, en tanto que mecanismo particular de participación de las comunidades étnicas en las decisiones que las conciernen. Según la Corte,

“el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones”⁷⁵ (negrilla fuera del texto original).

En sentido similar, la Corte ha dicho:

“Como puede verse, no sólo la integridad cultural ha sido reconocida como un derecho fundamental del sujeto colectivo que conforma la comunidad indígena, sino que la misma consulta, como mecanismo de participación, ha sido estimada como un derecho fundamental en sí mismo considerado, por su vinculación con la defensa de aquella integridad cultural”⁷⁶ (negrilla fuera del texto original).

En principio, la consagración constitucional del derecho fundamental a la consulta previa (art. 330 C.P.) fue establecida en favor de las comunidades indígenas. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud del Convenio 169 de la OIT, las

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-620 de 2003.

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia T-562 de 1998.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-620 de 2003.

comunidades étnicas afrocolombianas también son titulares de dicho derecho. En efecto, el Convenio 169 de la OIT alude sin diferenciación alguna a los derechos de los pueblos indígenas y tribales⁷⁷, y les garantiza, entre otros, el derecho a la consulta previa.⁷⁸ Y la Corte Constitucional ha estimado que dicho Convenio internacional, ratificado por Colombia, forma parte del bloque de constitucionalidad (arts. 93 y 94 C.P.), y garantiza, en conjunto con el artículo 40, numeral 2, de la Carta Política, el derecho constitucional fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa.⁷⁹

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que tanto las comunidades indígenas como las comunidades afrocolombianas son titulares del derecho a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.) en pie de igualdad. De hecho, con ocasión de la sentencia T-574 de 1996, la Corte tuvo la oportunidad de estudiar el caso de la una comunidad negra de pescadores y de analizar las actividades de pesca de sus habitantes como un oficio que forma parte de la cultura del grupo étnico. Si bien en este caso la comunidad negra no alegaba la violación del derecho a la consulta previa, la Corte se manifestó sobre los deberes que surgen en cabeza del Estado en relación con las comunidades afrodescendientes, y en particular sobre el deber correlativo al derecho a la consulta. Según la Corte, considerar a las comunidades negras como titulares del derecho a la consulta previa resulta consistente no solamente con el texto de la Constitución y con el Convenio 169 de la OIT, sino también con el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, según el cual *“la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la*

⁷⁷ El artículo primero del Convenio 169 de la OIT establece que su aplicabilidad se extiende a (i) *“los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”* (negrilla fuera del texto original), así como también a (ii) *“los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”*.

⁷⁸ Al respecto, en la sentencia SU-383 de 2003, la Corte Constitucional expresó:

“Por medio de la Ley 21 de marzo de 1991 el Congreso de la República aprobó el Convenio 169 de la OIT, el que estableció –como quedó dicho– entre otras previsiones, que los gobiernos deberán consultar previamente a los pueblos indígenas y tribales cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente...”

La Corte definió que el Estado Colombiano, en principio, tiene un compromiso constitucional de gran amplitud frente a la realización del mecanismo, por cuya virtud cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas que afecten a los pueblos indígenas y tribales que habitan el territorio nacional, éstos deberían ser consultados” (negrilla fuera del texto original).

⁷⁹ Según la Corte, *“el citado Convenio [169 de la OIT], que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma [artículo 40-2] un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación”*.

*integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras...”, y “las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.*⁸⁰

Además de establecer que el derecho fundamental a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.) también es aplicable a las comunidades étnicas afrodescendientes, la jurisprudencia constitucional también ha precisado el contenido de dicho derecho, y en particular las medidas que deben ser objeto del mismo, con base en el artículo 330 de la Constitución – que reconoce explícitamente el derecho a la consulta de las comunidades indígenas– y en el Convenio 169 de la OIT. Según el artículo 330 de la Carta, “*la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas*”; por lo tanto, “*en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades*”. Aunque esta disposición constitucional se refiere únicamente a las medidas relativas a la explotación de recursos naturales, la Corte ha ampliado el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la consulta previa, acogiendo la fórmula planteada por el Convenio 169 de la OIT. Así, la Corte ha manifestado:

*“De conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1.989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1.991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habiten en sus territorios, ‘mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente’”*⁸¹ (negrilla fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional ha concluido que, aun cuando la medida prevista no tenga que ver específicamente con la explotación de recursos naturales, “*deberá determinarse en cada caso cuándo el mecanismo de la consulta resulta obligatorio, con fundamento en los lineamientos constitucionales y legales establecidos para el efecto*”.⁸² Más aún, la Corte ha establecido que dicho mecanismo de consulta cobra una relevancia especial cuando se trata de medidas que afectan el territorio ocupado por las comunidades étnicas. En términos de la Corte:

“...los Pueblos Indígenas y Tribales tienen derecho a ser consultados, previamente, respecto de las medidas que los afecten directamente, en particular sobre las relacionadas con el espacio que ocupan y la explotación de recursos en su hábitat natural, consulta que habrá de establecer “si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar

⁸⁰ Ver Corte Constitucional, sentencia T-574 de 1996.

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002.

⁸² Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003.

cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” –artículo 15 Ley 21 de 1991”⁸³ (negrilla fuera del texto original).

Así, por ejemplo, en la sentencia T-403 de 1993, la Corte concluyó que la ubicación de un radar de uso militar en territorio indígena era una medida que debía ser consultada a la comunidad.⁸⁴ Y así también, en la sentencia T-428 de 1992, la Corte otorgó el amparo al derecho fundamental a la consulta previa del resguardo indígena de la localidad de Cristianía, que solicitó la suspensión de las obras que se adelantaban en su territorio con el objeto de ampliar una carretera de interés nacional. En ambos casos, a pesar de no tratarse de medidas cuyo objeto era la explotación de recursos naturales, la Corte concluyó que las mismas eran objeto del derecho a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.), por cuanto eran susceptibles de afectar directamente a las comunidades étnicas en cuestión.

Sintetizando el desarrollo que por vía jurisprudencial ha dado la Corte al derecho fundamental a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.), se pueden extraer tres conclusiones. En primer lugar, se trata de una garantía constitucional, que tiene como objetivo la materialización del derecho a la integridad cultural de las comunidades étnicas, a través de la creación de mecanismos que les permitan participar en la toma de decisiones susceptibles de afectarlas. En segundo lugar, la titularidad de este derecho – en principio formulado por el artículo 330 de la Constitución – ha sido ampliada a las comunidades negras culturalmente diversas. Por último, las medidas que deben ser objeto de consulta no son solamente aquéllas relativas a la explotación de recursos naturales, sino todas las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente a las comunidades, y en particular aquéllas relacionadas con el espacio que ocupan.

Con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que la comunidad negra de las Islas del Rosario es titular del derecho fundamental a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.), por cuanto constituye un grupo étnico afrocolombiano. Esto es así, en primer lugar, porque los miembros de la comunidad se consideran a sí mismos como un grupo culturalmente diferente al hegemónico. De conformidad con el Convenio 169 de la OIT, éste es el criterio fundamental para determinar si un grupo constituye una comunidad étnica o un pueblo tribal.⁸⁵ En segundo lugar, este auto-reconocimiento de la comunidad negra de las Islas del Rosario como minoría étnica condujo a la creación del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario Caserío Orika, el cual fue oficialmente reconocido y registrado por la Alcaldía Mayor de Cartagena. En virtud de la ley 70 de 1993, el Consejo Comunitario es el órgano

⁸³ Corte Constitucional, sentencia T-880 de 2006.

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia T-403 de 1993. En dicha ocasión, el tribunal constitucional encontró que el requisito de la consulta se había surtido adecuadamente y, por ende, desestimó las pretensiones de la comunidad indígena tutelante.

⁸⁵ En efecto, el numeral segundo del artículo 1º del Convenio 169 de la OIT establece: “*La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio*”.

representativo de las comunidades étnicas afrocolombianas en nuestro país. En tercer lugar, en los últimos años, este Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario ha obrado como interlocutor oficial entre la comunidad negra y el Estado, tal y como lo evidencian los oficios emitidos tanto por el INCODER como por el Ministerio del Interior y de Justicia, referidos en los hechos de la presente acción de tutela. En su interlocución con el Estado, la comunidad negra de las Islas del Rosario no solamente ha evidenciado su conciencia identitaria, sino que también ha sido reconocida como una comunidad étnica representada por un Consejo Comunitario. En consecuencia, estamos ante un grupo cultural minoritario que, como tal, ostenta la titularidad de los derechos diferenciados que reconoce la Constitución a favor de las minorías étnicas del país, entre ellos, el derecho a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.).

No obstante lo anterior, como lo desarrollaremos en el siguiente acápite, el INCODER no ha consultado al Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario ninguna de las decisiones que ha tomado con respecto a los territorios ocupados ancestralmente por ella, y en especial, la decisión de proponer a los miembros de la comunidad la celebración de contratos individuales de usufructo sobre los predios ancestralmente ocupados por ella, a pesar de que se trata de medidas administrativas que afectan a la comunidad de manera directa y que versan sobre el espacio que ocupan, por lo cual, en virtud del Convenio 169 de la OIT y de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, debieron ser sometidas al procedimiento de consulta previa con anterioridad a su aprobación.

B. Vulneración del derecho fundamental a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario

Como fue desarrollado en el acápite anterior, el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas afrodescendientes (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.) implica la obligación del Estado de consultar a éstas todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a esas comunidades, y en especial aquéllas que se refieran al espacio ocupado por dichas comunidades. Esta obligación existe en el caso de la comunidad negra de las Islas del Rosario, por cuanto, como también se demostró en el acápite anterior, se trata de una comunidad étnica afrodescendiente.

En el caso que nos ocupa, el derecho a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario ha sido y continúa siendo vulnerado por el INCODER, ya que esa comunidad -y en particular su Consejo Comunitario- no ha sido consultada sobre las decisiones de dicha entidad de adjudicar a terceros los predios ocupados ancestralmente por la comunidad, de desalojar a los nativos ocupantes de tales predios, y en especial de realizar contratos individuales de usufructo con sus miembros sobre los predios ancestralmente ocupados por dicha comunidad étnica. Como es evidente, todas estas decisiones administrativas afectan directamente a la comunidad negra de las

Islas del Rosario, en la medida en que (i) ponen en riesgo su permanencia en los terrenos que ha ocupado ancestralmente, (ii) implican un fraccionamiento del terreno cuya titulación colectiva fue solicitada por la comunidad y sobre el cual ésta tiene por tanto un interés claro e inequívoco de ser reconocida como propietaria colectiva, y (iii) son susceptibles de generar conflictos entre los miembros de la comunidad con respecto a la actitud que han de asumir en relación con los diversos procedimientos administrativos adelantados por el Estado y, por ende, de afectar la cohesión social y, por esa vía, la integridad cultural de la comunidad. Por consiguiente, todas esas decisiones administrativas adoptadas por el INCODER en relación con los predios cuya titulación colectiva fue solicitada por la comunidad negra de las Islas del Rosario debieron haber sido consultadas a esta comunidad -y en particular a su Consejo Comunitario en tanto que órgano representativo de la misma-, en especial porque se trata de medidas que versan sobre el espacio ocupado por la comunidad.

Lo anterior es particularmente así en relación con la decisión del INCODER de proponer a los miembros de la comunidad negra de las Islas del Rosario la realización de contratos individuales de usufructo sobre los predios que ocupan como única alternativa para permanecer en las Islas del Rosario. Por consiguiente, en lo que sigue nos enfocaremos en esta última medida, debido a que la ausencia de consulta de la misma a la comunidad negra de las Islas del Rosario, y en especial a su Consejo Comunitario, evidencia claramente la vulneración del derecho a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.) de esta comunidad.

Como se mencionó en los hechos de la presente acción, el Consejo Directivo del INCODER profirió el Acuerdo 041 de 2006, que regula la ocupación y aprovechamiento temporal de los terrenos que conforman las islas de los archipiélagos Islas Corales de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo, que, como se sabe, son bienes baldíos reservados de la Nación. Dicho acuerdo facultó al Gerente General del INCODER para entregar en arrendamiento los terrenos que integran esos archipiélagos por un término máximo de ocho años. Igualmente, el Acuerdo 041 facultó al Gerente General del INCODER para celebrar contratos de usufructo sobre superficies insulares no mayores a doscientos metros cuadrados, con fines exclusivamente habitacionales y por un término máximo de ocho años, con aquellos ocupantes de escasos recursos económicos, establecidos en los archipiélagos con anterioridad a la vigencia del acuerdo.⁸⁶

Como también se mencionó en los hechos de esta tutela, con posterioridad a la expedición del Acuerdo 041 de 2006, en varias oportunidades funcionarios del INCODER y del Ministerio de Agricultura –incluido el propio Ministro- han visitado las Islas del Rosario con el fin de proponer a los miembros de la comunidad negra individualmente considerados la firma de un modelo de contrato de usufructo, basado en el Acuerdo No. 041 de 2006.

⁸⁶ Según el párrafo del artículo 10 del Acuerdo No. 041, se considera un ocupante de escasos recursos económicos quien tenga un patrimonio inferior a 15 salarios mínimos legales mensuales y no haya recibido del Estado subsidio de vivienda de interés social.

Según los emisarios del INCODER y del Ministerio de Agricultura, la firma de ese contrato constituye el único mecanismo existente para que los miembros de la comunidad puedan permanecer en las Islas. Como lo mostraremos a continuación, la propuesta de realización de este contrato de usufructo afecta directamente a la comunidad negra de las Islas del Rosario y, por consiguiente, debió haber sido consultada previamente a ésta, a través de su órgano representativo.

Por un lado, el texto mismo del modelo de contrato propuesto resulta sumamente lesivo para los integrantes de la comunidad negra, por varias razones. En primer lugar, el contrato es limitado en el tiempo, lo cual significa que el derecho de ocupación que se concedería a los nativos que aceptaran firmarlo sería sumamente precario. En efecto, el usufructo propuesto está previsto para un término máximo de ocho años, y prevé que vencido ese término los nativos no podrán permanecer en el terreno dado en usufructo.⁸⁷ Si bien el término de ocho años es prorrogable *“de forma automática en las mismas condiciones, siempre que el usufructuario haya cumplido las obligaciones derivadas del contrato”*⁸⁸, dicha posibilidad de renovación no reduce la precariedad del derecho, pues la misma está condicionada a que la administración considere que el contrato ha sido cumplido por el nativo. Esto implica que la posibilidad que tienen los nativos de permanecer en las tierras que han ocupado ancestralmente con su comunidad queda sometida a la discrecionalidad de la administración, la cual puede cambiar ostensiblemente en función de la voluntad política del gobierno de turno.

En segundo lugar, el contrato restringe de manera importante el tipo de uso que los nativos que decidieran firmarlo podrían darle a la porción de territorio que les fuera entregada en usufructo. De hecho, el modelo de contrato establece que el usufructo es de carácter exclusivamente habitacional.⁸⁹ Esto impide que los nativos desarrollen en la tierra concedida actividades comerciales o de producción para lograr su subsistencia, a pesar de que tradicionalmente éstos han destinado parte de los terrenos que ocupan a actividades como la siembra o el establecimiento de pequeños negocios comerciales. Además, el modelo de contrato prohíbe que los nativos que sean usufructuarios puedan realizar mejoras de carácter permanente en el predio, salvo que las mismas sean expresamente autorizadas por el INCODER.⁹⁰ Esta prohibición implica que los nativos que decidan firmar el contrato quedan sometidos a que las mejoras a sus condiciones de vivienda sean autorizadas por el INCODER, con base en una facultad discrecional.

⁸⁷ Cláusulas primera y tercera del modelo de contrato.

⁸⁸ Cláusula tercera del modelo de contrato, relativa al plazo del contrato de usufructo.

⁸⁹ Cláusula séptima del modelo de contrato, que textualmente dice así: *“ El usufructuario se compromete a destinar el predio objeto del usufructo unicamente a actividades derivadas de fines habitacionales del usufructuario y su familia”*.

⁹⁰ Literal c de la cláusula sexta del modelo de contrato.

En tercer lugar, el contrato implica también una limitación del espacio que podrían ocupar en virtud del mismo los nativos que accedan a firmarlo, el cual no podría ser superior a doscientos metros cuadrados⁹¹, a pesar de que en muchos casos los nativos actualmente ocupan predios más grandes, y que dicho espacio no resulta suficiente para que puedan desarrollar actividades de subsistencia en el predio dado en usufructo.

En cuarto lugar, el modelo de contrato exige que los firmantes manifiesten expresamente que “no discuten la propiedad en cabeza del Estado de tales predios”⁹², y que reconozcan que han ocupado el predio “de manera indebida”.⁹³ En esa medida, el contrato de usufructo exige a los nativos que lo firmen la renuncia a su derecho a reclamar la propiedad colectiva de la tierra, e incluso a afirmar que su comunidad ha ocupado tradicional y legítimamente las Islas del Rosario.

En quinto y último lugar, el modelo de contrato contempla como causales de terminación del mismo circunstancias que hacen muy gravosa e incierta la posibilidad de los nativos de permanecer en las Islas del Rosario. De una parte, según el modelo de contrato, es causal de terminación del mismo que “cesen en el usufructuario las condiciones económicas que estableció el Acuerdo de Consejo Directivo del INCODER N° 041 de 2006 como requisito para la celebración del usufructo”.⁹⁴ De esa manera, el contrato establece la pobreza de los nativos como condición necesaria para que éstos puedan permanecer en las tierras que han ocupado ancestralmente. De otra parte, el modelo de contrato también establece como causal de terminación el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones allí contempladas.⁹⁵ Al hacerlo, el modelo de contrato otorga al INCODER la potestad discrecional de determinar cuándo los nativos usufructuarios han incumplido con sus condiciones, lo cual también genera incertidumbre sobre su permanencia en las Islas.

Por otro lado, además de lo lesivo que el contenido del modelo de contrato de usufructo resultaría para los nativos que optaran por firmarlo, la sola propuesta del mismo afecta directamente a la comunidad negra de las Islas del Rosario por tres razones fundamentales. En primer lugar, esta propuesta empezó a ser planteada a los nativos de las Islas con posterioridad a la radicación de la solicitud de titulación colectiva por parte del Consejo Comunitario de la comunidad negra. Por ende, con la propuesta del contrato, el INCODER ha hecho caso omiso –a sabiendas de su existencia- de esta solicitud y, al hacerlo, ha puesto en peligro la posibilidad de que los derechos reclamados a través de la misma sean eficaces. En efecto, si los nativos accedieran a firmar el modelo de contrato de usufructo, éste recaería sobre predios cubiertos por la solicitud de titulación colectiva, lo cual conduciría a

⁹¹ Literal f de las consideraciones preliminares del modelo de contrato.

⁹² Literal g de las consideraciones preliminares del modelo de contrato.

⁹³ Literal g de las consideraciones preliminares del modelo de contrato.

⁹⁴ Parágrafo de la cláusula décimo primera del modelo de contrato.

⁹⁵ Cláusula décimo primera del modelo de contrato.

la fragmentación del globo de terreno solicitado por la comunidad a título colectivo, y reduciría el objeto de los derechos que se reclaman a través de la misma. Esta situación es altamente posible, si se tiene en cuenta que, a pesar de que la solicitud de titulación colectiva es, sin lugar a dudas, otra opción existente para lograr la permanencia de los nativos en las Islas, el INCODER les ha dicho que la firma del contrato de usufructo es la única opción que tienen de permanecer en las tierras que ocupan, y con ello ha presionado a los nativos para que firmen el contrato por miedo a ser desalojados.

En segundo lugar, el hecho de que el modelo de contrato de usufructo sea propuesto a los nativos individualmente considerados y no a la comunidad negra colectivamente considerada –a través de su Consejo Comunitario- ignora el hecho de que ésta ha decidido organizarse y ser representada por un Consejo Comunitario legalmente reconocido. Ello afecta gravemente el derecho a la autonomía de la comunidad étnica afrodescendiente de las Islas del Rosario, que depende en gran parte de la capacidad del Consejo Comunitario, en su calidad de órgano representativo, para decidir los asuntos que interesan a la comunidad. De nuevo, la afectación del derecho a la autonomía se ve agudizada por el hecho de que el INCODER ha dicho a los miembros de la comunidad que la firma del contrato de usufructo es la única opción que tienen de permanecer en las tierras que ocupan, lo cual puede conducir a que, por miedo a ser desalojados, algunos nativos accedan a firmar los contratos haciendo caso omiso de la posición del Consejo Comunitario al respecto, lo cual generaría un debilitamiento de la autoridad y legitimidad del Consejo Comunitario.

En tercer lugar, ese mismo hecho de que el modelo de contrato de usufructo sea propuesto a los nativos individualmente considerados y no a la comunidad negra colectivamente considerada –a través de su Consejo Comunitario- puede producir la fragmentación de la comunidad, dado que da pie para que algunos de sus miembros acepten el contrato y otros no, generando así la posibilidad de que surjan conflictos entre ellos. Nuevamente, esto es así particularmente si se tiene en cuenta que el INCODER ha dicho a los miembros de la comunidad que la firma del contrato de usufructo es la única opción que tienen de permanecer en las tierras que ocupan, lo cual puede conducir a que, por miedo a ser desalojados, muchos de ellos se vean forzados a firmar el contrato. Lo anterior amenaza severamente los derechos a la supervivencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.) y a la integridad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de la comunidad étnica de las Islas del Rosario, que en buena medida dependen de la cohesión social de sus miembros.

Por todas las razones anteriormente esgrimidas, hasta la fecha, la mayoría de los miembros de la comunidad negra de las Islas del Rosario se ha negado a firmar el modelo de contrato de usufructo propuesto por el INCODER. En efecto, a pesar de las múltiples presiones del INCODER en ese sentido y del gran temor que sienten de ser desalojados de las tierras que han ocupado ancestralmente, los miembros de la comunidad negra de las Islas del Rosario han logrado mantener una posición casi unívoca en relación con la inconveniencia y la lesividad de dicho contrato y de la propuesta misma de su realización para sus derechos y para los derechos de su comunidad.

No obstante, la presión ejercida por el INCODER para la firma de los contratos de usufructo inconsultos ha sido de tal magnitud, que ya ha comenzado a tener impacto sobre algunos de los miembros de la comunidad, quienes temen que las acciones arbitrarias de la entidad terminen con su expulsión de las Islas. Tal es el caso de Javier Morales, miembro de la comunidad que fue víctima de un intento de desalojo irregular y sin notificación previa en marzo de 2007. El señor Morales decidió firmar un contrato de arrendamiento con el INCODER, ante la zozobra que implicaba para él y para su familia la posibilidad de que en cualquier momento intentaran desalojarlo nuevamente si no llegaba a un acuerdo con la administración. Sin embargo, se trata del único miembro de la comunidad que ha firmado un contrato con el INCODER, lo cual es el resultado de una situación excepcional. En efecto, la persona que figuraba como propietario del predio antes de que el INCORA iniciara el proceso de clarificación en las Islas decidió ceder al señor Morales la propiedad del mismo. En esa medida, se trata de un contrato al que no podrían tener acceso otros nativos de las Islas, pues éstos no figuran como propietarios formales de los predios que ocupan.

El caso del señor Morales demuestra claramente que la presión del INCODER afecta gravemente la cohesión social de la comunidad negra de las Islas del Rosario. Igualmente, este caso muestra la importancia de que, previamente a que el contrato de usufructo fuera elaborado y presentado a la comunidad, el INCODER consultara al Consejo Comunitario de la misma acerca de las condiciones bajo las cuales ejercería la potestad que le fue conferida por el Acuerdo 041 de 2006.

La ausencia de consulta del contenido y la forma de ofrecimiento del contrato de usufructo a los representantes de la comunidad negra de las Islas del Rosario constituye una violación del derecho fundamental de su comunidad a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.). En efecto, como se mencionó en el acápite anterior, en su calidad de comunidad étnica afrocolombiana, la comunidad negra de las Islas del Rosario tiene derecho a que le sean consultadas –a través de su Consejo Comunitario- todas las medidas administrativas que puedan afectarla directamente, y en particular aquéllas que se refieren al espacio que ocupa. Por las razones que acaban de presentarse, la propuesta de contratos individuales de usufructo a los nativos de las Islas del Rosario evidentemente constituye una decisión de esa naturaleza. Por consiguiente, el INCODER tenía la obligación de elevar consulta al Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas sobre la posibilidad de proponer dicho contrato, antes de la elaboración del mismo y de su presentación a los nativos. Sin embargo, el INCODER incumplió abiertamente dicha obligación, ya que no elevó ninguna consulta de esa índole ante la comunidad negra de las Islas del Rosario ni antes de la elaboración del contrato, ni antes de su presentación a la comunidad.

Con ello, el INCODER impidió la posibilidad de lograr una concertación con la comunidad negra de las Islas del Rosario respecto de la situación de los nativos en las Islas, concertación cuyo intento es, según la Corte Constitucional, fundamental para garantizar el

derecho a la consulta previa.⁹⁶ Al hacerlo, el INCODER negó a la comunidad la posibilidad de (i) valorar conscientemente las ventajas y desventajas de un contrato de usufructo sobre la comunidad y sus miembros, (ii) ser oída en cuanto a sus inquietudes y pretensiones en relación con sus propios intereses, (iii) pronunciarse sobre la viabilidad y conveniencia del contrato de usufructo. Asimismo, al no realizar la consulta previa, el INCODER no contó con los elementos suficientes para que, en caso de no ser posible una concertación, dicha entidad pudiera adoptar una decisión objetiva, razonable y proporcional a su obligación de proteger la identidad social, cultural y económica de las comunidades étnicas del país.

La vulneración del derecho fundamental de la comunidad negra las Islas del Rosario a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.) por parte del INCODER se torna particularmente notoria y grave si se tiene en cuenta que, al momento de elaborar el modelo de contrato de usufructo, dicho instituto tenía pleno conocimiento de la existencia de la comunidad étnica afro-colombiana de las Islas del Rosario. En efecto, la comunidad negra de las Islas elevó ante el propio INCODER la solicitud de titulación colectiva con anterioridad a la elaboración de tal contrato y adjuntó a la misma la inscripción del Consejo Comunitario de la comunidad, con lo cual le dejó en claro a la entidad la existencia de dicha comunidad. A pesar de ello, el INCODER omitió consultar a dicha comunidad étnica su decisión de elaborar y presentar a consideración de los nativos un contrato de usufructo. Al hacerlo, el INCODER no sólo vulneró el derecho constitucional a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.), sino que también fue en contra del propio Acuerdo 041 de 2006, cuyo artículo 11 dispuso que, en el evento de que se probara la existencia de comunidades afro-colombianas o indígenas en el Archipiélago de las Islas del Rosario y San Bernardo, se daría aplicación a “los lineamientos constitucionales y legales que rigen la materia”, lineamientos que evidentemente incluyen el derecho constitucional a la consulta previa.

De ninguna manera puede considerarse que la ausencia de consulta previa del anterior asunto haya sido subsanada por el hecho de que, una vez elaborado el modelo de contrato de usufructo, el INCODER lo haya propuesto a los nativos de la comunidad negra de las Islas. Esto porque la obligación de consulta debía versar, justamente, sobre la elaboración misma del contrato y sobre su propuesta a los nativos individualmente considerados. Por ello, la mera notificación o información de la decisión de proponer a los nativos el contrato no puede ser considerada, desde ningún punto de vista, como una consulta previa. Como lo ha sostenido la Corte Constitucional, “**no tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena ...**”.⁹⁷

⁹⁶ En efecto, según la Corte, para que se pueda reputar cumplido el requisito de la consulta previa, “**es necesario que, dentro del proceso de consulta, se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica**” (negrilla fuera del texto original). Corte Constitucional, sentencia C-620 de 2003.

⁹⁷ *Id.*

Las anteriores consideraciones son aplicables a otras actuaciones del INCODER vulneratorias del derecho a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.). En efecto, la entrega en arriendo y en manejo de alrededor de cuarenta predios que forman parte del globo de terreno solicitado por la comunidad negra a título colectivo, así como las decisiones de desalojo de nativos que lo han ocupado ancestralmente, constituyen todas medidas administrativas que afectan directamente a la comunidad negra de las Islas del Rosario, y en especial que versan sobre el espacio que ésta ocupa. Y, como ninguna de dichas medidas ha sido consultada a la comunidad negra de las Islas con anterioridad a su formulación y presentación, es posible concluir que las mismas también implican una vulneración del derecho fundamental a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario.

4. Vulneración de los derechos fundamentales a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), la integridad cultural y social (arts. 2, 7 y 55T C.P.), la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) y la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de las comunidades étnicas

Las omisiones y acciones del INCODER descritas en el aparte de hechos de la presente acción no sólo han vulnerado y continúan vulnerando los derechos fundamentales de petición (art. 23 C.P.) y al debido proceso administrativo (art. 29 C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario y sus integrantes, así como el derecho a la consulta previa (arts. 2, 55T, 40, 93, 94 y 330 C.P.) de la comunidad negra. Dichas omisiones y acciones también han vulnerado y continúan vulnerando los derechos culturales fundamentales a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), a la integridad cultural y social (arts. 2, 7 y 55T C.P.), a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) y a la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de las comunidades culturales, de los cuales es titular la comunidad negra de las Islas del Rosario y, en el caso del derecho a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.), también los integrantes de esa comunidad, y en particular Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez. Para demostrarlo, en primer lugar, mostraremos que la jurisprudencia constitucional en materia de los derechos culturales fundamentales de las comunidades indígenas es enteramente aplicable a las comunidades afrodescendientes (A). En segundo lugar, describiremos brevemente la importancia que esa jurisprudencia le ha dado a la relación entre las comunidades étnicas y los territorios que ocupan. (B). En tercer y último lugar, demostraremos que el INCODER ha vulnerado los derechos fundamentales a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), la integridad cultural y social (arts. 2, 7 y 55T C.P.) y la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario, así como el derecho a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) tanto de la comunidad negra de las Islas del Rosario como de sus integrantes (C).

A. Aplicabilidad de la jurisprudencia sobre derechos culturales fundamentales de las comunidades indígenas a las comunidades afrodescendientes

La jurisprudencia constitucional en materia de los derechos especiales de las minorías étnicas y culturales se ha referido sobre todo a las comunidades indígenas del país. Ello no significa, sin embargo, que estos derechos no sean aplicables a las comunidades afrodescendientes. La Corte Constitucional ha reconocido que estas comunidades también pueden ser consideradas minorías étnicas del país y que, como tal, las mismas son titulares de algunos derechos constitucionales especiales, a los que tienen derecho las comunidades indígenas.

En efecto, en la sentencia C-169 de 2001, la Corte señaló que las comunidades afrodescendientes del país constituyen *“un sector importante de la población colombiana que, en sucesivas oportunidades, ha sido reconocido por el legislador como un grupo étnico especial”*⁹⁸ (negrilla fuera del texto original). Dicho reconocimiento por parte del legislador se materializa en la ley 70 de 1993, la ley 99 de 1993 y la ley 199 de 1995, todas éstas, normas que reconocen derechos diferenciados a favor de las colectividades afrocolombianas, precisamente en virtud de su carácter de grupos étnicos. Para la Corte, dicho reconocimiento por parte del legislador

*“...(g)enera, como consecuencia inmediata, el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio”*⁹⁹ (negrilla fuera del texto original).

Para afirmar que las comunidades afrodescendientes del país constituyen minorías étnicas que gozan de derechos similares a aquéllos de las comunidades indígenas, la Corte Constitucional no sólo se ha servido de la legislación especial en la materia. Ha acudido también al Convenio 169 de la OIT que, como lo mencionamos en la sección anterior, forma parte del bloque de constitucionalidad (arts. 93 y 94). El artículo primero de este Convenio internacional dispone que sus disposiciones son aplicables a los pueblos tanto indígenas como tribales, y define a estos últimos como *“los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”* (negrilla fuera del texto original). La Corte Constitucional ha interpretado esta disposición del Convenio 169 de la OIT de la siguiente manera:

“...resulta más apropiado interpretar el término ‘tribal’ en el sentido amplio en que lo han hecho entidades multilaterales como el Banco Mundial, el cual, en su

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001.

⁹⁹ *Id.*

Directiva Operacional No. 4.20 de Septiembre de 1.991, sobre políticas institucionales respecto de proyectos que afecten a los pueblos indígenas, especificó que los términos ‘pueblos indígenas’, ‘minorías étnicas indígenas’ y ‘grupos tribales’ se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante”¹⁰⁰ (negrilla fuera del texto original)

Según la Corte, dentro de esos grupos sociales que pueden ser considerados minoritarios por el hecho de tener una identidad cultural distinta de aquélla de la sociedad dominante se encuentran las comunidades afrocolombianas que, “*función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada*”, son titulares de derechos constitucionales especiales similares a los conferidos a las comunidades indígenas, y “*se hacen acreedores a los derechos que consagra el Convenio 169 de la O.I.T.*”¹⁰¹ (negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, la Corte Constitucional ha puesto a las comunidades negras y a las comunidades indígenas en pie de igualdad en lo que se refiere a la protección especial que merecen en su calidad de minorías étnicas. Esto significa que, si bien la protección legal de unas y otras puede ser distinta en función de sus particularidades, la misma debe sujetarse al principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Esto ha sido reconocido explícitamente por la ley 70 de 1993 que, con fundamento en el artículo 55 transitorio de la Constitución, reconoce el derecho de las comunidades negras a la propiedad colectiva de las tierras ocupadas ancestralmente. En efecto, si bien el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad colectiva de sus tierras es protegido a través de otro régimen legal distinto, el artículo 3 de la ley 70 de 1993 establece “*el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana*”.

Evidentemente, la aplicación el derecho a la igualdad de todas las culturas implica, tal y como lo ha reconocido la Corte, la aplicación a las comunidades negras de la jurisprudencia constitucional a través de la cual se han reconocido una serie de derechos en favor de las comunidades indígenas del país. Con esto no se pretende desconocer que, en razón de sus particularidades, la Constitución consagra a favor de las comunidades indígenas algunos derechos cuya titularidad no se predica automáticamente en el caso de las comunidades afrocolombianas, tal como sucede con el derecho que tienen las comunidades indígenas a gozar de una jurisdicción especial (art. 246 C.P.). Lo que se afirma es que, partiendo del principio de igualdad de todas las culturas de la nación, por regla general los derechos culturales se aplican a ambos grupos en pie de igualdad, salvo cuando claramente la Constitución los consagre como exclusivos de uno de ellos. Éste es el caso de los derechos fundamentales a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.), la integridad cultural y social (arts. 2, 7 y 55T C.P.) y la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.), derechos que la Constitución no reconoce exclusivamente a favor de las

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

comunidades indígenas, y que por ende se extienden a las comunidades indígenas en virtud del principio de igualdad.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se puede concluir que en el caso de la comunidad étnica de las Islas del Rosario, grupo afrocolombiano que comparte una identidad cultural distinta de la sociedad dominante, debe darse aplicación a la jurisprudencia constitucional que ha establecido la estrecha relación existente entre las comunidades étnicas y los territorios que ocupan, y que ha reconocido que éstas son titulares de los derechos fundamentales a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.), la integridad cultural y social (arts. 2, 7 y 55T C.P.) y la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.).

B. La relación entre las comunidades étnicas y los territorios ocupados ancestralmente

Al desarrollar el contenido de los derechos de las comunidades étnicas y tribales en Colombia, la jurisprudencia constitucional ha dado especial importancia a la relación existente entre aquéllas y los territorios que habitan. En efecto, para la Corte Constitucional, la protección del entorno de las comunidades negras se justifica por la importancia que el mismo tiene para su subsistencia económica y para su sistema de creencias.¹⁰² Es por ello que la Corte ha concluido que la población étnica y su entorno natural “*se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado*”.¹⁰³ Del reconocimiento del territorio como elemento consustancial a las comunidades étnicas se derivan dos consecuencias importantes.

En primer lugar, la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades étnicas, contenido en los artículos 55 transitorio, 58, 63 y 329 de la Constitución de 1991, es un derecho autónomo de carácter fundamental. Así, en la sentencia T-188 de 1993, la Corte expresó que dicho derecho “*reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes*”. Para demostrarlo, la Corte hizo referencia al reconocimiento específico que el constituyente primario hizo del derecho al territorio de las comunidades étnicas, citando el siguiente aparte de la Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente:

"Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el

¹⁰² Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998.

¹⁰³ Corte Constitucional, sentencia T-342 de 1994.

reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat¹⁰⁴ (negrilla fuera del texto original).

Como consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha expresado que las comunidades indígenas y negras – en tanto que grupos étnicos – tienen derecho a habitar y a permanecer en los territorios que han ocupado ancestralmente en calidad de propietarias colectivas de los mismos (arts. 55 transitorio, 58, 63 y 329 C.P.). Así, en la sentencia T-652 de 1998, que reiteró el precedente sentado por la sentencia T-188 de 1993, la Corte afirmó:

“La Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino por que él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características”¹⁰⁵. (Negrilla fuera del texto original)

La importancia del territorio tanto para la subsistencia como para la protección de la cultura de las comunidades étnicas justifica plenamente que éstas tengan derecho a acceder a la propiedad colectiva del mismo (arts. 55 transitorio, 58, 63 y 329 C.P.). Por esa razón, la legislación nacional y las autoridades encargadas de aplicarla deberían maximizar, y nunca obstruir, la posibilidad de las comunidades étnicas de acceder a la propiedad colectiva de sus tierras. Y, en aquellos eventos en los que se determine que este acceso definitivamente no puede tener lugar, el Estado permanece en todo caso obligado a garantizar el derecho a la posesión de las comunidades étnicas sobre los territorios que han ocupado ancestralmente.

Este derecho de posesión es la segunda consecuencia importante que se deriva de la relación estrecha entre las comunidades étnicas y sus territorios. En efecto, si bien la posesión ancestral suele preceder al reconocimiento de la propiedad colectiva y por ende debería en principio protegerse sólo hasta tanto ésta tenga lugar, en aquellos eventos en los cuales la propiedad colectiva se torne imposible, la posesión debería garantizarse de manera indefinida. Este derecho a la posesión de los territorios ancestrales encuentra pleno fundamento en el Convenio 169 de la OIT, que forma parte del bloque de constitucionalidad (arts. 93 y 94 C.P.), y cuyo artículo 14 dispone:

“Artículo 14: 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión” (negrilla y subraya fuera del texto original).

¹⁰⁴ Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Etnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry. *Gaceta Constitucional* No. 67. Pág. 18, citada en: Corte Constitucional, sentencia T-188 de 1993.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998.

Del anterior razonamiento puede entonces concluirse (i) que las comunidades étnicas tienen el derecho fundamental a acceder a la propiedad colectiva de las tierras que han ocupado ancestralmente (arts. 55 transitorio, 58, 63 y 329 C.P.); (ii) que este derecho implica una obligación correlativa del Estado consistente en maximizar la posibilidad de que dichas comunidades accedan a ese derecho, y en abstenerse de dificultar o impedir el acceso al mismo; (iii) que, en los eventos en los cuales sea imposible garantizar el acceso de las comunidades étnicas a la propiedad de sus territorios, el Estado mantiene en todo caso la obligación de garantizar a esas comunidades el derecho de posesión sobre los mismos (art. 14 Convenio 169 OIT, arts. 93 y 94 C.P.).

En el caso que nos ocupa, las anteriores conclusiones permiten afirmar que, a través de sus diversas omisiones y acciones, el INCODER ha desconocido la importancia que tiene el territorio para las comunidades étnicas y, por esa vía, los derechos a acceder a la propiedad colectiva de la tierra (arts. 55 transitorio, 58, 63 y 329 C.P.) y de posesión (art. 14 Convenio 169 OIT, arts. 93 y 94 C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario. En efecto, la omisión del INCODER de iniciar los trámites establecidos en el decreto 1745 de 1995 para dar una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario va en abierta contravía del deber del Estado de garantizar a las comunidades étnicas la posibilidad de acceder a la propiedad colectiva de los territorios que han ocupado ancestralmente, pues evidentemente obstaculiza indefinidamente la posibilidad de que este acceso tenga lugar. Más aún, la decisión del INCODER de no responder a dicha solicitud con el argumento de que la situación jurídica de las Islas excluye la posibilidad de titulación colectiva vulnera el deber del Estado de maximizar la garantía de acceso a la propiedad colectiva de la tierra, pues ignora que en un caso como éste es necesario llevar a cabo un ejercicio de ponderación entre el carácter de baldío reservado de dichas tierras y los derechos de la comunidad negra que las ocupa, y no simplemente restringir la posibilidad de ésta de acceder a la propiedad colectiva de la tierra.

De otra parte, la decisión del INCODER de disponer de los predios solicitados a título colectivo -o bien concediéndolos en arriendo a terceros, o bien entregándolos a otras autoridades estatales para su manejo- también va en contra del deber estatal de garantizar el acceso de las comunidades étnicas a la propiedad colectiva de sus tierras, pues excluye a muchos de los predios de la posibilidad de ser concedidos a título de propiedad colectiva y, con ello, resta eficacia al derecho en cuestión. Además, dicha decisión del INCODER, así como sus decisiones de desalojar nativos, vulneran el derecho de la comunidad negra de las Islas del Rosario a la posesión de los terrenos que han ocupado tradicionalmente, derecho que -como se mencionó anteriormente- debe ser protegido con independencia de que la comunidad negra pueda o no acceder a la propiedad colectiva de la tierra.

La protección de los derechos de acceso a la propiedad colectiva y de posesión de las comunidades étnicas resulta fundamental para la efectiva materialización de los derechos a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.), a la

integridad social y cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) y a la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de las comunidades étnicas. Por ello, como lo mostraremos a continuación, las omisiones y acciones del INCODER no sólo ignoran la relación estrecha que existe entre la comunidad negra de las Islas del Rosario y el territorio que ha ocupado tradicionalmente, sino que, al hacerlo, vulneran esos derechos fundamentales de los cuales es titular esta comunidad negra.

C. Vulneración de los derechos fundamentales a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), la integridad social y cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) y la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario, así como del derecho a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez

De conformidad con la jurisprudencia constitucional en la materia, sólo las comunidades étnicas como sujetos colectivos son titulares de los derechos constitucionales culturales a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), la integridad social y cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.), y la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.). Sin embargo, en el caso del derecho a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.), la Corte Constitucional ha concluido que se trata de un derecho de doble naturaleza o dimensión, del cual son titulares tanto la comunidad étnica –dimensión colectiva- como cada uno de sus miembros –dimensión individual-. Esto explica que la presente acción de tutela plantee la vulneración de los tres primeros derechos únicamente en relación con la comunidad negra de las Islas del Rosario, y en cambio la vulneración del último de esos derechos tanto en relación con esta comunidad como con los integrantes de la misma que actúan como tutelantes, esto es, Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez. A continuación nos referiremos a cada uno de estos derechos por separado, describiendo brevemente el contenido del derecho, y explicando por qué el mismo se ve vulnerado en el presente caso.

i. Vulneración del derecho fundamental a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario

En la sentencia T-380 de 1993, la Corte Constitucional se refirió por primera vez al derecho fundamental a la existencia o subsistencia de las comunidades étnicas, de la siguiente manera: *“entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución”* (negrilla fuera del texto original). De conformidad con lo establecido en dicha sentencia, el artículo 11 de la Carta Política sirve de fuente normativa del derecho a la existencia o subsistencia de las comunidades étnicas, pues éste no es otra cosa que el derecho de las comunidades étnicas a mantenerse

con vida, esto es, a no desaparecer –lo cual también permite afirmar que encuentra fundamento en el artículo 12 de la Carta, que prohíbe la desaparición forzada.¹⁰⁶ La importancia de que estas comunidades se mantengan con vida o no desaparezcan radica en el valor que la Constitución Política otorga a la diversidad étnica y cultural y en el carácter pluralista de la nación, por lo cual también puede decirse que ese derecho encuentra fundamento en los artículos 2 y 7 superiores, y 55 transitorio –que materializa dichos principios en lo referente a las comunidades negras-.

El reconocimiento de la existencia de las comunidades étnicas como un derecho de carácter fundamental (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.) es importante, pues implica reconocer en dichas comunidades una unidad dotada de singularidad propia. La importancia de tal derecho radica también en que el mismo constituye un presupuesto necesario para la efectividad de los demás derechos diferenciados reconocidos en favor de las minorías étnicas del país, y particularmente del derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica (arts. 2, 7 y 55T C.P.). Como lo ha señalado la Corte Constitucional,

“... la Corte ha reconocido que los pueblos indígenas son sujetos de derechos fundamentales, y señaló que si el Estado no parte de garantizar uno de ellos, el derecho a la subsistencia, tales colectividades tampoco podrán realizar el derecho a la integridad cultural, social y económica que el Constituyente consagró a su favor”¹⁰⁷ (negrilla fuera del texto original).

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el contenido del derecho a la existencia o subsistencia de las comunidades étnicas (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.) incluye (i) la protección de la vida de los individuos que conforman la comunidad, (ii) la conservación de su medio ambiente y (iii) la protección de sus medios de subsistencia económica.¹⁰⁸ Como es evidente, estas tres dimensiones del derecho se encuentran estrechamente relacionadas con el territorio, teniendo en cuenta que es allí donde la colectividad desarrolla su existencia. Por ende, desde la perspectiva del derecho a la existencia de las comunidades étnicas (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), la protección del territorio, entendido como el sustrato material que asegura que una comunidad étnica subsista, es objeto de especial protección por parte de nuestro ordenamiento constitucional. Esto significa que cualquier atentado contra el territorio que constituye el hábitat de una comunidad étnica es susceptible de constituir una violación al derecho fundamental a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.) de la misma.

En aplicación de lo anterior, resulta claro que las omisiones y acciones del INCODER han atentado y continúan atentando contra el derecho fundamental a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario, y en particular contra las

¹⁰⁶ Al respecto, ver Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993

¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998.

¹⁰⁸ *Id.*

dimensiones ii y iii del mismo. En efecto, a través de la omisión persistente de iniciar el procedimiento administrativo y de dar respuesta a la solicitud de titulación colectiva de la comunidad, el INCODER impide que ésta pueda materializar el mecanismo más eficaz para garantizar su permanencia en los territorios que ha ocupado y, así, para conservar su entorno de conformidad con sus usos y costumbres, al igual que para proteger su subsistencia económica. De otra parte, a través de la adjudicación a terceros de los predios que hacen parte del territorio ancestralmente ocupado por la comunidad y que son objeto de la solicitud de titulación colectiva, el INCODER está impidiendo a la comunidad negra de las Islas del Rosario la posibilidad de conservar dichos predios -es decir, parte de su hábitat- de conformidad con sus usos y costumbres, e igualmente de utilizarlos con fines de subsistencia económica. Finalmente, a través de la iniciación de procesos administrativos de desalojo en contra de los integrantes de la comunidad negra de las Islas del Rosario, el INCODER no sólo está impidiendo que la comunidad conserve y utilice dichos predios, sino que también está poniendo en riesgo la subsistencia de los nativos objeto de los desalojos, quienes, en caso de ser expulsados de los predios que han ocupado ancestralmente, perderían sus medios fundamentales de subsistencia.

Así las cosas, al amenazar seriamente la relación de la comunidad negra de las Islas del Rosario con su territorio, las omisiones y acciones del INCODER constituyen un grave atentado contra el derecho a la existencia o subsistencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.) de dicha comunidad, que, de no ser protegida, puede terminar debilitándose e incluso desapareciendo.

ii. Vulneración del derecho fundamental a la integridad cultural y social (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario

El derecho fundamental a la integridad cultural y social de las comunidades étnicas¹⁰⁹, se desprende del principio de protección a la diversidad cultural, así como del carácter pluralista de la nación colombiana (arts. 2, 7 y 55 T C.P.). Su contenido, desarrollado por la Corte Constitucional, se concreta en la protección de la cohesión social de las comunidades étnicas, por un lado, y en la salvaguarda del sistema de creencias de esas comunidades, por otro lado.

Desde esta perspectiva, el derecho a la integridad cultural apunta a proteger las relaciones entre los integrantes de la comunidad, así como también la visión que ellos tienen del mundo. En efecto, en la sentencia SU-039 de 1997, la Corte definió el derecho fundamental a la integridad de las comunidades étnicas (arts. 2, 7 y 55 T C.P.), como “*la protección de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social*”. En es orden de ideas, el derecho fundamental a la integridad de las comunidades étnicas (arts. 2, 7 y 55 T

¹⁰⁹ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias T-652 de 1998 y SU-039 de 1997.

C.P.) impone al Estado el deber correlativo de respetar las relaciones dentro de la comunidad, evitando que, mediante su accionar, se pongan en riesgo los lazos comunitarios que permiten el desarrollo y la permanencia de una cultura distinta a la mayoritaria.

Aplicado al caso concreto, es evidente que este deber ha sido desconocido por el INCODER. A través de múltiples adjudicaciones de los predios tradicionalmente ocupados por los miembros de la comunidad negra de las Islas del Rosario, del inicio de procesos de desalojo en contra de los nativos, y de la presión ejercida sobre éstos para que firmen contratos individuales de usufructo, el INCODER está poniendo en riesgo el equilibrio social de la comunidad negra de las Islas del Rosario. De hecho, todas estas acciones implican un fraccionamiento del territorio, generan temor y zozobra entre los miembros de la comunidad por la incertidumbre de su situación, y son susceptibles de fomentar conflictos entre los nativos y con sus líderes, pues éstos pueden tomar posturas distintas frente a la situación. La presión del INCODER ya ha tenido sus efectos sobre la comunidad, si se tiene en cuenta que uno de sus miembros, después de haber sido víctima de un intento de desalojo irregular por parte de dicha entidad y ante el temor de que dichas acciones se repitieran en cualquier momento, decidió firmar un contrato de arrendamiento con el INCODER.

Todos estos efectos del obrar del INCODER afectan los lazos de armonía y confianza de la comunidad negra de las Islas del Rosario y, por esa vía, la cohesión social de la comunidad. Lo anterior se traduce en una violación del derecho fundamental a la integridad cultural y social (arts. 2, 7 y 55 T.C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario.

iii. Vulneración del derecho fundamental a la autonomía (arts. 2, 7 y 55T.C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario

Al igual que los dos derechos antes referidos, el derecho fundamental a la autonomía o autodeterminación de las comunidades étnicas encuentra fundamento en el valor que la Constitución otorga a la diversidad étnica y cultural y en el carácter pluralista de la nación (arts. 2, 7 y 55T.C.P.). La Corte Constitucional ha definido este derecho como aquél que tienen las comunidades étnicas de darse su propio gobierno, *“de conformidad con sus propias tradiciones y así asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y orientar su evolución económica y social, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones”*.¹¹⁰

El derecho a la autonomía o autodeterminación de las comunidades étnicas se encuentra consagrado en el artículo 7, numeral 1 del Convenio 169 de la OIT, según el cual:

¹¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2005.

“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (negrilla fuera del texto original).

La Corte Constitucional ha acogido el desarrollo que el Convenio 169 da al derecho a la autonomía de las comunidades étnicas. Así, ha dicho la Corte:

“En el plano del derecho internacional, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por nuestro país mediante la Ley 21 de 1991, se refiere a la autonomía de las comunidades indígenas al reconocer la aspiración de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, así como su desarrollo económico y social, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones.”¹¹¹ (negrilla fuera del texto original).

Además de la importancia que, de por sí, tiene el derecho a la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de las comunidades étnicas a nivel tanto nacional como internacional, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el trascendente papel que éste cumple en tanto que instrumento para la satisfacción de otros derechos culturales de las comunidades étnicas. Según la Corte, la autonomía permite a las comunidades étnicas ***“tomar parte activa en la definición de su propio destino, haciendo igualmente efectivos sus derechos fundamentales, como sujeto colectivo, con miras a fortalecer y preservar su integridad y diversidad étnica y cultural”***¹¹² (negrilla fuera del texto original).

Aplicado al caso concreto, este derecho a la autonomía o a la autodeterminación (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de las comunidades étnicas se traduce en la potestad que tiene la comunidad negra de las Islas del Rosario para determinar su propio destino, definiendo las prioridades de su desarrollo y sus formas de vida, así como decidiendo la manera de ejecutarlas dentro de su territorio. No obstante, el ejercicio de este derecho se ha visto obstaculizado por las acciones del INCODER, tales como las adjudicaciones de predios a terceros, los desalojos de nativos, y las presiones para firmar contratos de usufructo, que han dispuesto del territorio dentro del cual la comunidad negra de las Islas del Rosario ha desarrollado sus formas de vida y su cultura tradicionalmente. Estas actuaciones vulneran el derecho a la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario, pues lo restringen desproporcionadamente, hasta el punto de poner en riesgo la supervivencia cultural de la comunidad. En esa medida, se trata de actuaciones que van en contra de la regla de razonabilidad que, según la jurisprudencia constitucional, debe aplicar el intérprete

¹¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-379 de 2003.

¹¹² *Id.*

a las restricciones del derecho a la autonomía. La Corte Constitucional ha formulado esta regla de la siguiente manera:

“Considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía; que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”¹¹³ (negrilla fuera del texto original).

Al analizar el accionar del INCODER a la luz de la anterior regla, es posible concluir que las medidas adoptadas en relación con las tierras de las Islas del Rosario no son de manera alguna indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía y, por ende, no cumplen con la regla de minimización de las restricciones a la autonomía. En efecto, resulta muy difícil justificar que el carácter de baldíos reservados de dichos predios y la consecuente obligación del INCODER de recuperarlos constituyan un interés de superior jerarquía a aquél de la protección del derecho fundamental de la comunidad negra a la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.). Más aún, no es de ninguna manera claro que acciones como la adjudicación de predios a terceros a través de contratos de arrendamiento sean medidas necesarias, o siquiera conducentes, para afirmar el carácter de baldíos reservados de la Nación de las Islas del Rosario, pues dichos actos de disposición implican en todo caso el uso privativo de tales predios, y desnaturalizan por tanto el carácter de baldío reservado de los mismos. Finalmente, es evidente que tales medidas de disposición de los predios, así como los procesos administrativos de desalojo y la presión a los nativos para firmar contratos de usufructo, no constituyen de ninguna manera la medida menos gravosa para la autonomía de las comunidades étnicas.

Igualmente constituye una violación del derecho a la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario el que el INCODER haya desconocido reiteradamente la autoridad del Consejo Comunitario para representar a la comunidad y para participar en las decisiones que a ésta conciernen. Dicho desconocimiento ha tenido lugar en todos aquellos eventos en los que el INCODER ha tomado decisiones sobre los territorios de las Islas del Rosario sin consultar al Consejo Comunitario de la comunidad, y por ende sin reconocer el derecho que éste, en tanto que representante de la comunidad, tiene para definir las prioridades y para controlar las decisiones a ser tomadas en tales territorios. A través del desconocimiento de la autoridad del Consejo Comunitario, el INCODER ha vulnerado el derecho a la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de la comunidad negra de las Islas, por cuanto ha reducido significativamente la posibilidad de ésta de definir su destino a través de sus propias autoridades.

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996.

iv. Vulneración del derecho fundamental a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez

El derecho a la identidad cultural de las comunidades étnicas constituye otro derecho cultural fundamental en cabeza de dichas colectividades, derivado del principio de diversidad étnica y cultural y del pluralismo consagrados en la Carta Política (arts. 2, 7 y 55T C.P.). Según la Corte Constitucional, a través de la realización de este derecho, se logra que las comunidades étnicas minoritarias puedan ejercer sus derechos de conformidad con sus formas culturales. Así lo resumió la Corte Constitucional, con ocasión de la sentencia T-778 de 2005:

“El derecho a la identidad cultural, como un derecho que se deriva del principio a la diversidad étnica y cultural establecido en el artículo 7 de la Constitución, ha sido concebido como un derecho fundamental de las comunidades indígenas y por lo tanto un derecho de naturaleza colectiva. El mencionado derecho se materializa, entre otras manifestaciones, en la medida en que las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Ello implica que también los individuos que pertenecen a una comunidad indígena puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios” ¹¹⁴ (negrilla fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior, el derecho a la identidad cultural consiste en la posibilidad de conservar la cultura y el patrimonio cultural tangible o intangible de las comunidades negras, así como en el derecho de sus miembros a no ser forzados a pertenecer a una cultura diferente o ser asimilados involuntariamente por otra.¹¹⁵ El deber correlativo a este derecho que surge en cabeza del Estado consiste en la no interferencia en el desarrollo y permanencia de la cultura de las comunidades étnicas.¹¹⁶

El derecho a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) se distingue de los demás derechos culturales a los que nos hemos referido en esta acción, por cuanto se trata de un derecho cuyos titulares no son solamente las comunidades étnicas, sino también los integrantes de éstas individualmente considerados. Por esa razón, la Corte Constitucional ha afirmado que

“... el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones una colectiva y otra individual. La primera se trata de la protección constitucional que

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2005.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.*

se le otorga a la comunidad como sujeto de derechos y la segunda la protección que se le otorga al individuo para poder preservar el derecho de esa colectividad. Lo anterior comprende dos tipos de protección a la identidad cultural una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad. La protección a la identidad cultural de la comunidad como sujeto de derechos no supone que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece”¹¹⁷ (negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, la existencia del derecho fundamental a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) significa que tanto las minorías o colectividades culturales como sus miembros tienen derecho fundamental a conservar su cultura¹¹⁸, y a no ser forzados a pertenecer o a ser asimilados a otra distinta. Desde la perspectiva del derecho a la identidad cultural, el territorio de las comunidades étnicas constituye un elemento consustancial a su efectiva garantía. Esto es así porque, como lo hemos mencionado ya anteriormente, para las minorías étnicas existe una relación indisoluble entre su cultura y el territorio que habitan ancestralmente, de forma tal que el rompimiento de este lazo generará por lo general una afectación negativa del derecho a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de las mismas. En efecto, el territorio no es otra cosa que el sustrato principal de la vida de las comunidades étnicas en tanto que grupo social, pues allí se desarrollan las relaciones sociales, la vida espiritual y el sustento económico de estos grupos culturales. La relación entre identidad cultural y territorio ha sido explícitamente reconocida por la Relatora Especial sobre poblaciones indígenas de la ONU, quien al respecto afirmó:

“El concepto mismo de indígena comprende la idea de una cultura y un estilo de vida distintos e independientes, basados en antiguos conocimientos y tradiciones, vinculados fundamentalmente a un territorio específico... La protección de la propiedad cultural e identidad, está fundamentalmente vinculada a la realización de los derechos territoriales y de la libre determinación de los pueblos indígenas...”¹¹⁹ (negrilla fuera del texto original).

Aplicado al caso de la comunidad negra de las Islas del Rosario, del derecho a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) son titulares tanto la comunidad colectivamente como sus miembros individualmente considerados, entre ellos las personas naturales que son accionantes de esta tutela. Sin embargo, este derecho ha sido y continúa siendo vulnerado por las omisiones y acciones del INCODER, descritas en el acápite de hechos de la presente demanda. En efecto, todas esas omisiones y acciones están afectando seriamente la relación de la comunidad negra con su territorio, lo cual se traduce en un impacto negativo para la

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ La Corte Constitucional reconoció en la sentencia T-778 de 2005 que el sujeto de derecho del derecho a la identidad étnica es, precisamente, “la comunidad dotada de singularidad propia”.

¹¹⁹ E.I. Daes, Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1993/28, 1993, párrafo 1.

identidad cultural de la comunidad y de sus miembros, ya que la materialización de su derecho a conservar su cultura y formas de vida depende en buena medida de su posibilidad de permanecer en el territorio que ha ocupado ancestralmente. Ello ocurre con la omisión del INCODER de dar una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva elevada por el Consejo Comunitario de la comunidad, que somete a los miembros de la comunidad a la incertidumbre sobre la suerte que correrán los predios que ocupan; con las adjudicaciones de predios de las Islas a terceros, que implican una fragmentación del terreno ocupado por los nativos y que sustraen muchos predios del globo de terreno solicitado por la comunidad negra en propiedad colectiva; con los intentos de desalojo de nativos, que tienen el propósito de expulsarlos de las tierras que han ocupado tradicionalmente y que, como tal, pueden terminar forzando a los miembros de la comunidad negra a pertenecer a la cultura mayoritaria o hegemónica; y por último, con la propuesta de contratos individuales de usufructo a los miembros de la comunidad, que pueden generar el fraccionamiento de la comunidad y, por esa vía, debilitar las formas culturales de vida que comparten.

5. Vulneración del deber constitucional de las de las autoridades administrativas de examinar la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad ante un conflicto entre disposiciones legales o reglamentarias y disposiciones constitucionales

Antes de concluir los fundamentos de derecho de la presente acción de tutela, resulta importante analizar el argumento al que ha aludido reiteradamente el INCODER para abstenerse de tramitar la solicitud de titulación colectiva presentada por la comunidad negra de las Islas del Rosario, a saber: la vigencia de la disposición legal contenida en el Código Fiscal de 1912 según la cual las islas de la Nación constituyen baldíos reservados y, por ende, son inadjudicables.

A primera vista, la postura del INCODER, que ha sido respaldada por el Ministerio de la Justicia y del Interior y por la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado, parece razonable, si se tiene en cuenta que existe una disposición legal que excluye los territorios insulares de toda posibilidad de adjudicación. Sin embargo, si se analiza más en detalle, resulta evidente que esta postura invoca una norma legal como justificación para no examinar la aplicación de los derechos constitucionales cuya vulneración se ha alegado a lo largo de esta acción de tutela.

En efecto, la cuestión fundamental que subyace este caso es, justamente, la tensión que existe entre dicha disposición legal y los derechos constitucionales de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus miembros. En esa medida, como se ha mencionado varias veces en este texto, con la solicitud de titulación colectiva de las tierras de las Islas del Rosario, la comunidad negra que las ha ocupado ancestralmente no ha hecho otra cosa que

solicitar al INCODER que proteja sus derechos constitucionales en contra de una disposición legal que los limita injustificada y desproporcionadamente.

Por ende, la negativa del INCODER de examinar la solicitud de la comunidad negra constituye, en realidad, una negativa a examinar la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad, que tiene lugar cuando una disposición legal de inferior jerarquía contraviene los mandatos constitucionales. Esta negativa contraviene los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 4 y 91 de la Carta, los cuales disponen, respectivamente, la supremacía constitucional y el deber de los agentes estatales de cumplir y obedecer la Constitución. En efecto, como lo ha establecido la Corte Constitucional en jurisprudencia constante, en virtud de estas dos disposiciones constitucionales, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad no constituye una facultad sino un deber de los funcionarios públicos. En esa medida, siempre que exista un conflicto entre una norma constitucional y una norma jurídica de menor jerarquía, éstos se encuentran obligados a inaplicar esta última y a aplicar aquella directamente. Y para poder cumplir con esta obligación, resulta indispensable que, como primer paso, la autoridad pública examine si la excepción de inconstitucionalidad es o no procedente.

Al respecto ha dicho la Corte:

“ La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’. De tal mandato se deriva la figura de la excepción de inconstitucionalidad, la cual puede y debe ser aplicada por funcionarios judiciales y administrativos. En caso de que exista una disposición legal que conlleve injusticias manifiestas en su aplicación y que contradiga la naturaleza del Estado Social de Derecho Colombiano y el funcionario administrativo no aplique la excepción de inconstitucionalidad, tal actuación constituiría una vía de hecho y perdería su validez”¹²⁰ (negrilla fuera del texto original).

Como resulta claro del párrafo anterior, el mandato constitucional de supremacía y aplicabilidad directa de la Constitución (art. 4 C.P.) exige a los funcionarios públicos que analicen si las disposiciones legales de inferior jerarquía se ajustan al texto constitucional, y que las inapliquen cuando vayan en contravía del mismo. Esta exigencia constituye un deber constitucional y no simplemente una facultad, que recae en cabeza no sólo de los jueces sino también de los funcionarios de la administración. Así, ha enfatizado la Corte:

“La jurisprudencia también es uniforme en señalar que la posibilidad de acudir a la excepción de inconstitucionalidad no está reservada únicamente a los jueces, sino que también se hace extensiva para las autoridades administrativas, no sólo como una facultad, sino como un deber, cuando quiera que haya una clara incompatibilidad entre la Constitución y una norma de inferior jerarquía, prefiriéndose siempre la primera”¹²¹ (negrilla fuera del texto original).

¹²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-049 de 2002.

¹²¹ Corte Constitucional, sentencia T-357 de 2002.

En el caso que nos ocupa, es evidente que el INCODER ha vulnerado el deber antes descrito, por cuanto ni siquiera ha examinado si la excepción de inconstitucionalidad es aplicable al caso de las Islas del Rosario. En concepto de los tutelantes, la aplicación del Código Fiscal de 1912 al caso de las Islas del Rosario entraña un desconocimiento de sus derechos fundamentales de petición (art. 23 C.P.), al debido proceso (art. 29 C.P.), a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.), a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), a la integridad cultural y social (arts. 2, 7 y 55T C.P.), a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) y a la autonomía de las comunidades culturales (arts. 2, 7 y 55T C.P.) Sin embargo, como lo demuestran los hechos narrados en esta tutela, persistentemente el INCODER ha hecho caso omiso de la alegación de estos derechos constitucionales por parte de los accionantes, limitándose simplemente a invocar una norma legal de inferior jerarquía a los mismos. Al hacerlo, el INCODER ha vulnerado flagrantemente el deber de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando la misma sea procedente, que implica como primera medida el deber de las autoridades estatales de examinar si están frente a un caso en el cual una norma de inferior jerarquía contraviene la Constitución.

La violación de este deber resulta particularmente evidente si se tiene en cuenta que la norma invocada por el INCODER fue expedida casi un siglo antes de la promulgación de la Constitución de 1991. Como tal, es claro que la misma puede desconocer preceptos constitucionales que no estaban vigentes al momento de su expedición, tales como los derechos culturales especiales de las comunidades étnicas. Ante una norma como ésta, el deber de examinar si la misma contradice la Constitución se torna particularmente nítido, porque es muy posible que la norma no se adecue al texto constitucional posterior, lo cual hace necesario que el funcionario público encargado de aplicarla analice antes que nada si la misma es o no inconstitucional. En el caso que nos ocupa, el INCODER no se tomó el trabajo de hacerlo, pues simplemente invocó el Código Fiscal de 1912, sin considerar si el mismo se ajusta o no a la Constitución.

Por consiguiente, es posible concluir que las omisiones y acciones del INCODER no sólo han violado los derechos de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de sus integrantes, sino que, al hacerlo, también ha vulnerado su deber constitucional de aplicar la excepción de inconstitucionalidad que exige a todo funcionario público analizar si la misma resulta procedente en un caso concreto.

V. PRETENSIONES

En virtud de los hechos y argumentos contenidos en la presente acción de tutela, en nombre de nuestros apoderados, respetuosamente solicitamos a este Honorable Despacho que tutele los derechos fundamentales de la comunidad negra de las Islas del Rosario y de Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez de petición (art. 23 C.P.), al debido

proceso (art. 29 C.P.) y a la integridad social y cultural de las comunidades étnicas (art. 2, 7 y 55T C.P.), así como los derechos fundamentales de la comunidad negra de las Islas del Rosario a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P), a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), a la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P) y a la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.) de las comunidades étnicas y que, en consecuencia, acceda las siguientes pretensiones:

PRIMERA. Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA –INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL (INCODER) que tramite la solicitud de titulación colectiva presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006, de conformidad con los términos y procedimientos previstos en la ley 70 de 1993 y decreto 1745 de 1995.

SEGUNDA. Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA –INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL (INCODER) que, de conformidad con lo anterior, dé una respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006, respuesta que debe resolver, a través de un ejercicio de ponderación, la tensión existente entre el carácter de bienes baldíos reservados de los predios que conforman el archipiélago de las Islas del Rosario, por un lado, y los derechos fundamentales de la comunidad negra y de sus integrantes, por otro lado.

TERCERA. Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA –INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL (INCODER) que retrotraiga todas las transacciones jurídicas efectuadas sobre los predios que conforman el archipiélago de las Islas del Rosario desde febrero de 2006, incluyendo contratos de arrendamiento, usufructo y manejo o control, así como desalojos de la población nativa de las Islas del Rosario, transacciones que no podrán realizarse hasta tanto el INCODER resuelva de fondo la solicitud de titulación colectiva de dichas tierras presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006.

CUARTA. Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA –INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL (INCODER) que suspenda todas las transacciones jurídicas que actualmente están siendo realizadas sobre los predios que conforman el archipiélago de las Islas del Rosario, incluyendo contratos de arrendamiento, usufructo y manejo o control, así como desalojos de la población nativa de las Islas del Rosario, transacciones que no podrán realizarse hasta tanto el INCODER resuelva de fondo la solicitud de titulación colectiva de dichas tierras presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006.

QUINTA. Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA –INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL (INCODER) que no realice ninguna transacción jurídica sobre los predios que conforman el archipiélago de las Islas del Rosario, incluyendo contratos de arrendamiento, usufructo y manejo o control, así como desalojos de la población nativa de las Islas del Rosario, hasta tanto el INCODER resuelva de fondo la solicitud de titulación colectiva de dichas tierras presentada por el Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006.

VI. PRUEBAS

Como anexo a la presente acción de tutela, se aportan al despacho del Honorable Tribunal las siguientes pruebas documentales:

1. Documento de inscripción y registro del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Islas del Rosario Caserío Orika, expedido por la Secretaría de Participación y Desarrollo Social de la Alcaldía Mayor de Cartagena el 21 de febrero de 2005 (Anexo 6).
2. Solicitud de titulación colectiva del globo de terreno ocupado ancestralmente por la comunidad negra de las Islas del Rosario, presentada por el señor Ever de la Rosa, representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006 (Anexo 7).
3. Derecho de petición presentado el 5 de septiembre de 2006 por el representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario ante el Gerente Regional del INCODER en Cartagena de Indias pidiendo que se respondiera la solicitud de titulación colectiva (Anexo 8).
4. Escrito enviado el 5 de septiembre de 2006 por el representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario al Procurador General de la Nación, informándole que el INCODER no había respondido a su solicitud 7 meses después de su radicación (Anexo 9).
5. Oficio No. 145002 de 20 de septiembre de 2006, firmado por el doctor Rodolfo Campo Soto, para la fecha Gerente General del INCODER, mediante el cual se dio respuesta al derecho de petición del 5 de septiembre de 2006 (Anexo 10).
6. Oficio No. 20062163328 de 5 de diciembre de 2006, firmado por el doctor Héctor Cárdenas Garzón, Coordinador (E) del Grupo de Asuntos Étnicos del INCODER, dirigido al representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario (Anexo 11).
7. Derecho de petición presentado en enero de 2007 por el representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario ante el

INCODER, solicitando aclaración sobre la naturaleza y el alcance de los oficios No. 145002 de 20 de septiembre de 2006 y 20062163328 de 5 de diciembre de 2006 (Anexo12).

8. Oficio No. 07-1841-DET-1000 de 29 de enero de 2007, proveniente de la Subdirección de Comunidades Negras, Minorías Étnicas y Culturales del Ministerio del Interior y de Justicia, dirigido al representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario (Anexo 13).
9. Oficio No. 2230 de 1º de marzo de 2007, mediante el cual el INCODER respondió al derecho de petición formulado por el representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en enero de 2007 (Anexo 14).
10. Modelo de contrato de usufructo, propuesto en varias oportunidades por funcionarios del INCODER y del Ministerio de Agricultura a los miembros de la comunidad negra individualmente considerados (Anexo 15).
11. Escrito de oposición a la diligencia de desalojo que el INCODER Cartagena pretendió llevar a cabo el 11 de septiembre de 2007 en el predio Caño Ratón, firmado por Jaison Vallecillas, esposo de la señora Zuleima Caraballo (Anexo 16).

Adicionalmente, de manera respetuosa solicitamos al Honorable Tribunal dar traslado de la presente acción de tutela al INCODER, solicitando a dicha entidad lo siguiente, a manera de pruebas del proceso:

1. Que dé cuenta de las razones que justifican la declaratoria de las tierras insulares como baldíos de reserva de la Nación.
2. Que explique si esas razones han sido tenidas en cuenta en su decisión de abstenerse de tramitar y dar respuesta de fondo a la solicitud de titulación colectiva elevada por la comunidad negra de las Islas del Rosario a través de su Consejo Comunitario.
3. Que justifique por qué, en su concepto, esas razones prevalecen sobre los derechos constitucionales de los accionantes.
4. Que justifique por qué esas razones impiden la posibilidad de titular colectivamente las Islas del Rosario a favor de la comunidad negra que allí habita, pero no son óbice para que dichas tierras sean arrendadas, usufructuadas y dadas en concesión

VII.

ANEXOS

1. Poder concedido a los abogados que presentan la siguiente acción por el representante legal del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de las Islas del Rosario.
2. Acta de la reunión del Consejo Comunitario en el cual éste autorizó al representante legal para conceder el anterior poder
3. Poder concedido a los abogados que presentan la siguiente acción por la señora Ana Rosa Martínez
4. Poder concedido a los abogados que presentan la siguiente acción por la señora Zuleima Caraballo
5. Poder concedido a los abogados que presentan la siguiente acción de tutela por el señor Filiberto Camargo.
6. Documento de inscripción y registro del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Islas del Rosario Caserío Orika, expedido por la Secretaría de Participación y Desarrollo Social de la Alcaldía Mayor de Cartagena el 21 de febrero de 2005.
7. Solicitud de titulación colectiva del globo de terreno ocupado ancestralmente por la comunidad negra de las Islas del Rosario, presentada por el señor Ever de la Rosa, representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en febrero de 2006.
8. Derecho de petición presentado el 5 de septiembre de 2006 por el representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario ante el Gerente Regional del INCODER en Cartagena de Indias pidiendo que se respondiera la solicitud de titulación colectiva.
9. Escrito enviado el 5 de septiembre de 2006 por el representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario al Procurador General de la Nación, informándole que el INCODER no había respondido a su solicitud 7 meses después de su radicación.
10. Oficio No. 145002 de 20 de septiembre de 2006, firmado por el doctor Rodolfo Campo Soto, para la fecha Gerente General del INCODER, mediante el cual se dio respuesta al derecho de petición del 5 de septiembre de 2006.
11. Oficio No. 20062163328 de 5 de diciembre de 2006, firmado por el doctor Héctor Cárdenas Garzón, Coordinador (E) del Grupo de Asuntos Étnicos del INCODER, dirigido al representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario.
12. Derecho de petición presentado en enero de 2007 por el representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario ante el INCODER, solicitando aclaración sobre la naturaleza y el alcance de los oficios No. 145002 de 20 de septiembre de 2006 y 20062163328 de 5 de diciembre de 2006.
13. Oficio No. 07-1841-DET-1000 de 29 de enero de 2007, proveniente de la Subdirección de Comunidades Negras, Minorías Étnicas y Culturales del

Ministerio del Interior y de Justicia, dirigido al representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario.

14. Oficio No. 2230 de 1º de marzo de 2007, mediante el cual el INCODER respondió al derecho de petición formulado por el representante legal del Consejo Comunitario de la comunidad negra de las Islas del Rosario en enero de 2007.
15. Modelo de contrato de usufructo, propuesto en varias oportunidades por funcionarios del INCODER y del Ministerio de Agricultura a los miembros de la comunidad negra individualmente considerados.
16. Escrito de oposición a la diligencia de desalojo que el INCODER Cartagena pretendió llevar a cabo el 11 de septiembre de 2007 en el predio Caño Ratón, firmado por Jaison Vallecillas, esposo de la señora Zuleima Caraballo.

VIII. JURAMENTO

Señores Magistrados, bajo la gravedad de juramento manifestamos, en nombre de nuestros representados y apoderados, que por este medio nos ratificamos en todo lo que queda expresado en la presente petición y, además, en cumplimiento del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, expresamos que esta misma petición no ha sido elevada ante otras instancias judiciales.

IX. NOTIFICACIONES

Recibiremos notificaciones en:

Maria Paula Saffon Sanín y Rodrigo Uprimny Yepes:

Dirección: Cra 4A No. 67-30 (piso 2), Bogotá
Teléfonos: 2119617, 5455908

Daniel Bonilla Maldonado:

Dirección: Calle 19 N° 1-46
Teléfonos: 3394949 ext. 3604 o 2365

Del Honorable Tribunal,

MARIA PAULA SAFFON SANÍN
Investigadora
Centro de Estudios DeJuSticia
c.c. 79.146.539 de Usaquén
T.P. 151316

RODRIGO UPRIMNY YEPES
Director
Centro de Estudios DeJuSticia
c.c. 52.862.641 de Bogotá
T.P. 46043

DANIEL BONILLA MALDONADO
Director
Grupo de Derecho de Interés Público
Universidad de los Andes
c.c. 79490915 de Bogotá
T.P. 148359