

Sentencia T-396/14

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Término razonable debe valorarse en cada caso concreto

La jurisprudencia de esta corporación ha sostenido reiteradamente que en todos los casos es necesario demostrar que la acción de tutela se interpuso dentro de un término oportuno, justo y razonable. Al mismo tiempo ha señalado -ya que no es un parámetro absoluto- que la definición del cumplimiento de dichos requisitos corresponde al juez constitucional en cada evento. Ante todo, la Corte ha precisado que ese concepto está atado a la eficacia del mecanismo reforzado de protección de los derechos fundamentales. De acuerdo a la jurisprudencia, la tutela procede cuando se utiliza con el fin de prevenir un daño inminente o de hacer cesar un perjuicio que se está causando al momento de interponer la acción. Ello implica que es deber del accionante evitar que pase un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado desde que se presentó la actuación u omisión que causa la amenaza o vulneración de las garantías constitucionales. El incumplimiento de la obligación ha llevado a que se concluya la improcedencia de la acción, impidiendo la protección de los derechos invocados.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Relevancia constitucional del requisito general de subsidiariedad para su procedencia excepcional

El principio de subsidiariedad de la acción de tutela envuelve tres eventos importantes que llevan a su improcedencia contra providencias judiciales, a saber: (i) cuando el asunto está en trámite; (ii) en el evento en que no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y (iii) si se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia cuando el proceso se encuentra

en trámite

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial como requisito general de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia para revivir términos y etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico

Es reiterativa la posición de la Corte en cuanto a la improcedencia de la tutela cuando en desarrollo de un proceso judicial las partes pudieron valerse de los recursos judiciales ordinarios pero estos no fueron empleados oportunamente, ya que no puede constituirse en la vía para discutir situaciones jurídicas consolidadas que adquirieron firmeza por la caducidad de los recursos y acciones que no fueron utilizados oportunamente por los interesados. Entonces, por vía de tutela, no es viable revivir términos de caducidad agotados, en la medida que se convertiría en un mecanismo que atentaría contra el principio de seguridad jurídica y se desnaturalizaría el propósito mismo de la acción constitucional de protección de los derechos fundamentales. Es necesario que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales haya agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto. Esta exigencia responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador. Menos aún, que resulte ser un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas en los procesos jurisdiccionales ordinarios.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-
Características

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES PROFERIDAS EN EL CURSO DE UNA ACCION POPULAR-Improcedencia por incumplimiento del requisito de inmediatez y de subsidiariedad de comunidad indígena que alega vulneración del derecho a la consulta previa para cierre de vía vehicular al interior del parque arqueológico San Agustín

PATRIMONIO ARQUEOLOGICO SAN AGUSTIN-Protección por autoridades para impedir de

manera definitiva el tránsito vehicular de comunidad indígena al interior del Parque Arqueológico San Agustín, de acuerdo con órdenes dadas en acción popular

Referencia: expediente T-4237949

Acción de tutela interpuesta por Javier Orlando Emen[1] Quinayas como representante legal del resguardo Yanakuna San Agustín-Huila, contra el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Cuarta de Decisión de Oralidad.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio dos mil catorce (2014)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Andrés Mutis Vanegas (E), Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, y 33 y concordantes del Decreto ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA:

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por Javier Orlando Emen Quinayas como representante legal del resguardo Yanakuna San Agustín-Huila, contra el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Cuarta de Decisión de Oralidad.

I. Antecedentes

El líder indígena Emen Quinayas, a través de apoderada judicial, interpuso acción de tutela en representación del resguardo Yanakuna San Agustín por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la consulta previa y a la participación, autonomía e integridad étnica, así como el derecho colectivo al territorio indígena. Para el efecto narró los siguientes

1. Hechos:

1.1. Precisa que el pueblo indígena Yanakuna, resguardo San Agustín, fue reconocido a través de la Resolución 031 de 2001 expedida por el Incora.

1.2. Refiere que mediante comunicación WHC/74/2008.2/NS7MGL/55 dirigida al Estado colombiano en agosto de 2007, la Unesco informó que en la sesión XXXI del Comité del Patrimonio Mundial, celebrada en junio de 2007, se abordó la problemática referida a la construcción y puesta en funcionamiento de una vía vehicular en el parque arqueológico de San Agustín. Indica que en ese oficio se recomendó implementar las recomendaciones efectuadas por la “misión de vigilancia reactiva” y especialmente cuatro actividades establecidas en el numeral 3. De estas resalta la siguiente:

“d).- Cerrar la carretera construida y prohibir el tráfico vehicular, desarrollando un sendero peatonal interpretativo para comunicar el asentamiento indígena y promocionar su visita, e invita al Estado parte a presentar opciones alternas para mejorar el sistema de vías para las comunidades locales;”

1.3. Relata que en el 2010 la Defensoría del Pueblo entabló acción popular contra varias entidades públicas y el resguardo indígena Yanakuna, en defensa del patrimonio cultural que estimaba vulnerado por el funcionamiento de la vía vehicular al interior del parque arqueológico San Agustín, solicitando que se impidiera el tránsito automotor por ese lugar.

1.4. Precisa que el 30 de agosto de 2012 el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Cuarta de Decisión, amparó el derecho colectivo referido y ordenó a la comunidad indígena que “se abstenga de transitar por la vía que comunica la carretera central con el sector La estación del parque arqueológico de San Agustín, en vehículos automotores, motocicletas, bicicletas y demás elementos de tracción animal (Zorras y otros) y que se respeten las señales que se instalaran (sic) indicando su cierre”. En el fallo se incluyeron las recomendaciones de la Unesco y se fijaron obligaciones al Icanh, al Ministerio de Cultura, el departamento del Huila y el municipio de San Agustín.

1.5. Indica que no comprende por qué en la sentencia referida se afirmó que el derecho a la consulta previa solamente opera sobre políticas públicas de carácter general y que, por

tanto, no puede ser aplicado sobre actos administrativos de carácter particular, máxime cuando allí se ordenó la construcción de un sendero peatonal que afecta al pueblo indígena directamente, “pues el territorio que pretende comunicar y promocionar su visita es el espacio, donde se ubica la Yashay Wassi o casa del saber (llamada también maloka) y su escuela indígena”.

1.7. Enfatiza que el territorio referido es muy importante para el resguardo y que por tanto, la decisión de construir un sendero peatonal vulnera los derechos de los pueblos indígenas.

2. Pretensión.

Como consecuencia de lo anterior, el líder indígena solicita la protección de los derechos fundamentales y colectivos del resguardo, para lo cual requiere que se revoque la sentencia dictada el 30 de agosto de 2012 por el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Cuarta de Decisión.

3. Causales generales y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales invocadas por el actor

Luego de referir los derechos fundamentales de los que son titulares los pueblos indígenas, el señor Emen Quinayas desarrolló los fundamentos aplicables a la acción de tutela contra providencias judiciales, especialmente por el desconocimiento del precedente, así como la importancia de la consulta previa.

Posteriormente estimó que el caso cumple con los requisitos generales de procedibilidad, particularmente afirmó que la comunidad no interpuso el recurso de apelación contra el sentencia censurada porque “no contaba el acompañamiento de una defensa técnica, por falta de recursos económicos”. Más adelante explicó que la orden judicial constituye un perjuicio irremediable porque la intervención sobre su territorio “se realizaría hacia su centro espiritual y su lugar de reunión”, y derivó que el único medio idóneo para la defensa de sus derechos es la tutela. Argumentó que también cumple con el requisito de inmediatez teniendo en cuenta que el amparo no es interpuesto por un “ciudadano común”, y por último afirmó que la acción constitucional no se interpone contra otra acción de tutela.

En lo que se refiere a los criterios específicos de procedibilidad evidenció que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila desconoció el precedente que da alcance al derecho fundamental a la consulta previa, el cual no la limita solamente a las políticas públicas de carácter general.

4. Pruebas.

En el trámite de la acción de tutela fueron aportados los siguientes documentos:

- Fotocopia de la sentencia dictada por la Sala Cuarta de Decisión en la Oralidad del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, el 30 de agosto de 2012, dentro de la acción popular interpuesta por la Defensoría Regional del Pueblo contra la Nación, el Ministerio de Cultura y otros (folios 50 a 71).
- Fotocopia de la demanda de acción popular interpuesta por el apoderado de la Defensoría Regional del Pueblo (folios 146 a 150).
- Fotocopia de la contestación de la demanda de acción popular efectuada por el apoderado del Instituto Colombiano de Antropología e Historia -Icanh- (folios 151 a 159).
- Fotocopia del recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Icanh respecto de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Cuarta de Decisión, dentro de la acción popular interpuesta por la Defensoría del Pueblo (folios 160 a 163).
- Fotocopia del acta de la reunión sostenida para dar cumplimiento a la sentencia de acción popular, adelantada mediante video conferencia efectuada el 8 de febrero de 2013, así como de varios oficios remitidos al Tribunal Administrativo del Huila con el mismo objetivo (folios 164 a 186).
- Fotocopias del expediente policivo, la acción penal y las acciones administrativas adelantadas por el municipio de San Agustín en razón al cumplimiento de la acción popular (4 folios y cuatro cuadernos del folio 1 a 348, 349 a 616 y 617 al 669 y otro con 81 folios).

5. Trámite en primera instancia y respuestas de las entidades vinculadas.

5.1. Mediante auto del 9 de septiembre de 2013 la Sección Quinta de la Sala de lo

Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió la solicitud de amparo y procedió a ordenar la notificación a las entidades accionadas. De la misma forma, decidió vincular como tercero interesado a la Defensoría Regional del Pueblo del departamento del Huila.

Las respuestas a la demanda se adjuntaron en el siguiente orden:

5.3. A través del coordinador del grupo de defensa judicial, el Ministerio de Cultura se opuso a la pretensión de la acción de tutela. Observó que la sentencia analizó todos los aspectos de la controversia y se ajustó al sistema constitucional y jurídico colombiano. Advirtió que la providencia protege un bien de interés cultural para Colombia y la humanidad, consideró que la decisión también resguarda a los grupos indígenas que habitan en la zona, quienes fueron vinculados al procedimiento, y anotó que el actor no presentó el recurso de apelación correspondiente. Agregó que la comunidad ha presentado varias acciones de tutela por la misma causa y precisó que este amparo no cumple con el requisito de inmediatez.

5.4. La apoderada judicial del Instituto colombiano de Antropología e Historia -Icanh- precisó algunos de los hechos expuestos en la demanda, de la siguiente manera: señaló que la acción popular fue tramitada en debida forma, que la sentencia se encuentra ejecutoriada y que el resguardo Yanacona no presentó el recurso de apelación correspondiente. En cuanto al cumplimiento de ese fallo, observó que se han presentado múltiples inconvenientes lo que, sin embargo, no ha impedido que se hagan concertaciones con la comunidad. Señaló que la construcción del sendero peatonal se encuentra suspendida por la oposición de los indígenas y a la espera de que la vía terciaria sea adecuada por parte del municipio de San Agustín.

Asimismo, la funcionaria señaló que la sentencia de acción popular no vulnera el territorio indígena atendiendo que el sendero que fue cerrado se encuentra dentro del parque arqueológico San Agustín, de propiedad de la Nación, y que la comunidad demandante cuenta con otra vía de acceso vehicular.

5.5. El Gobernador del departamento del Huila consideró que la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo no contiene defecto alguno. Indicó que desde el inicio de la acción popular se opuso a sus pretensiones porque no son competencia de esa entidad territorial.

5.6. El alcalde del municipio de San Agustín se opuso a la pretensión de la acción de tutela e informó que el sendero peatonal ordenado en la sentencia de la acción popular no ha podido construirse debido a la “férrea oposición” de la comunidad indígena accionante y de algunos habitantes de la vereda Nueva Zelanda. Consideró que el fallo censurado protege derechos colectivos superiores y calificó que el “simple capricho” del resguardo no ha permitido su cumplimiento, sobre todo porque no se está impidiendo el ingreso a la Maloka, ya que existen dos entradas por vía carretable. Aclaró que el sendero peatonal no hace parte del resguardo Yanakuna, sino que está incluido en el parque arqueológico San Agustín, declarado patrimonio histórico de la humanidad por la Unesco en 1995.

Relató que las diferentes actividades dispuestas por el fallo fueron cumplidas pero que la comunidad ha acudido a las vías de hecho y a la violencia para impedir la protección del sendero, lo que llevó, incluso, a interponer una acción de carácter penal. De ese texto vale la pena resaltar lo siguiente: “Posteriormente el día 22 de mayo de 2013, se realizó el cierre definitivo del camino, donde los funcionarios y el personal de la Policía Nacional fueron atacados con botellas con gasolina, artefactos explosivos improvisados con metrallas, piedras y llantas quemadas, de acuerdo a lo registrado en el acta de la diligencia.” Agregó que ya fue aprobado el proyecto para intervenir y mejorar la vía de acceso al resguardo Yanacona, designándose como ejecutor al departamento del Huila.

6. Sentencia de instancia única.

Mediante providencia del 4 de diciembre de 2013 la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró la improcedencia de la acción de tutela presentada por el líder indígena Emen Quinayas. En primer lugar relacionó los criterios generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, unificados en la sentencia del 31 de julio de 2012. Con base en estos, determinó que la comunidad tardó diez meses en interponer el amparo, sin que exista una justificación atendible para ello. Agregó que el requisito de subsidiariedad también es desconocido ya que no se presentó el recurso de apelación contra el fallo de la acción popular.

7. Actuaciones desplegadas con motivo del trámite de revisión

La acción de tutela interpuesta por el señor Emen Quinayas fue seleccionada y repartida a través del Auto del 25 de febrero de 2014, el cual fue notificado por medio del estado

número 3 del 25 de marzo del mismo año.

Posteriormente y previo a dictarse fallo, la jefe de la oficina jurídica del Icanh remitió escrito en el que reitera sus argumentos y allega más pruebas para ser valoradas por la Sala de Revisión (53 folios y un CD).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto ley 2591 de 1991.

2. Planteamiento de la acción y problema jurídico.

Lo descrito lleva a que esta Sala de Revisión se plantee los siguientes problemas jurídicos: ¿el amparo de derechos fundamentales presentado por el líder del resguardo Yanakuna cumple con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales?; si es así deberá definir si ¿la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo desconoce el derecho fundamental a la consulta previa?

Para dar respuesta a esas cuestiones la Sala reiterará los criterios jurisprudenciales de procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales y definirá los elementos y el alcance del derecho fundamental a la consulta previa.

3. Criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia[2].

3.1. Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y los primeros pronunciamientos de esta Corporación[3], se ha señalado que la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales. Ello tiene fundamento en el artículo 86 superior, el cual establece que mediante dicho instrumento podrá reclamarse la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten amenazados o vulnerados por “cualquier autoridad pública”.

Al abordar lo concerniente a quiénes constituyen autoridad pública, este Tribunal ha manifestado que del contenido del artículo 86 constitucional se desprende que son “todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen y afecten a los particulares”[4]. De igual modo, en las sentencias T-006 de 1992[5] y C-590 de 2005[6] se trajeron a colación los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, de los cuales pueden extraerse los fundamentos que llevaron a acoger la procedencia del recurso de amparo contra “cualquier autoridad pública” y de esa manera contra providencias judiciales.

3.2. La sentencia C-543 de 1992 no fue ajena a la jurisprudencia constitucional que le antecedió, toda vez que si bien en tal determinación se declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991, que contemplaban la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, esta Corporación luego de enfatizar que los jueces son “autoridades públicas”, registró claramente que:

“Nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo, que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe contra los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual si está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia” [subrayas al margen del texto original].

Lo anterior significa que la citada sentencia terminó excluyendo del ordenamiento jurídico colombiano la normatividad que hacía procedente la acción de tutela contra providencias judiciales como regla general, permitiendo su procedencia solo de manera excepcional como hasta hoy ha insistido la Corte Constitucional.

Ello se comprueba notoriamente con las numerosas sentencias de revisión y unificación de

tutela que reiteran la procedencia extraordinaria del amparo frente a decisiones judiciales, que han llevado con el paso del tiempo, más de 21 años, a construir una sólida línea jurisprudencial en cuanto a los supuestos de procedibilidad de la acción, que vienen a constituir el reflejo de las distintas situaciones que enfrenta la comunidad respecto de la efectividad de sus derechos fundamentales, como el debido proceso[7].

3.3. En consecuencia, la tutela solamente resulta viable contra providencias judiciales si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad: unos, como de carácter general que habilitan la presentación de la acción y, otros, de carácter específico que conciernen a la procedencia del amparo una vez interpuesta.

3.4. Siguiendo la exposición hecha en la sentencia C-590 de 2005, el juez de tutela, al estudiar la procedencia de la acción, debe constatar que se cumplen los siguientes requisitos formales: (i) que el asunto sometido a estudio tenga relevancia constitucional[8]; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela[9]; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad[10]; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que esta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible[11]; y (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela[12].

3.5. Además de los requisitos generales mencionados, para que proceda el amparo contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, se requiere que se presente, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos: orgánico[13], sustantivo[14], procedimental[15] o fáctico[16]; error inducido[17], decisión sin motivación[18], desconocimiento del precedente constitucional[19] y violación directa a la constitución[20].

3.6. En este orden de ideas, los criterios esbozados constituyen un catálogo a partir del cual es posible comprender y justificar a la luz de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la procedencia excepcional de la acción de tutela

contra providencias judiciales.

3.7. Partiendo de la exposición y teniendo en cuenta el contexto del asunto que ocupa la atención de esta Sala de Revisión, en el siguiente acápite se desarrollará lo concerniente a los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, los cuales constituyen dos de los ejes “generales” a partir de los cuales se determina la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

4. El principio de inmediatez. Reiteración de jurisprudencia[21].

La jurisprudencia de esta corporación ha sostenido reiteradamente que en todos los casos es necesario demostrar que la acción de tutela se interpuso dentro de un término oportuno, justo y razonable[22]. Al mismo tiempo ha señalado –ya que no es un parámetro absoluto- que la definición del cumplimiento de dichos requisitos corresponde al juez constitucional en cada evento. Este requisito de procedibilidad está concebido en la misma Carta Política, la cual en su artículo 86 preceptúa lo siguiente:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.”

Ante todo, la Corte ha precisado que ese concepto está atado a la eficacia del mecanismo reforzado de protección de los derechos fundamentales. De acuerdo a la jurisprudencia, la tutela procede cuando se utiliza con el fin de prevenir un daño inminente o de hacer cesar un perjuicio que se está causando al momento de interponer la acción. Ello implica que es deber del accionante evitar que pase un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado desde que se presentó la actuación u omisión que causa la amenaza o vulneración de las garantías constitucionales. El incumplimiento de la obligación ha llevado a que se concluya la improcedencia de la acción, impidiendo la protección de los derechos invocados.

Para establecer la razonabilidad del tiempo transcurrido entre el desconocimiento de la atribución fundamental y el reclamo ante el juez constitucional, la jurisprudencia ha establecido un conjunto de pasos o espacios de justificación. Al respecto, la sentencia T-743 de 2008 precisó lo siguiente:

“La Corte Constitucional ha establecido algunos de los factores que deben ser tenidos en cuenta para determinar la razonabilidad del lapso: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado;[23] (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.[24]

A partir del desarrollo de las nociones mencionadas, el juez de tutela puede hallar la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el accionante y el fin perseguido, para de esta manera determinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental reclamado.

Además de lo anterior, la jurisprudencia también ha destacado que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias claramente identificables[25]: la primera de ellas, cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo[26] y, en segundo lugar, cuando se pueda establecer que “... la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”[27].

Así, en conclusión, es evidente que la naturaleza de algunos derechos fundamentales conlleva a que su goce efectivo implique el acaecimiento de varios actos sucesivos y/o complementarios. Esto obliga, en paralelo, a que el análisis de procedibilidad de la acción de tutela deba ir atado al reconocimiento de cada una de esas etapas. En estos términos, el límite incontestable para interponer la solicitud de protección no es el transcurso de un periodo de tiempo determinado, sino el acaecimiento del fenómeno de la carencia actual de objeto[28]. La sentencia T-883 de 2009 advirtió que para que el amparo sea procedente, no obstante haber transcurrido un tiempo prolongado desde la ocurrencia del acto lesivo, se requiere que la afectación de derechos fundamentales que se pretende remediar sea actual[29].

5. El principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

El inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política[30] y el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991[31], revisten a la acción de tutela de un carácter subsidiario por cuanto solo es procedente cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Vale señalar que los medios de defensa judiciales deben ser valorados en cuanto a su idoneidad y eficacia, respecto a las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

En igual sentido, la Sala Plena en la sentencia SU-026 de 2012, señaló lo siguiente: “Es necesario resaltar que la acción de tutela no es, en principio, el instrumento judicial adecuado para solicitar la protección de los derechos que eventualmente sean lesionados en el trámite de un proceso judicial, pues el ordenamiento jurídico ha diseñado para este efecto la estructura de órganos de la rama judicial, estableciendo un modelo jerárquico cuyo movimiento se activa a partir de la utilización de una serie de mecanismos judiciales que buscan garantizar la corrección de las providencias judiciales”. Por otra parte, en la sentencia SU-424 de 2012 se destacó: “(...) a la acción de tutela no puede admitírsele, bajo ningún motivo, como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten[32]”.

Hechas las anteriores precisiones es dable establecer que el principio de subsidiariedad de la acción de tutela envuelve tres eventos importantes que llevan a su improcedencia contra providencias judiciales, a saber: (i) cuando el asunto está en trámite; (ii) en el evento en que no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y (iii) si se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico. En tal sentido se desarrollará cada uno de ellos.

5.1. Improcedencia de la acción de tutela contra providencia judicial cuando el proceso aún se encuentra en trámite.

La Corte Constitucional ha señalado que el requisito de subsidiariedad cuando se atacan decisiones judiciales, se puede presentar en dos escenarios: (i) cuando el proceso ha

concluido; o (ii) se encuentra en curso. En el segundo de los escenarios, la intervención del juez constitucional está vedada en principio, toda vez que la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario. Sobre el particular en la sentencia T-113 de 2013 se consignó:

“En efecto, al estudiar el requisito de subsidiariedad en estos casos se pueden presentar dos escenarios: i) que el proceso haya concluido[33]; o ii) que el proceso judicial se encuentre en curso[34]. Lo anterior constituye un factor para diferenciar el papel del juez constitucional en cada caso, de una parte, si se enfrenta a la revisión de la actuación judicial de un proceso concluido deberá asegurarse que la acción de amparo no se está utilizando para revivir oportunidades procesales vencidas, que se agotaron todos los recursos previstos por el proceso judicial para cuestionar las decisiones impugnadas y que no se emplea la acción de amparo como una instancia adicional. De otra parte, si el proceso se encuentra en curso la intervención del juez constitucional está en principio vedada, pues como se sabe la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo pero puede resultar necesaria para evitar un perjuicio irremediable que comprometa la vulneración de derechos fundamentales.”

En tal sentido, la Corte ha sido enfática al considerar que la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo en la resolución de conflictos, por lo que no es dable la intromisión de la jurisdicción constitucional en la órbita propia de la justicia ordinaria sino cuando se presentan unas especialísimas circunstancias que hacen procedente el amparo[35]. Es así como esta Corporación ha precisado algunas razones que resaltan la importancia del estudio del requisito de subsidiariedad a fin de determinar la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales[36], dentro de las que se destaca el respeto por el debido proceso propio de cada actuación judicial. En concreto se indicó:

“Las etapas, recursos y procedimientos que conforman un proceso, son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías del debido proceso. Es en este sentido que la sentencia C-543/92 puntualiza que: ‘tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes’. Por tanto, no es admisible que el afectado alegue la vulneración o amenaza de un

derecho fundamental cuando no ha solicitado el amparo de sus derechos dentro del proceso, pues, en principio, el ordenamiento jurídico le ha dotado de todas las herramientas necesarias para corregir durante su trámite las irregularidades procesales que puedan afectarle.”

Teniendo en cuenta que la subsidiariedad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través del amparo constitucional, la Corte ha indicado que los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias y solo en casos excepcionales a través de la acción de tutela.

5.2. Improcedencia de la acción de tutela contra providencia judicial cuando no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios.

Como se indicó en la sentencia C-590 de 2005, constituye “un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última”. En consecuencia, no resulta procedente la acción de tutela contra providencias judiciales cuando el actor no ha utilizado o agotado todos los medios ordinarios o extraordinarios de defensa judiciales que el ordenamiento jurídico le ha otorgado para la protección de sus derechos fundamentales.

Es así como el agotamiento de los mecanismos ordinarios de defensa judicial constituye un requisito ineludible para la procedencia de la acción de tutela, salvo que por razones extraordinarias, el juez constitucional compruebe que los otros medios judiciales no son eficaces para la protección de las garantías invocadas. En la sentencia T-161 de 2005, esta Corporación enfatizó que:

“la tutela no fue creada para sustituir los mecanismos de defensa ordinarios. Para el Tribunal, la acción del artículo 86 de la Carta tiene carácter excepcional en la medida en que únicamente responde a las deficiencias de los medios de defensa judiciales, sin

desplazarlos ni sustituirlos. De allí que la Corte haya afirmado que dicha acción constituye un instrumento democrático con que cuentan los ciudadanos para reclamar ante los jueces dicha protección de sus derechos constitucionales, pero de la cual, en razón a su excepcionalidad, no puede abusarse ni hacerse uso cuando existan otros medios judiciales idóneos para la definición del conflicto asignado a los jueces ordinarios con el propósito reiterado de obtener, entre otras consideraciones, un pronunciamiento más ágil y expedito.”

Entonces, con miras a obtener la protección de sus garantías, los ciudadanos están obligados a acudir de manera preferente a los mecanismos ordinarios y extraordinarios, cuando ellos se presenten como conducentes para conferir una eficaz protección constitucional[37], y solo en caso de que dichos mecanismos carezcan de idoneidad o eficacia, es que procedería la acción de tutela para su protección.

Esta exigencia pretende asegurar que la acción de tutela no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador[38].

Igualmente, en reciente pronunciamiento, este tribunal constitucional reiteró esta posición y confirmó que siempre que existan recursos ordinarios o extraordinarios para alcanzar la validez de los derechos fundamentales, se debe acudir a ellos de manera preferente, a fin de que la acción de tutela no sea considerada como una instancia adicional, ni llegue a reemplazar aquellos previstos por el proceso ordinario. En la sentencia T-746 de 2013 se expuso:

“En este sentido, la subsidiariedad y la excepcionalidad de la acción de tutela, permiten reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, se debe acudir a ellos preferentemente, siempre que sean conducentes para conferir una eficaz protección constitucional de los derechos fundamentales de los individuos. Razón por la cual, quien invoca la transgresión de sus derechos fundamentales por esta vía, debe agotar los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto.[39] Esta exigencia pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que

reemplace aquellos diseñados por el legislador[40].”

Es así como en diferentes oportunidades esta Corporación ha declarado la improcedencia del amparo al verificar que no se agotaron todos los recursos ordinarios y extraordinarios antes de acudir a la acción de tutela. Al respecto se pueden constatar las siguientes decisiones:

En la sentencia SU-858 de 2001, la Corte Constitucional estudió el caso del Exsenador Édgar José Perea Arias en contra de la Sala Plena del Consejo de Estado, que mediante providencia de 18 de julio de 2000 decidió decretar la pérdida de su investidura[41]. En esa oportunidad encontró este tribunal constitucional que el accionante aún contaba con la posibilidad de acudir al recurso extraordinario especial de revisión (art. 17 de la Ley 144 de 1994).

En la sentencia SU-1299 de 2001[42], se alegó el desconocimiento de la prohibición de la reformatio in pejus. Esta Corporación sostuvo que a pesar de la irregularidad presentada, debía agotarse primero el recurso de casación.

5.3. Improcedencia de la acción de tutela cuando se utiliza para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico.

“Si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional.”[43]

En igual sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-753 de 2006 señaló que existe el deber de agotar oportuna y adecuadamente las vías judiciales ordinarias, antes de acudir a la acción de amparo.

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela[44], se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en

su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

En ese orden de ideas, es reiterativa la posición de la Corte en cuanto a la improcedencia de la tutela cuando en desarrollo de un proceso judicial las partes pudieron valerse de los recursos judiciales ordinarios pero estos no fueron empleados oportunamente, ya que no puede constituirse en la vía para discutir situaciones jurídicas consolidadas que adquirieron firmeza por la caducidad de los recursos y acciones que no fueron utilizados oportunamente por los interesados. Así se expuso en la sentencia SU-037 de 2009.

“En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo.”

Entonces, por vía de tutela, no es viable revivir términos de caducidad agotados, en la medida que se convertiría en un mecanismo que atentaría contra el principio de seguridad jurídica y se desnaturalizaría el propósito mismo de la acción constitucional de protección

de los derechos fundamentales.

En conclusión, es necesario que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales haya agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto. Esta exigencia responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador. Menos aún, que resulte ser un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas en los procesos jurisdiccionales ordinarios.

6. Algunas características del derecho fundamental a la consulta previa. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte ha destacado que el derecho fundamental a la consulta previa tiene sustento constitucional en la visión pluralista de nuestra sociedad, en la adopción de medidas especiales, de carácter favorable, frente a grupos vulnerables (artículo 13 CP); en la diversidad étnica que prescribe el respeto de las diferencias culturales como elemento constitutivo de la Nación (artículo 7º CP) y en el mandato que rechaza la imposición de la forma de vida mayoritaria (artículo 70 CP).

A través de la jurisprudencia se ha establecido parte del alcance para este derecho; sobre el particular vale la pena tener en cuenta la sentencia T-376 de 2012:

“16. La posición sostenida por la Sala Plena de la Corte Constitucional es coincidente con los artículos 6º del Convenio 169 de la OIT y 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de acuerdo con los cuales la consulta procede frente a cualquier medida de carácter legislativo o administrativo que las afecte. Además, resulta relevante indicar que las normas del DIDH plantean el contenido mínimo de protección, razón por la cual la jurisprudencia colombiana ha ampliado el alcance de la obligación, al plantear que la consulta procede frente a medidas de cualquier índole, incluyendo normas, programas, proyectos o políticas públicas que afecten directamente a las comunidades originarias o afrodescendientes.”

En la sentencia T-129 de 2011 se desarrolló la línea jurisprudencial en la que se fijaron

algunas hipótesis de protección alrededor del derecho respecto a las comunidades indígenas, afrodescendientes, raizal, palenquera y gitana. En el relato incluido allí y siguiendo el argumento del capítulo anterior, se advirtió que la acción de tutela no pierde alcance o vigencia respecto de esa atribución constitucional cuando la obra que afecta a la población ya se ha ejecutado (sentencia T-652 de 1998) o cuando las decisiones que perjudican a una comunidad están implementándose (SU 383 de 2003 y T-955 de 2003). En lo que se refiere a la primera, se explicó lo siguiente:

“En el asunto resuelto en la Sentencia T-652 de 1998 la Corte procedió a estudiar el caso de la comunidad Embera-Katío del Alto Sinú, la cual alegaba que en la expedición de la licencia ambiental que autorizó la construcción de la hidroeléctrica Urrá (1) en el río Sinú se había pretermitido el trámite de consulta previa. En esta oportunidad la Corte se pronunció sobre el derecho a la integridad territorial y el dominio sobre el resguardo; el derecho fundamental a la supervivencia del pueblo indígena; a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas; la consulta para el llenado y funcionamiento de la represa; el derecho al mínimo vital y cambio forzado de una economía de subsistencia de bajo impacto ambiental a una agraria de alto impacto y menor productividad; las autoridades Embera-Katío del Alto Sinú y la representación de ese pueblo y sobre las formas tradicionales de organización y cabildos.

Debido a que la obra ya se había ejecutado y a las problemáticas derivadas de la misma, la Corporación resolvió ordenar la indemnización a la comunidad, la unificación del resguardo, la concertación del régimen especial en salud de los afectados, la supervivencia de la comunidad y el etnodesarrollo de los afectados, entre otras medidas.”

Asimismo, en la sentencia T-129 de 2011 la Corte evidenció que el alcance del derecho a la consulta previa se extiende a todas las células que componen una comunidad. Para este efecto, resumió el siguiente caso:

“Posteriormente, en la Sentencia T-737 de 2005 la Corte examinó la problemática relacionada con la decisión administrativa de la alcaldía municipal de Mocoa (Putumayo) que afectaba a la comunidad indígena Yanacona Villamaría de Mocoa, la cual había solicitado a dicha autoridad el cumplimiento con lo señalado en el artículo tercero de la Ley

89 de 1890[45] relativo al reconocimiento como cabildo. No obstante, dicho funcionario no accedió a tal petición por cuanto previamente ya había efectuado un reconocimiento a otras autoridades de ese Cabildo Indígena Yanacona Villamaría. El accionante señalaba que dicho “cabildo y autoridades reconocidas” correspondía en realidad a un grupo de familias que se separaron de su parcialidad indígena y que de manera abusiva habían usurpado su nombre y su derecho como cabildo.

La Corte se pronunció sobre la protección constitucional a la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas y encontró que en efecto no se había consultado de forma previa por parte del Alcalde de Mocoa a los dos grupos de la misma parcialidad indígena del Pueblo Yanacona, en los términos señalados por la Ley 21 de 1991, por lo que halló vulnerados los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural y al debido proceso de los accionantes. Por ello, ordenó al Alcalde de Mocoa que iniciara el proceso consultivo con la comunidad correspondiente al pueblo Yanacona.”

Posteriormente, luego de insistir en el carácter fundamental del derecho a la consulta previa y de señalar algunas de las condiciones bajo las cuales ha sido protegido por parte de las sentencias de tutela, en la sentencia T-129 de 2011 la Corte concretó que la base normativa de esa atribución se encuentra establecida en el artículo 6-1 del convenio OIT 169 de 1989[46] y relacionó sus diferentes características de la siguiente manera:

“En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas: [47]

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

(...)

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.[48]

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.”

Finalmente, vale la pena destacar que en la sentencia T-376 de 2012 la Corte aceptó que un elemento cardinal adscrito a la protección de este derecho lo constituye la determinación de qué es una “afectación directa” sobre las atribuciones de una comunidad. Allí se destacó que ello “hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas”. Con todo, también se aclaró que la consulta previa hace parte de un conjunto más amplio de potestades y herramientas de protección a favor de los pueblos; en esa providencia se planteó lo siguiente:

“31. Con base en las consideraciones previas se puede concluir, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, que la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse así: (i) la simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.”

Lo expuesto demuestra la importancia que el derecho fundamental a la consulta previa tiene en la Constitución. No existe una única forma de hacer efectiva esta atribución, ya que ello depende de las características de la comunidad que afecte, así como de los componentes de la medida. Con todo, la complejidad del mismo sí implica la adopción de

todas las atribuciones establecidas en cabeza de la administración pública, de manera que el proceso logre articular a todas las personas y permita un diálogo claro, sincero, completo y fructífero.

Las obligaciones cardinales adscritas al goce efectivo del derecho están radicadas en cabeza de las entidades públicas correspondientes en todos los niveles territoriales. Son ellas las que deben garantizar que se identifique a las comunidades que se verán afectadas por el proyecto, que se defina un cronograma concertado y sensato, que el diálogo entre las partes realmente garantice los derechos de las partes y que este se realice de manera fructífera. Lo anterior también implica el concurso proactivo y serio de las partes, especialmente de la(s) empresa(s) o sociedad(es) que ejecutarán el proyecto. Al respecto, en la sentencia T-129 de 2011 se afirmó lo siguiente:

“(iii) La consulta previa y el consentimiento no son las únicas garantías que debe prestar el Estado y los concesionarios al momento de considerar los planes de “infraestructura o desarrollo”, ya que se debe permitir la participación y compartir de forma razonable los beneficios del proyecto con el pueblo o la comunidad étnica que sea directamente afectada. Este derecho está contemplado en el artículo 15 del Convenio 169 de 1989, en los siguientes términos:

“ART. 15. — 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

“2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.” (Subrayado por fuera del texto original).

Será deber de la contraparte, sea de naturaleza pública o privada, facilitar la identificación plena de la afectación o perjuicios, rendir informes consistentes y verídicos sobre los alcances de la obra, proyecto o labor y cumplir cabalmente con los compromisos que se hayan pactado con las comunidades. La falta a cualquiera de esas obligaciones constituirá una vulneración del derecho a la consulta previa y dará paso a que se proceda legítimamente a la suspensión o terminación -si es del caso- de los trabajos.

7. Análisis del caso concreto.

7.1. El actor, en representación del resguardo indígena Yanakuna San Agustín, interpone acción de tutela de sus derechos fundamentales a la consulta previa, el debido proceso, la participación, la autonomía y la integridad étnica y cultural que habrían sido desconocidos por el Tribunal Administrativo del Huila en la sentencia de acción popular que dictó el 30 de agosto de 2012.

Para el efecto narra que con base en una recomendación de la Unesco que data de 2007, la Defensoría Regional del Pueblo interpuso una acción popular que llevó a una sentencia que restringió tránsito de cualquier tipo de vehículo en la vía que comunica a su Maloka y a la escuela del resguardo y que se encuentra al interior del parque arqueológico de San Agustín, sector “La Estación”. De acuerdo con la argumentación de la demanda, esa decisión desconoce el precedente relativo a la consulta previa y afecta gravemente la integridad de la comunidad. Además el actor afirma que cumple con los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales atendiendo que el principio de inmediatez no es aplicable a los indígenas y que no interpusieron la apelación contra la sentencia censurada porque no contaban con el apoyo de un abogado debido a la falta de recursos.

En contraste, las entidades que fueron vinculadas al trámite, especialmente el Icanh y el municipio de San Agustín, se opusieron a la solicitud de protección de derechos. Todas señalaron que el fallo censurado se ajusta a los presupuestos constitucionales así como legales, y resaltaron que el mismo protege el patrimonio arqueológico de la nación, el cual fue reconocido por la Unesco, y no restringe los derechos de la comunidad indígena atendiendo que ella tiene otras vías que permiten el acceso vehicular a la Maloka y la escuela. Adicionalmente informaron que el fallo no ha sido ejecutado debido a que

miembros del resguardo y de una vereda han acudido a la violencia para impedir el cierre por parte de las autoridades de policía locales.

El fallo de instancia única, proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, declaró la improcedencia de la acción de tutela debido al incumplimiento de los requisitos de inmediatez y de subsidiariedad. Para el efecto comprobó que la tutela fue interpuesta más de diez meses después de notificarse la sentencia de acción popular y que contra la misma no se presentó el recurso de apelación a pesar de que no es cierto que el resguardo no contara con la representación de un abogado.

7.2. Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad.

- Relevancia constitucional. Para la Sala la importancia de este asunto es indudable. El alcance del derecho a la consulta previa y la protección del patrimonio cultural, puntualmente del parque arqueológico San Agustín, que fue declarado patrimonio histórico de la humanidad por la Unesco[49], conllevan a que el problema jurídico esté conectado con la valoración de varios principios de carácter superior.

Sobre esto último, basta con referir el artículo IV, numeral 4 de la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en el que se establece la importancia de las recomendaciones y convenciones adoptadas por la Conferencia General de esa entidad. Esta disposición contempla lo siguiente:

“Cuando se pronuncie en favor de proyectos que hayan de ser sometidos a los Estados Miembros, la Conferencia General deberá distinguir entre las recomendaciones dirigidas a esos Estados y las convenciones internacionales que hayan de ser sometidas a la ratificación de los mismos. En el primer caso, será suficiente la simple mayoría de votos; en el segundo, se requerirá una mayoría de dos tercios. Cada uno de los Estados Miembros someterá las recomendaciones o las convenciones a sus autoridades competentes, dentro del plazo de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia General en la cual hayan sido aprobadas.”

Las obligaciones internacionales adscritas a la protección del patrimonio cultural y natural[50], y su vínculo con el artículo 8º de la Constitución permiten evidenciar la importancia del conflicto jurídico inmerso en este asunto. A esto se suma el hecho de que el

defecto es alegado respecto de una sentencia que resolvió una acción constitucional y que su cumplimiento ha generado diferentes situaciones de orden público que -inclusive- han llevado al inicio de acciones penales.

- Incumplimiento del principio de subsidiariedad. La excepcionalidad de la acción de tutela está atada a su origen y naturaleza más elemental. Como se observó, la propia Constitución Política dispone que este mecanismo solo procede cuando no existe otro medio judicial idóneo para defender el derecho o cuando quiera que acaezca un perjuicio irremediable que haga que el amparo opere como mecanismo transitorio.

La Corte ha generado un grupo de jurisprudencia estable acerca de los eventos en que la acción constitucional resulta improcedente por el incumplimiento de este principio. Puntualmente, como se comprobó en los apartados 5.2. y 5.3. de esta providencia, ha reiterado que ello ocurre “cuando no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios” y “cuando se utiliza para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico”.

Además, cuando la tutela es presentada contra una providencia judicial ejecutoriada, es claro que aquella procede como mecanismo principal y definitivo y, por tanto, el estudio de la existencia de un perjuicio irremediable no se hace necesario. En su lugar, la categoría del daño que se ocasione estará incluida dentro del análisis de los defectos o anomalías o, como los ha llamado la jurisprudencia, en el acaecimiento de los “criterios específicos de procedibilidad”. En otras palabras, el principio de subsidiariedad del amparo contra providencias judiciales implica establecer que el actor haya agotado diligentemente todas las herramientas y recursos puestos a su disposición, sin que sea necesario valorar el tipo de detrimento que se esté ocasionando y sin que exista la posibilidad de proteger los derechos invocados transitoriamente.

En este caso es evidente que el actor dejó de presentar el recurso de apelación contra la sentencia que decidió la acción popular. Al respecto, este manifiesta que a lo largo de ese proceso no contó con el acompañamiento de un profesional del derecho por la falta de recursos económicos. Sin embargo, durante el trámite de tutela, a través de informe firmado por la Secretaría del Tribunal Administrativo del Huila, se dio cuenta de que esa afirmación no es cierta ya que la comunidad indígena Yanakuna “estuvo representada

judicialmente por el abogado NELSON DARÍO RINCÓN, quien contestó la demanda, actuó en la audiencia de conciliación y hasta la fecha en que se expidió la sentencia de primera instancia (30 de agosto de 2012) no obra revocatoria o renuncia del poder" (fl. 94).

No obstante, en la tutela presentada por el señor Emen Quinayas se advierte que la jurisprudencia ha eximido el cumplimiento de algunos requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales a las comunidades indígenas debido su condición de sujetos de especial protección.

La Sala reconoce la existencia de una línea de decisión que solo atempera el cumplimiento de los mecanismos y la técnica procesal por parte de las comunidades indígenas. Esto, por consiguiente, implica que no existe una subregla jurisprudencial que excluya mecánicamente el deber de diligencia a todas las agrupaciones étnicas cuando enfrentan un trámite judicial. En su lugar, la Corte Constitucional ha flexibilizado el requisito en mención teniendo como factor predominante las posibilidades reales de cada pueblo para participar en el proceso ordinario. Factores espaciales, lingüísticos o costumbristas pueden excusar que no haya una satisfacción plena de los mecanismos ordinarios de defensa. Si al contrario, una agrupación cuenta con los medios para atender el curso de una demanda, será necesario que justifique, así sea sucintamente, qué obstaculizó o impidió su actuación.

En este caso la Sala no evidencia que sobre la comunidad indígena Yanakuna existiera alguna barrera o dificultad que permita flexibilizar el cumplimiento de las etapas del trámite de la acción popular. Es mas, si como lo afirmó el actor, existían dificultades económicas para proseguir el proceso, él podía tramitar el amparo de pobreza ante la Defensoría del Pueblo, en los términos del artículo 19 de la Ley 472 de 1998[51].

Bajo esas condiciones, esta Sala de Revisión confirmará el fallo mencionado teniendo en cuenta que la acción presentada por el señor Emen Quinayas incumple el requisito de subsidiariedad en la medida en que no fue presentado el recurso de apelación contra la sentencia que resolvió la acción popular, lo que es suficiente para declarar la improcedencia de la tutela contra providencia judicial.

7.3. Ahora bien, a pesar de la improcedencia de la acción respecto de la sentencia de acción popular y debido a los hechos de violencia que se están generando como

consecuencia de ejecución de ese fallo, los cuales involucran menores de edad, la Sala considera necesario precisar los hechos que componen el asunto y, si es del caso, definir algunos componentes que deberían ser atendidos por las partes.

Lo primero que la Sala destaca es que a pesar de las pretensiones de la comunidad indígena, la Corte no evidencia una restricción desproporcionada de la libertad de locomoción de alguno de sus miembros, en la medida en que: (i) la vía del sector “La Estación” permitirá el acceso peatonal para el resguardo o cualquier visitante y (ii) para acceder a la Maloka y a la escuela ellos cuentan con otra carretera que no afecta la integridad del parque arqueológico. De hecho, esta razón fue consignada en la sentencia de acción popular en los siguientes términos:

“Descendiendo al sub lite, no existe asomo de duda de que el proceder del Resguardo Yanacona agravia el legado arqueológico, histórico y cultural de la Nación, y no existe justificación para utilizar un símbolo de la patria como vía vehicular (independientemente de que se trate de un grupo extraño a la región y que el banqueo se hubiera realizado años antes de su arribo). Máxime, sí (sic) se tiene en cuenta que la comunidad cuenta con otra vía para comunicarse con la carretera principal (distante aproximadamente a 950 metros de la Maloka), con el poblado, con centros educativos y con veredas aledañas (Nueva Zelanda, El Purutal, etc). Incluso, la vía objeto de discordia se puede habilitar para el tránsito exclusivamente peatonal –como fue propuesto por la UNESCO-, por donde podrá transitar la comunidad sin ninguna clase de restricción.”

Lo segundo que se debe advertir es que la Sala no evidencia una afectación de la integridad étnica de la comunidad Yanakuna y tampoco un desconocimiento del derecho a la consulta previa. Recuérdese que a través de la sentencia T-129 de 2011 se concretaron los niveles de participación de esos pueblos de la siguiente manera: “(i) la simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.”

Para esta Sala es evidente, conforme a los hechos que se definirán a continuación, que a este caso es aplicable la primera de esas directrices lo que, por tanto, lleva a que no opere la consulta previa sino la “simple participación e intervención de la comunidad”. La naturaleza del predio afectado, su valor arqueológico, el nacimiento de la carretera en discusión y el origen de la comunidad Yanakuna en las inmediaciones del parque San Agustín, permiten inferir que el cierre de la vía en el sector “La Estación”, además de ser una medida razonable y necesaria, solo implicaba interés por parte de esa agrupación, más no una afectación directa y, menos, un menoscabo intenso de sus derechos.

En 1995, el parque arqueológico de San Agustín fue inscrito en la lista del patrimonio mundial de la Unesco[52]. En resumen, esa declaración reconoce el carácter único de una tradición cultural desaparecida. La fragilidad de ese escenario requiere de medidas especiales que prevengan la intervención y el uso irresponsable de todos los componentes del parque, esto es, tanto de las esculturas y de todo el paisaje. No sobra indicar que la pérdida o el daño sobre cualquiera de esos elementos, constituye una infracción grave que tiene un carácter irreparable y que necesita de la acción decidida y eficaz de todas las autoridades en virtud del artículo 8º constitucional.

De acuerdo a las pruebas allegadas a este proceso y a las que se arrimaron al trámite de la acción popular, la comunidad Yanacona no es oriunda del municipio de San Agustín o de esa región, ya que provienen de Villa María de Caquiona y San Sebastián, departamento del Cauca. Este hecho, que no fue controvertido en momento alguno por el actor, es importante porque muestra que el vínculo de los indígenas con la zona no es tan fuerte como el de otras comunidades étnicas, que han permanecido en lugares determinados por varias y largas generaciones, y que la conexión con la cultura San Agustín no es tan estrecha como se alega en varios párrafos de la tutela.

Consta en el expediente que hasta 2005, en el sector de “La Estación”, existía un camino de herradura que permitía el paso peatonal hacia la vereda Nueva Zelanda a través de los terrenos que hacen parte del parque arqueológico. También se informó categóricamente por parte de autoridades locales y nacionales, que en 2006 algunos miembros del resguardo sin autorización o licencia y destruyendo material arqueológico irrecuperable, iniciaron trabajos para permitir el tránsito vehicular en ese lugar, “lo cual generó roces con el administrador, y dio lugar a que éste instaurara una querrela policiva ante las autoridades

locales”[53]. De acuerdo al informe del Icanh, la Maloka y la escuela también fueron construidas con posterioridad a la apertura ilegal de la vía.

Se estableció que desde 2006 hasta 2010 se efectuó el trámite policivo correspondiente y se adelantó un proceso de acercamiento y diálogo con los indígenas[54]. Incluso, en marzo de 2006, las partes convinieron la construcción del sendero peatonal, lo cual fue desconocido por la comunidad Yanacona. En abril y octubre de ese año se lograron nuevos acuerdos, entre los que se encuentra la decisión de acudir a la Unesco y la definición de que el camino solo sea peatonal. Todo ello llevó a que en agosto de 2007 se comunicara al Estado colombiano que el Comité del Patrimonio Mundial solicitó que se adoptaran varias acciones, dentro de las que se encuentra “cerrar la carretera y prohibir el tráfico vehicular, desarrollando un sendero peatonal interpretativo para comunicar el asentamiento indígena y promocionar su visita”.

A pesar de los acuerdos, en enero de 2008 el administrador del parque denunció que la vía fue abierta para el tráfico vehicular pesado público y particular. Posteriormente, en mayo de ese año, se informó a la Procuraduría las labores de mantenimiento efectuadas por los indígenas a pesar de que el municipio se encontraba adelantando el mejoramiento de una vía alterna que comunica el mismo sector del resguardo. Luego se efectuaron otras reuniones con varias autoridades públicas y la comunidad Yanacona, de las cuales vale la pena citar las que se realizaron entre febrero y junio de 2010.

Como último fundamento fáctico de la sentencia de acción popular, se menciona que en respuesta al requerimiento de la Procuraduría y como consecuencia del incumplimiento de los indígenas a los diferentes acuerdos, la alcaldía de San Agustín profirió la Resolución 0346 de 2010, en la que declaró como contraventor ambiental al resguardo, suspendió definitivamente el tránsito vehicular y facultó al administrador para que cerrara el paso. De acuerdo a ese fallo, la comunidad Yanacona impidió la ejecución de ese acto administrativo, utilizando como escudo a varios menores de edad y generando hechos de violencia que hirieron a un agente de la Policía Nacional.

7.4. Lo descrito permite que la Corte Constitucional evidencie que las autoridades locales y nacionales han dado participación suficiente a la comunidad indígena Yanacona respecto de la decisión de impedir el tráfico vehicular por la vía que hace parte del parque

arqueológico, lo que desvirtúa cualquier vulneración de sus derechos. Para esta corporación es urgente e imprescindible que se proceda con la ejecución de las órdenes de la sentencia de acción popular, así como con las demás gestiones que sean necesarias para proteger el patrimonio cultural e impedir que el tráfico vehicular prosiga o se reanude en cualquier momento.

En lugar de identificar algún desconocimiento de los derechos de esa comunidad, preocupa a esta corporación que el pueblo Yanacona San Agustín haya incumplido los acuerdos que se han suscrito en varias oportunidades y que haya recurrido a acciones de hecho y de violencia para impedir la ejecución de las recomendaciones de la Unesco y el cumplimiento de la sentencia. También alarma que el proceder de las autoridades haya sido tan lento y poco efectivo, sobre todo atendiendo que la naturaleza y protección constitucional del parque arqueológico impliquen con claridad que no pueda ser perturbado por la acción de ningún particular.

En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión procederá a confirmar el fallo proferido la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 4 de diciembre de 2013, que declaró la improcedencia de la acción de tutela presentada por Javier Orlando Emen Quinayas.

No obstante, en atención a la importancia cultural del parque arqueológico San Agustín, ordenará que en el término de 48 horas las entidades que hacen parte de la acción popular fallada por el Tribunal Administrativo del Huila que restringió el paso de vehículos por el sector denominado “La Estación”, procedan a definir acciones realmente efectivas para impedir de manera definitiva el funcionamiento de la vía. Puntualmente, dispondrá que se analice la posibilidad de efectuar una obra civil que no afecte el valor arqueológico de la zona pero que impida el tránsito de cualquier vehículo. Todas estas gestiones deberán hacerse efectivas máximo en el término de un mes.

Asimismo ordenará al Alcalde del municipio de San Agustín que disponga lo necesario para que un agente de la policía de tránsito, con plenas garantías para su seguridad, permanezca en un sitio estratégico para multar y, si es del caso, inmovilizar cualquier vehículo automotor o de tracción animal que pretenda ingresar al parque arqueológico. Este agente deberá permanecer las 24 horas del día mientras se ejecutan las obras que impidan

de manera real el paso de automotores por la vía.

Para permitir el debido cumplimiento de la sentencia de acción popular y de este fallo, se procederá a expedir copias de esta providencia con destino a la Procuraduría General de la Nación con el objetivo de que vigile las gestiones que se adelanten y garantice el acatamiento de sus términos perentorios.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

SEGUNDO.- En atención a la importancia cultural del parque arqueológico San Agustín, ORDENAR que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, las entidades que hacen parte de la acción popular fallada por el Tribunal Administrativo del Huila que restringió el paso de vehículos por el sector denominado “La Estación”, procedan a definir acciones realmente efectivas para impedir de manera definitiva el funcionamiento de la vía en los términos de la recomendación proferida por la Unesco. Puntualmente, dispondrá que se analice la posibilidad de efectuar una obra civil urgente y eficaz que no afecte el valor arqueológico de la zona pero que impida el tránsito de cualquier vehículo. Todas estas gestiones deberán hacerse efectivas y ejecutarse máximo en el término de un mes.

TERCERO.- ORDENAR al Alcalde del municipio de San Agustín que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia disponga lo necesario para que un agente de la policía de tránsito, con plenas garantías para su seguridad, permanezca en un sitio estratégico para multar y, si es del caso, inmovilizar cualquier vehículo automotor o de tracción animal que pretenda ingresar al parque arqueológico. Este agente deberá permanecer las 24 horas del día mientras se ejecutan las obras que impidan de manera real el paso de automotores por la vía y deberá contar con los instrumentos necesarios para cumplir con su labor. Además, ese ente territorial deberá tomar las medidas necesarias para cumplir lo mas pronto posible con la sentencia de acción popular.

CUARTO.- EXPEDIR copias de esta providencia con destino a la Procuraduría General de la Nación con el objetivo de que vigile las gestiones que se adelanten y garantice el acatamiento de sus términos perentorios. Asimismo, remitir copia al Tribunal demandado, a la Defensoría del Pueblo-Regional Huila, al Procurador Regional del Huila, al Comandante de Policía de ese departamento y la Personera de San Agustín, para que cumplan con el mandato contenido en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

QUINTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Magistrado (E)

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] A lo largo del expediente el apellido del actor es mencionado de diferentes maneras. En unos actos es referido como Emen y en otros como Omen u Homen. Teniendo en cuenta que en el proceso no figura fotocopia de su cédula de ciudadanía, en esta providencia el será identificado como lo hizo su apoderada en el escrito de tutela.

[2] La Sala reitera los fundamentos de la sentencia T-103 de 2014.

[3] T-006 de 1992, T-223 de 1992, T-413 de 1992, T-474 de 1992, entre otras.

[4] Sentencia T-405 de 1996.

[5] Indicó: “En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente fue negada reiteradamente la

propuesta que buscaba circunscribir la expresión “autoridades públicas”, que aparece en el texto del artículo 86 de la Constitución, de manera que sólo cobijara a las “autoridades administrativas”. En el proyecto de articulado presentado por la Comisión I a la Plenaria no se acogió la pretendida limitación del alcance del derecho de amparo o de la acción de tutela a las autoridades administrativas (Proyecto No. 67, artículo 62 Misael Pastrana Borrero, Augusto Ramírez Ocampo, Carlos Rodado Noriega, Hernando Yepes Alzate y Mariano Ospina Hernández. Gaceta Constitucional No. 23) y, por el contrario, adoptó la fórmula amplia de incluir como sujeto pasivo de dicha acción a cualquier autoridad pública. Igualmente, en el curso del segundo debate en Plenaria, se presentó una propuesta sustitutiva en el sentido de restringir a las acciones u omisiones de las autoridades administrativas la interposición de la acción de tutela cuando éstas vulneren o amenacen vulnerar los derechos fundamentales, la cual fue nuevamente derrotada al aprobarse definitivamente el actual artículo 86 de la Constitución Política. (Propuesta sustitutiva presentada por los honorables constituyentes Hernando Yepes Arcila, Rodrigo Llorente Martínez, Carlos Rodado Noriega, Mariano Ospina Hernández y María Garcés Lloreda. Gaceta Constitucional No. 142 p.18”).

[6] Señaló: “... si bien es cierto que algunos delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente consideraban que la tutela no debía proceder contra sentencias judiciales, también lo es que la gran mayoría participó de la idea de consagrar una acción que -como el amparo en España o el recurso de constitucionalidad en Alemania- pudiera proceder contra las decisiones judiciales. En este sentido es importante recordar que la propuesta presentada por un conjunto de delegatarios destinada a restringir en el sentido que se estudia el ámbito de protección de la acción de tutela, resultó amplia y expresamente derrotada por la mayoría con el argumento, claramente expuesto en el debate, según el cual impedir la tutela contra decisiones judiciales podría crear un ámbito de impunidad constitucional y reduciría la eficacia de los derechos fundamentales a su simple consagración escrita”. Cft. Sentencia T-117 de 2007.

[7] Dentro de las sentencias más relevantes pueden citarse: T-043 de 1993, T-079 de 1993, T-158 de 1993, T-173 de 1993, T-055 de 1994, T-175 de 1994, T-231 de 1994, T-442 de 1994, T-572 de 1994, SU.327 de 1995, SU.637 de 1996, T-056 de 1997, T-201 de 1997, T-432 de 1997, SU.477 de 1997, T-019 de 1998, T-567 de 1998, T-654 de 1998, SU.047 de 1999, T-171 de 2000, T-1009 de 2000, SU.014 de 2001, T-522 de 2001, SU.1185 de 2001,

T-1223 de 2001, SU.1300 de 2001, T-1306 de 2001, T-1334 de 2001, T-020 de 2002, T-080 de 2002, SU.159 de 2002, T-1057 de 2002, T-1123 de 2002, T-012 de 2003, SU.120 de 2003, SU.1159 de 2003, T-1232 de 2003, T-027 de 2004, T-205 de 2004, T-778 de 2004, T-1189 de 2004, T-039 de 2005, T-328 de 2005, T-465 de 2005, T-516 de 2005, T-902 de 2005, T-170 de 2006, T-1072 de 2006, SU.891 de 2007, T-1020 de 2007, T-276 de 2008, T-302 de 2008, T-402 de 1998, T-436 de 2008, T-489 de 2008, T-789 de 2008, T-906 de 2009, T-934 de 2009, T-947 de 2009, T-901 de 2010, SU.917 de 2010, T-957 de 2010, T-266 de 2011, T-429 de 2011 y SU.447 de 2011.

[8] El juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

[9] Es un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

[10] Permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, terminaría por sacrificar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

[12] Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

[13] Hace referencia a la carencia absoluta de competencia por parte del funcionario que dicta la sentencia.

[14] Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o en los fallos

que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

[15] El defecto procedimental absoluto se presenta cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido.

[16] Referido a la producción, validez o apreciación del material probatorio. En razón a la independencia judicial, el campo de intervención del juez de tutela por defecto fáctico es supremamente restringido.

[17] También conocido como vía de hecho por consecuencia, hace referencia al evento en el cual, a pesar de una actuación razonable y ajustada a derecho por parte del funcionario judicial, se produce una decisión violatoria de derechos fundamentales, bien sea porque el funcionario es víctima de engaño, por fallas estructurales de la Administración de Justicia o por ausencia de colaboración entre los órganos del poder público.

[18] En tanto la motivación es un deber de los funcionarios judiciales, así como su fuente de legitimidad en un ordenamiento democrático.

[19] Se presenta cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance.

[20] Cuando el juez da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la constitución o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso.

[21] La Sala reitera los argumentos expuestos en la sentencia T-463 de 2012.

[22] Sentencia T-016 de 2006.

[23] Sentencia SU-961 de 1999.

[24] Sentencias T-814 de 2004 y T-243 de 2008.

[25] Sentencia T-883 de 2009

[26] Consultar, entre otras, las Sentencias T- 1110 de 2005 y T-425 de 2009.

[27] Sentencia T-158 de 2006.

[28] Esta Corporación ha aclarado que el fenómeno de la carencia actual de objeto puede presentarse a partir de dos eventos, que a su vez conllevan consecuencias distintas: (i) el hecho superado y (ii) el daño consumado. Al respecto, la Sentencia T-170 de 2009 definió que la primera se configura “cuando en el entre tanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo, se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado.” De otra parte, tal providencia señaló que la carencia de objeto por daño consumado se presenta cuando “no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela.”

[29] Consultar, entre otras, la Sentencia T-055 de 2008.

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

[31] “Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

[32] Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias SU-037 de 2009, T-280 de 2009, T-565 de 2009, T-715 de 2009, T-049 de 2010, T-136 de 2010 y T-524 de 2010.

[33] Sentencia T-086 de 2007.

[34] En la sentencia T-211 de 2009, la Sala precisó: “(...) el amparo constitucional no se ha constituido como una instancia adicional para decidir conflictos de rango legal, ni para que los ciudadanos puedan subsanar las omisiones o los errores cometidos al interior de un proceso. En otras palabras, la Corte ha sostenido que la acción de tutela no es un medio alternativo, ni complementario, ni puede ser estimado como último recurso de litigio.”

[35] Sobre el particular pueden verse las sentencias T-083 de 2007, T-1103 y 076 de 2003,

T-1316 de 2001, T-482 de 2001, T-977 de 2001, T-690 de 2001, T-256 de 2001, T-189 de 2001, T-163 de 2001, T-1116 de 2000, T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 de 1999, T-325 de 1999, T-214 de 1999, T-718 de 1998, T-116 de 1998, T-009 de 1998, T-637 de 1997, T-456 de 1994 y T-426 de 1992, entre otras.

[36] Ver sentencias T-211 de 2009 y T-649 de 2011

[38] Sentencia T-417 de 2010.

[39] Sentencia T-417 de 2010.

[40] *Ibíd.*

[41] El Exsenador Perea Arias fue elegido para el período 1998-2002. Durante ese periodo actuó como narrador y comentarista deportivo para varias empresas de radio y televisión, en calidad de invitado. A partir de lo anterior se presentó en su contra solicitud de pérdida de la investidura al de desempeñar cargo o empleo público o privado. La Sala Plena del Consejo de Estado, mediante providencia de 18 de julio de 2000 decidió decretar la pérdida de la investidura.

[42] La Corte abordó un caso donde los accionantes en calidad de servidores públicos, fueron condenados por el delito de peculado culposo, quienes interpusieron contra la mencionada sentencia recurso de apelación como apelantes únicos. El juez de segunda instancia adicionó el fallo, imponiéndoles el pago de perjuicios materiales, con lo que se terminó por desconocer la prohibición de la reformatio in pejus.

[43] El texto citado se encuentra inicialmente en la sentencia SU-111 de 1997. En esa sentencia, se estudió una acción de tutela interpuesta en contra de un acto administrativo por medio del cual se le suspendía los servicios de salud a una persona que había sido retirada del servicio, pese a que existía una sentencia de tutela anterior que ordenaba la prestación del servicio. La Corte consideró que la acción de tutela era improcedente porque la accionante no ejerció las acciones ordinarias en contra del acto administrativo. Estos mismos argumentos se han reiterado, entre otras, en las sentencias T-1588 de 2000, T-983 de 2001, T-1217 de 2003, T-1140 de 2005, T-1009 de 2006, T-373 de 2007, T-472 de 2008, T-175 de 2011 y T-882 de 2009.

[44] Respecto a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, la Corte Constitucional en sentencia T-1222 de 2001 señaló: "(...) el desconocimiento del principio de subsidiaridad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. La garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir".

[45] La ley se denomina "Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada"

[46] "ART. 6º—1. Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarle directamente;

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan, y

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas."

[47] Respecto del contenido del derecho fundamental a la consulta previa y las reglas jurisprudenciales que serán enunciadas, se recomiendan especialmente los desarrollos

efectuados por la Corte en las Sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009. En virtud de ello la Sala procederá a transcribirlos y reiterarlos en lo que concierne especialmente a la consulta previa criterios plasmados igualmente en la línea jurisprudencial elaborada en esta providencia; de otra parte se anexan los nuevos ámbitos de protección estudiados.

[48] Capítulo (4) de esta sentencia relativo a la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, así como de la obligatoriedad de la licencia ambiental y del Plan de Manejo Arqueológico (4.3).

[49] Colombia es Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Unesco desde 1947.

[50] Véase la Ley 45 de 1983, “Por medio de la cual se aprueba la “Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural”, hecho en París el 23 de noviembre de 1972 y se autoriza al Gobierno Nacional para adherir al mismo”.

[51] La norma en cuestión dispone lo siguiente: “Artículo 19º.- Amparo de Pobreza. El juez podrá conceder el amparo de pobreza cuando fuere pertinente, de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, o cuando el Defensor del Pueblo o sus delegados lo soliciten expresamente.

Parágrafo.- El costo de los peritazgos, en los casos de amparo de pobreza, correrá a cargo del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, a partir de su creación. Estos costos se reembolsarán al Fondo por el demandado, en el momento de satisfacer la liquidación de costas, siempre y cuando fuere condenado”.

[52] Para conocer las razones de la inscripción consúltese el siguiente link:
<http://whc.unesco.org/en/list/744>

[53] Argumento número 3-b de la parte considerativa de la sentencia de acción popular proferida por el Tribunal Administrativo del Huila. En la contestación de la acción popular efectuada por el Icanh se informó lo siguiente: “22 de febrero de 2006: Se instaura una querrela policiva por el seor Alvaro Muñoz (Administrador parque San Agustín) denunciando la incursión de la comunidad Yanacona a los predios del Parque Arqueológico con el propósito de abrir un camino, destruyendo bosque nativo y violando las normas nacionales

e internacionales relacionadas con la protección del patrimonio arqueológico.”

[54] Incluso se evidenció que el proceso de policía fue suspendido para que las autoridades y los indígenas efectuaran acercamientos. La contestación del Icanh en la acción popular relata lo siguiente: “La Secretaría de Justicia y Comisaría de Familia decide suspender el trámite de la querrela por perturbación de la posesión instaurada contra la comunidad yanacona, “hasta tanto se culmine con el proceso de diálogos entre las partes interesadas, con la mediación de las autoridades civiles, militares y la comunidad en general.”