

T-405-19

Sentencia T-405/19

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA DE COMUNIDAD INDIGENA-En representación de miembros de la comunidad

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL SOBRE FALLOS DE TUTELA NO SELECCIONADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL-Tiene como fundamento la salvaguarda del principio a la seguridad jurídica

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Alcance y límites

PRINCIPIO DE LA BUENA FE, PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA Y PRINCIPIO DE RESPETO AL ACTO PROPIO-Reiteración de jurisprudencia

ELEMENTOS DE LA JURISDICCION INDIGENA-Territorial, personal, institucional y objetivo

LIMITES AL EJERCICIO DE LA JURISDICCION INDIGENA-Jurisprudencia constitucional

LIMITES AL EJERCICIO DE LA JURISDICCION INDIGENA-Falta de competencia del Tribunal Indígena para sancionar en este caso a la empresa Urrá

Referencia: expediente T-6.419.805

Acción de tutela presentada por Eldarico Lana Domico y otros contra la Empresa Urrá S.A. E.S.P.

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido el 12 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Montería, en primera instancia, y el 2 de

agosto de 2017 por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, en segunda instancia, dentro de la acción de tutela promovida por Eldarico Lana Domico y otros contra la empresa Urrá S. A. E. S. P.

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Once, conformada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos y Alejandro Linares Cantillo, mediante Auto proferido el veinticuatro (24) de noviembre de 2017.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y relatos contenidos en el expediente[1]

1.1. La empresa Urrá S. A. E. S. P. (en adelante “empresa Urrá”), creada en 1992[2], quedó a cargo del proyecto hidroeléctrico Urrá I. En abril de 1993, sin la realización del proceso de consulta previa, el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente (INDERENA) otorgó licencia ambiental para primera fase del proyecto consistente en la construcción de las obras civiles y la desviación del río Sinú. Sin embargo, la solicitud de ampliación de licencia ambiental para la segunda fase del proyecto fue rechazada por parte del Ministerio del Medio Ambiente —nueva autoridad ambiental—, ya que la empresa Urrá no cumplió con varios requisitos, incluida la realización de la consulta previa.

1.2. A causa de los daños ambientales que el proyecto Urrá I generó sobre el territorio sagrado del pueblo Embera Katío del Alto Sinú, estos presentaron acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso. La demanda fue revisada y fallada por la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-652 de 1998; dicha providencia ordenó a la empresa Urrá a:

“indemnizar al pueblo Embera Katío del Alto Sinú al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar (...) si los Embera Katíos del Alto Sinú y la firma dueña del proyecto no llegaren a un acuerdo sobre el monto de la indemnización que les debe pagar a los primeros, dentro de los seis meses siguientes a la notificación de esta providencia, los Embera Katios deberán iniciar ante el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba, Juez de primera instancia de este proceso de Tutela, el incidente previsto en la Ley para fijar la suma que corresponda a un subsidio alimentario y de transporte”[3]

1.3. Sin embargo, el proceso de pago de la indemnización tuvo varios inconvenientes, entre ellos, las dificultades para cuantificar la población. El censo poblacional se intentó obtener en más de una ocasión; por ejemplo, en 1998 se trató, mediante convenio celebrado entre la empresa Urrá y la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC); en el año 2000 el Departamento Nacional de Estadística (DANE) llevó a cabo un primer registro de población para el sector de la Alianza de Cabildos Menores y, en el año 2004, se adelantó un segundo registro para el sector de los cabildos mayores de IWAGADO (Río y Verde y Río Sinú).

1.4. No obstante, a causa de un descuento porcentual en el pago de la indemnización que estaba haciendo la empresa Urrá, iniciaron varias demandas y acciones judiciales por parte de la población indígena. Así las cosas, en fallo de tutela, el 20 de febrero de 2012, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala Penal, ordenó:

“a los NOKOS (...) para que de común acuerdo con la empresa Urra (sic), realicen el censo de las comunidades que pertenecen a esos cabildos y luego de que se tenga claro cuántos indígenas hacen parte de los mismos, se establezca quienes (sic) están percibiendo actualmente la indemnización y quiénes no. De este censo deberá obtenerse en forma diáfana quienes (sic) componen el 10% de la población que desde el año 2005 no viene percibiendo la indemnización correspondiente”[4].

1.5. En cumplimiento de dicha orden, el 7 de noviembre de 2012, firmaron entre los Nokos Mayores y la empresa Urrá (con la aprobación de la Oficina de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y la Defensoría del Pueblo, entre otras) el Acuerdo de Punto Final[5], por medio del cual se buscó determinar el 10% de la población que no estaba percibiendo indemnización a pesar de encontrarse en el censo poblacional indígena; “pero no se definió, ni se estudió, ni se seleccionó a aquellos indígenas Embera Katío del Alto Sinú que no aparecían en el censo poblacional pero que son hijos de beneficiarios y que se encuentran viviendo en dicho territorio desde que se creó la hidroeléctrica”. Posterior a ello, quienes

consideraron que quedaron por fuera del censo buscaron por la vía judicial el reconocimiento de su derecho a la indemnización, como lo habían hecho con sus familiares.

1.6. El 16 de abril del 2016, el Cabildo Mayor del Rio Sinú y Rio Verde conformó y constituyó su propio reglamento denominado “Reglamento Interno de la Comunidad Embera Katío del Alto Sinú del Municipio de Tierralta Córdoba” con el objetivo de reglarse a través de los usos y costumbres propias de estas comunidades.

1.7. El mencionado reglamento creó el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena, conformado por 5 miembros llamados los “SABIOS” quienes son ancianos entre 70 y 75 años. Sus funciones fueron definidas en el artículo 42 que establece:

“FUNCIONES: Este tribunal tiene una especial y exclusiva finalidad y es la de decidir por mayoría absoluta y luego de una investigación quienes (sic) son miembros de la comunidad Embera Katío del alto Sinú y quienes (sic) de estos miembros tienen el derecho al beneficio de la indemnización otorgada por la Corte Constitucional a través de la sentencia T-652/98, en su artículo tercero de la parte resolutive, conforme a lo establecido en el Capítulo VI Artículo 18 de este reglamento”[6].

1.8. El 1 de mayo del 2016, Faider de Jesús Domico Bailarin y otros, formularon una demanda contra los Nokos Mayores de la época (Cauxilio Restrepo Domico y José Vicente Domico Pernia) quienes firmaron el Acuerdo del 7 de noviembre del 2012. La acción se fundamentó en que se les excluyó del acta de esa misma fecha sin darles posibilidad de defenderse y demostrar que son indígenas pertenecientes a las comunidades de Mongaratatado, Porremia y Doza.

1.9. Con relación a dicha demanda, el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena, mediante providencia del 20 de agosto de 2016, circunscribió dentro del censo poblacional a un grupo de indígenas que, a su juicio, cumplieron con los requisitos para ser considerados miembros de la comunidad y ordenó su incorporación como sujetos a indemnizar de conformidad con la orden dada por la Corte Constitucional.

1.10. Por consiguiente, a finales de octubre de 2016, los Nokos Mayores José Domico Pernía y Vladimir Kheythzmang Rubiano Domico presentaron acción de tutela contra la

empresa Urrá con el objeto de que se protegiera su derecho fundamental a la autonomía indígena en conexidad con el mínimo vital, a la igualdad y al debido proceso y, en consecuencia, se ordenara a la Empresa cumplir con el fallo del 20 de agosto del 2016, proferido por el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena Embera Katío del Alto Sinú.

El 18 de noviembre de 2016, el Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito de Montería, Córdoba, resolvió, en primera instancia, amparar los derechos de los accionantes y ordenó a la demandada incluir en el censo poblacional indígena Embera Katío del Alto Sinú a las personas relacionadas en la demanda que pertenecían a la comunidad de Mongaratatado, Doza y Poremia.

1.11. La empresa Urrá impugnó la decisión por considerar que no se tuvieron en cuenta todos los elementos probatorios que evidencian que “la comunidad se comprometió a no iniciar nuevas demandas por dichos hechos (...) de igual modo reiteró la improcedencia de la acción de tutela en atención al principio de inmediatez”.

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante sentencia del 10 de febrero de 2017, revocó la decisión de tutela de fecha del 18 de noviembre de 2016[7] y, en su lugar, accedió a los reparos de la empresa.

1.12. En cumplimiento del fallo de segunda instancia, el 7 de mayo del 2017 el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena profirió el Acta 001 de 2017 y decidió:

“PRIMERO: Dejar sin efectos en todas sus partes la Sentencia de fecha 20 de agosto del 2016, proferida por el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena Embera Katío del Alto Sinú; SEGUNDO: se ordena por este tribunal, NOTIFICAR por escrito la demanda admitida por este tribunal el 8 de mayo del 2016, a la empresa URRÁ S.A. (sic) a través de su representante legal en su sede principal ubicada en la Carrera 2 N° 48-08, frente a Electricaribe Montería – Córdoba, envíesele copia (traslado) de la presente demanda por el término improrrogable de tres (3) días contados o partir del momento en que reciba notificación de la presente comunicación a fin de que ejerza su derecho a la defensa y contradicción; TERCERO: Consérvense y manténganse como válidas todas las pruebas practicadas dentro el proceso; CUARTO: Vencido el término de traslado a la empresa Urra S.A. (sic) emítase un nuevo fallo”[8].

1.13. El 9 de mayo de 2017 le notificaron a la empresa Urrá, en su sede principal en la ciudad de Montería, la decisión tomada por el tribunal especial indígena con respecto al Acta 001 del 7 de mayo del 2017. El 15 de mayo de 2017 la Empresa contestó la demanda.

1.15. El 17 de mayo de 2017 la empresa Urrá fue notificada del fallo y, el 22 del mismo mes y año, presentó solicitud de nulidad contra dicha sentencia[10]. El 23 de mayo de 2017, el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena Embera Katío del Alto Sinú profirió el Acta 002[11] denegando la nulidad alegada; esta decisión le fue notificada el 24 de mayo de 2017[12].

1.16. El 30 de mayo de 2017, Eldarico Lana Domico, Vladimir Kheythzmang Rubiano Domico y Aurelio Jarupia Domico, por intermedio de apoderado judicial, interpusieron acción de tutela contra la empresa Urrá, con el fin de que le garantizaran sus derechos fundamentales a la autonomía, a la diversidad étnica y cultural y al ejercicio de la jurisdicción indígena y, en consecuencia, se ordenara el pago de la indemnización que les asiste según el fallo proferido por el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena Embera Katío del Alto Sinú.

2. Pretensión

Los señores Eldarico Lana Domico, Vladimir Kheythzmang Rubiano Domico y Aurelio Jarupia Domico, Nokos Mayores, autoridades y representantes legales del Cabildo Mayor del Río Sinú y Río Verde, pretenden a través de esta acción de tutela que se protejan sus derechos a la diversidad cultural, a la autonomía y al ejercicio de la jurisdicción especial indígena; y en consecuencia, se le ordene a la empresa Urrá a reconocer y cumplir lo ordenado por el Tribunal de Justicia y Sabiduría en sentencia del 16 de mayo de 2017; esto es, incluir a las personas señaladas en los numerales primero, segundo y tercero de las pretensiones contenidas en la tutela bajo revisión en el censo de la comunidad y hacerlos beneficiarios de la indemnización correspondiente en los términos señalados por esta Corte en la Sentencia T-652 de 1998.

3. Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente

Obran en el Cuaderno 1 del expediente los siguientes documentos:

- Escrito de insistencia, presentado por el Director General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (folios 1-8).
- Auto del 24 de noviembre de 2017, proferido por la Sala de Selección Número 11, por medio del cual se seleccionó para revisión el expediente T-6.419.805 (folios 14-22).
- Auto del 16 de marzo de 2018, por medio del cual se vinculó al Ministerio del Interior al proceso, y se solicitaron pruebas (folios 26-28).
- Comunicación de la Oficina de Asuntos Indígenas, Minorías y Rrom del Ministerio del Interior, del 11 de abril de 2018, presentando respuesta al oficio de solicitud de pruebas, dentro del expediente bajo análisis (folios 137-151).
- Comunicación de la Oficina Jurídica del Ministerio del Interior, emitida el 18 de abril de 2018, dando respuesta a la solicitud elevada por el Magistrado Sustanciador (folios 51-54).
- Comunicación del 20 de abril de 2018, de la empresa Urrá, dando cumplimiento al auto de pruebas del 16 de marzo de 2018 (folios 56-64).
- Comunicación del 26 de junio de 2018, remitida por la empresa Urrá, a través de apoderado, en la que informa sobre una actuación jurídica sobreviniente, solicitando a la Corte Constitucional se declare inhibida (folios 390-406).
- Auto del 6 de julio de 2018, proferido por la Sala Sala Quinta de Revisión, suspendiendo los términos dentro del proceso T-6.419.805 (folios 408-409).

Obran en el Cuaderno 2 del expediente los siguientes documentos:

- Acta No. 1. del 7 de noviembre de 2012, relativa al proceso de concertación para la definición e identificación plena de los reales beneficiarios de las mesadas de indemnización, Sentencia T-652 de 1998 de la Corte Constitucional, identificada como el Acuerdo de Punto Final (folios 29-47).
- Reglamento Interno de la Comunidad Embera Katío del Alto Sinú del Municipio Tierralta, Córdoba, del 16 de abril de 2016. (folios 48-66).

- Sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito de Montería, Córdoba, del 18 de noviembre de 2016 (folios 67-87).
- Sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, el día 10 de febrero de 2017.
- Acta Única, del 22 de abril de 2017, por medio de la cual se modifica y adiciona el Reglamento Interno de la Comunidad Embera Katío del Alto Sinú del Municipio de Tierralta, Córdoba.
- Acta 001 del 7 de mayo de 2017, por medio de la cual se dejó sin efectos la decisión proferida por el Tribunal Indígena, el 20 de agosto de 2016, y se ordena notificar la admisión de la demanda fechada el 8 de mayo de 2016 (folios 159-161).
- Escrito de contestación de la demanda presentado por la empresa Urrá (folios 163-168).
- Fallo proferido por el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena del Cabildo Mayor de Río Sinú y Río Verde, del 16 de mayo de 2017 (folios 104-157).
- Solicitud de nulidad del fallo del 16 de mayo de 2017 presentada por José David Díaz Rosso, en representación de la empresa Urrá (folios 173-178).
- Acta 002 del 23 de mayo de 2017, proferida por el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena del Cabildo Mayor de Río Sinú y Río Verde (folios 179-189).
- Acción de tutela interpuesta por Eldarico Lana Domico, gobernador de la comunidad Porremia, Vladimir Kheythzmang Rubiano Domico y Aurelio Jarupia Domico, nokos mayores del Cabildo Mayor del Río Sinú y Río Verde, a través de apoderado, el día 30 de mayo de 2017 (folios 1-25)
- Auto proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Montería el 1 de junio de 2017, por medio del cual admite la tutela interpuesta por Eldarico Lana Domico, gobernador de la comunidad Porremia, Vladimir Kheythzmang Rubiano Domico y Aurelio Jarupia Domico, nokos mayores, a través de apoderado (folios 229-230).

- Escrito de contestación de la acción de tutela, presentado por la empresa Urrá (folios 232-271).
- Escrito de réplica a la contestación presentada por los accionantes (folios 600-672).
- Sentencia de primera instancia, proferida el día 12 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Montería, Córdoba (folios 673-686).
- Escrito de impugnación, presentado por los accionantes, del día 14 de junio de 2017 (folios 687- 694).
- Auto del 14 de junio de 20147, por medio del cual se concede el recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Córdoba (folios 695).

Obran en el Cuaderno 3 del expediente los siguientes documentos:

- Auto por medio del cual se admite la impugnación presentada por los accionantes, proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, el 15 de junio de 2017 (folio 4).
- Concepto proferido por el Ministerio del Interior, como respuesta a la solicitud del concepto dentro del proceso de tutela, emitido el 6 de julio de 2017 (folios 61-63).
- Providencia del 7 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, en la que se declaran fundados los impedimentos manifestados por los magistrados Diva Cabrales Solano y Luis Eduardo Mesa Nieves (folios. 65-68).
- Escrito de solicitud especial presentado por los demandantes (folios 72-74).
- Sentencia de segunda instancia, del 02 de agosto de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo (folios 81-103).

4. Respuesta de la entidad accionada

4.1. El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Montería, tras recibir la acción de tutela, mediante auto del 31 de mayo de 2017, devolvió el expediente a la Oficina de Apoyo Judicial por considerar que no era el competente para resolver el asunto. Afirmó que son los jueces civiles municipales quienes conocen de las acciones de tutela

presentadas contra las empresas de servicios públicos de conformidad con el Decreto 1382 de 2000. Frente a esta decisión el apoderado de la parte accionante presentó recurso de reposición argumentando que la empresa Urrá es una sociedad de economía mixta, descentralizada del orden nacional, por lo tanto, ese Juzgado era el competente para determinar la procedencia del amparo requerido.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Montería, mediante auto del 1 de junio de 2017, admitió la demanda instaurada por los señores Eldarico Lana Domico y otros, y corrió traslado a la parte accionada, para que ejerciera su derecho de defensa y se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

4.2. En el término dispuesto para ello, la empresa Urrá presentó escrito de contestación el 6 de junio de 2017 alegando que la tutela no estaba llamada a prosperar en tanto no se cumplió con el requisito de inmediatez. Además, sostuvo que la acción interpuesta suponía una clara intención de cometer un fraude procesal en su contra ya que las afirmaciones de la demanda pretendían conducir al juez a una decisión diversa a la realidad fáctica.

Señaló la demandada que la acción no cumplía con los principios de inmediatez, subsidiariedad y, además, no se configuraba un perjuicio irremediable que viabilizara la procedencia de la tutela a pesar de la existencia de otros mecanismos ordinarios de defensa judicial. Así, la acción no cumplió el requisito de inmediatez pues transcurrieron más de 48 meses desde la firma del Acta de Acuerdo de Punto Final, suscrita el 7 de noviembre de 2012, y la solicitud de amparo en contradicción con lo señalado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional[13].

En segundo lugar, alegó que la acción instaurada no cumplió con el requisito de subsidiariedad, puesto que, tratándose de un interés meramente monetario, el mecanismo idóneo era la instauración de un incidente de desacato por el presunto incumplimiento de las decisiones contenidas en la Sentencia T-652 de 1998, el cual no se agotó por los accionantes. Finalmente, señaló la accionada que no existía un daño irremediable en contra de los accionantes, pues transcurrió un lapso prolongado sin que hubieran requerido acudir a la acción de tutela por lo que no encontró acreditados los elementos de urgencia y necesidad de reparar el daño causado que justificaran la presentación de la tutela.

Manifestó que al amparar la protección requerida el juez podría vulnerar el principio de cosa juzgada constitucional, pues las pretensiones de los accionantes ya se encuentran garantizadas en el fallo de tutela T-652 de 1998, por lo que, teniendo en cuenta dicha decisión, la demandada alegó la configuración de actuación temeraria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991.

Finalmente, la parte accionada argumentó que las decisiones proferidas por el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena excedieron su competencia pues impusieron obligaciones dinerarias a terceros (sujetos que no se encuentran cobijados por su jurisdicción) sin que dicha facultad les haya sido constitucionalmente otorgada. Por lo que, si bien en el artículo 246 Superior se concedió a las autoridades indígenas la posibilidad de ejercer funciones jurisdiccionales, estas estaban limitadas al respeto de los derechos fundamentales[14]. Adujeron que mediante la resolución judicial del 16 de mayo de 2017 las autoridades de la comunidad Embera Katío del Alto Sinú no acataron las disposiciones constitucionales y excedieron su jurisdicción, vulnerándole a la empresa Urrá los derechos al debido proceso, al derecho a la defensa y a la contradicción.

4.3. Por medio de escrito del 12 de junio de 2017, los accionantes controvirtieron la contestación de la demanda, presentada por la empresa Urrá. En esa oportunidad, alegaron que el Acta Final firmada el 7 de noviembre de 2012 no supone la imposibilidad de inclusión de indígenas en el censo, y por tanto, beneficiarios de la indemnización. Siendo únicamente competente el a quo para pronunciarse sobre el cumplimiento del fallo del Tribunal Indígena por parte de la Empresa Urra S.A. E.S.P.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Montería, mediante fallo del 12 de junio de 2017, resolvió negar la tutela promovida por los accionantes, conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional[15], según la cual, la jurisdicción indígena sólo tiene competencia personal sobre los miembros que hagan parte de la comunidad, pertenencia que se establece cuando el sujeto no solo hace parte de ella, sino además, comparte sus usos y costumbres. Adicionalmente, señaló que no se cumplen con los demás requisitos impuestos por esta Corporación, relativos a los factores territorial y objetivo, razón por la

cual el juzgamiento por parte del Tribunal de Justicia y Sabiduría sobre la empresa Urrá supuso una vulneración al debido proceso.

En virtud de lo anterior, el a quo consideró que las pretensiones de los accionantes no debían prosperar por encontrar que la ejecución del fallo del 16 de mayo de 2017 era improcedente, en tanto el Tribunal Indígena carecía de fuero para llevar a cabo un juicio contra la empresa Urrá por ser este propio de la jurisdicción ordinaria.

2. Impugnación

El abogado de los accionantes presentó recurso de impugnación contra el fallo proferido el 12 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Montería solicitando que se revocara la decisión del a quo, para que, en su lugar, le fuesen amparados los derechos invocados en su demanda. Lo anterior por cuanto, contrario a lo interpretado por el juez de primera instancia, el Tribunal Indígena sí cumplió con todos los requisitos de competencia para juzgar a la empresa Urrá.

A su parecer, el Tribunal Indígena satisfizo el criterio personal, pues su labor fue determinar si ciertas personas eran miembros o no de la comunidad Embera Katío del Alto Sinú, por ende, si debían ser incluidas dentro del censo poblacional de la misma. En segundo lugar, respecto de la competencia territorial, señaló que el conflicto se presentó en el resguardo indígena Embera Katío del Alto Sinú, por lo tanto, eran competentes para dirimirlo. En tercer lugar, frente al factor objetivo, señaló que la controversia giró en torno a una discusión en la que la comunidad mayoritaria era el pueblo Embera Katío del Alto Sinú, por tanto, el juez facultado para resolverlo era el indígena.

Igualmente, indicó que la empresa Urrá en ningún momento fue vinculada como parte dentro del proceso adelantado ante el Tribunal Indígena, lo cual no fue necesario al tratarse de un conflicto entre la misma comunidad y solo a ellos les correspondía resolverlo. El rol de la Empresa correspondió únicamente al pago de las indemnizaciones por lo que en el fuero de la jurisdicción especial indígena no debía interferir autoridad diferente a ella misma, conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional en múltiples oportunidades[16].

En virtud de lo anterior, requirió el amparo de los derechos fundamentales a la autonomía indígena, diversidad étnica y cultural y el ejercicio de su jurisdicción, y solicitó que le

ordenaran a la empresa Urrá acatar la decisión tomada por el Tribunal de Justicia y Sabiduría en la que se determinó quiénes pertenecían al pueblo Embera Katío del Alto Sinú para efectos de realizar el pago de indemnización correspondiente.

3. Decisión de segunda instancia

Tras expresar los impedimentos en que se encontraban inmersos dos magistrados por haber sido declarados personas no gratas por el pueblo Embera Katío del Alto Sinú, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba resolvió la impugnación presentada, para lo cual solicitó al Ministerio del Interior emitir concepto sobre el caso.

3.1. Intervención del Ministerio del Interior

El Ministerio del Interior manifestó que ha venido brindando apoyo a los Embera Katío del Alto Sinú para revisar el cumplimiento de los compromisos de la empresa Urrá y la actualización de los listados censales. Recordó que había advertido sobre la dificultad de realizar censos en esta comunidad dada su estructura segmentaria y familias extensas, las cuales, por tradición, han sido celosas frente a estos conteos. Indicó que tienen movilidad territorial y sus criterios de pertenencia al grupo van más allá de la residencia física, por lo que invitó a las partes del Acuerdo de Punto Final del 7 de noviembre de 2012 a considerar otras variables complementarias para la identificación de indígenas pertenecientes al pueblo Embera Katío del Alto Sinú.

Frente a la solicitud del Tribunal Administrativo acerca de informar si era posible que hubiesen quedado personas por fuera del censo que resultó del Acuerdo de 2012, el Ministerio respondió afirmativamente. Igualmente, se le preguntó si los miembros del pueblo Embera Katío del Alto Sinú, a través de sus Nokos, podían corregir, modificar o adicionar su censo poblacional; respuesta que también fue afirmativa, aclarando que se debía justificar el ingreso de cada nueva persona de conformidad con la Ley 89 de 1890.

3.2 Conclusiones y órdenes en segunda instancia

El Tribunal Administrativo de Córdoba, a través del fallo proferido el 2 de agosto de 2017, amparó la protección de los derechos fundamentales del Cabildo Mayor del Río Sinú y Río Verde del Pueblo Embera Katío del Alto Sinú, en especial, el derecho a la auto identificación

de los miembros de su comunidad, el derecho de acceso a la administración de justicia, el derecho a la igualdad y el derecho a la supervivencia, revocando la decisión de primera instancia.

A consideración del Tribunal Administrativo de Córdoba, la empresa Urrá desconoció la decisión de las autoridades indígenas legítimamente facultadas para incluir como integrantes de su comunidad a un grupo de personas que no fueron tenidos en cuenta en el censo que hizo parte del Acuerdo Final del 7 de noviembre de 2012. La no inclusión de estas personas generó que no fueran reconocidas como beneficiarias de la indemnización ni de los subsidios de alimentación y transporte correspondientes a lo ordenado por esta Corte mediante Sentencia T-652 de 1998, y afectó las relaciones propias de la comunidad ahondando las divisiones internas.

En consecuencia, el ad quem ordenó a la empresa Urrá incluir dentro del censo de beneficiarios de la indemnización a quienes fueron reconocidos como tal por parte del Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena Embera Katío del Alto Sinú, y proceder a realizar el cumplimiento y pago correspondiente. Así mismo, definió que fueran los Nokos Mayores los encargados de definir controversias en cuanto al origen de pertenencia del pueblo indígena. Finalmente, señaló la necesidad de generar una reflexión entre los jueces ordinarios en relación con el enfoque diferencial cuando se deciden asuntos que involucran a comunidades indígenas y exhortó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para promover en ese Distrito Judicial medidas de coordinación interjurisdiccional y de interlocución entre los pueblos indígenas asentados en el departamento de Córdoba y el sistema judicial nacional.

III. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. Solicitud de pruebas en Sede de Revisión:

Con el propósito de clarificar los supuestos de hecho que motivaron la presente acción de tutela y para un mejor proveer en el presente asunto, mediante Auto del 16 de marzo de 2018, se suspendieron los términos de esta acción de tutela y se requirió:

1.1. A las autoridades indígenas de los Cabildos Mayores del Río Sinú y Río Verde informar:

(i) las razones por las cuales los accionantes no fueron incluidos en el censo de la población

indígena Embera Katío del Alto Sinú con derecho a la indemnización, antes del 16 de mayo de 2017, fecha en la cual el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena ordenó incluirlos en el censo referido; (ii) las acciones adelantadas por la empresa accionada para el cumplimiento del fallo del 2 de agosto de 2017 dictado por la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Córdoba.

Por medio de escrito, radicado el 12 de julio de 2018, Vladimir Kladimir Kheythzmang, Domico Rubiano y Alejandro Domico respondieron a la Corte Constitucional afirmando que no ha sido posible realizar el censo poblacional de su comunidad por las siguientes razones: (i) la comunidad ha sufrido amenazas de muerte y asesinatos por parte de grupos armados al conocer que esta ha llevado a cabo protestas contra la empresa Urrá y contra el Estado; y (ii) el miedo ha llevado que muchas familias no permitan ser censadas por temor a posibles represalias, lo cual ha beneficiado a la empresa al tener que indemnizar menor cantidad de personas.

Igualmente alegan que la empresa Urrá ha hecho uso de su poder económico, político y social para desconocer la autoridad indígena. Afirmaciones que la comunidad étnica reitera ante el proceso surtido ante el Consejo de Estado, sosteniendo que dicha autoridad judicial se extralimitó en sus funciones, usurpando las facultades y competencias de la Corte Constitucional, con el fin de decidir de manera favorable a la empresa accionada.

En virtud de lo anterior, solicitan que no se destruya la autonomía del pueblo a auto identificarse e identificar a sus semejantes como miembros de la comunidad así como proteger las costumbres culturales y su autoridad indígena sea respetada. Afirman que, si bien la empresa Urrá actualmente tiene poder económico gracias a la explotación de sus tierras, la Corte Constitucional debe proteger a la comunidad indígena y la materialización de sus derechos.

1.2. A la empresa Urrá informar sobre las acciones adelantadas por esa entidad en cumplimiento del fallo de agosto 2 de 2017 dictado por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba.

Por medio de apoderado especial la empresa Urrá respondió solicitud elevada por la Corte Constitucional; en ella informó que, con el fin de dar cumplimiento a la orden dada a la empresa en decisión del 2 de agosto de 2017, solicitó a los Nokos mayores documentación

consagrada en los numerales 4, 5 y 6 del Acuerdo Final como necesaria para la acreditación de los posibles beneficiarios de las indemnizaciones. Una vez recibida la información encontró la empresa inconsistencias, por lo que solicitó a la comunidad Embera Katío del Alto Sinú dar las explicaciones procedentes que resolvieran dichas incongruencias[17]. Estas incompatibilidades fueron resueltas en audiencia del 26 de octubre de 2017 en la que se resolvió: (i) la empresa Urrá, en calidad de abono al fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, debía cancelar la suma de \$1.7000.000; (ii) el pago se debía hacer a través de los gobernadores locales en calidad de representantes de las comunidades previa verificación documental; (iii) el saldo que llegase a generarse sería cancelado una vez la Junta Directiva de la empresa aprobara la desagregación del presupuesto.

Posteriormente, en escrito diferente, la empresa Urrá informó sobre el rol del Ministerio del Interior en la elaboración del censo población del pueblo Embera Katío del Alto Sinú. Afirma estar de acuerdo con lo manifestado por dicha entidad según lo cual el censo construido no fue una imposición de la empresa sino resultado del ejercicio de actualización llevado a cabo por las autoridades de la comunidad.

Igualmente, alega que reconoció la existencia de los obstáculos propuestos por el Ministerio en su escrito, estos fueron preliminares, ocasionales y temporales por lo que no afectaron la veracidad e integridad del censo elaborado pues estas fueron superadas en virtud del acompañamiento al proceso de censo por parte de diferentes entidades.

Sobre la consideración de potenciales miembros de la comunidad excluidos del censo afirma que la Dirección no cuenta con fundamento para determinar que del censo definitivo se hubieran podido excluir algunos miembros de la comunidad indígena. Así mismo, contradice los efectos de la no inclusión en el censo pues “el censo definido en el año 2012 fue precisamente producto del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas quienes con total libertad actualizaron sus auto censos y definieron de forma definitiva quienes eran sus integrantes y beneficiarios”[18].

Finalmente, en comunicación del 26 de junio de 2018, la empresa informó sobre un hecho sobreviniente: la decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado que resolvió, en segunda instancia, la acción de tutela interpuesta por la empresa Urrá contra el Tribunal

Administrativo de Córdoba, tema que se desarrollará ampliamente más adelante.

1.3. A la Dirección de Asuntos Indígenas RrOM y Minorías del Ministerio del Interior informar: (i) cómo fue su participación en la elaboración del censo del Pueblo Embera Katío del Alto del Sinú en el marco del Acuerdo de Punto Final del 7 de noviembre de 2012; (ii) las dificultades y los desafíos que implicó censar a dicha comunidad; (iii) si a su consideración, pudieron haber quedado algunas personas de la comunidad fuera del censo y cuáles pudieron ser las causas de dicha situación; (iv) bajo su concepto, ¿cuáles creen pueden ser los impactos a la comunidad de que algunas personas hubieran quedado fuera del censo, y por ende, no legitimadas para recibir la indemnización por parte de la empresa Urrá?; y (v) el censo actual de las comunidades que pertenecen a los Cabildos Mayores del Río Sinú y Río Verde y de sus autoridades.

Por medio del escrito del 18 de abril de 2018, el jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Interior —Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso— dio respuesta al requerimiento elevado por el Despacho Sustanciador. En él informó que coordinó, el 18 de abril de 2012, una sesión de trabajo entre las autoridades del pueblo Embera Katío del Alto Sinú y representantes de la empresa Urrá cuyo objetivo era “concertar los criterios necesarios para la actualización de los listados censales de todas las comunidades, incluidas obviamente las amparadas por el fallo de tutela”[19]. Las principales conclusiones de dicha reunión fueron: (i) se definieron requisitos para identificar que una persona hace parte de la comunidad; (ii) cuando las comunidades tuvieran un censo avanzado se debería actualizar y no hacer un nuevo barrido censal; (iii) una vez los listados estuvieran actualizados, se conformaría un Comité de Revisión a fin de precisar si los sujetos cumplían con los requisitos exigidos para ser considerados como beneficiarios de la indemnización; entre otras.

En reunión de seguimiento, realizada el 5 de junio de 2012, se informaron los avances, entre los cuales se comunicaron, entre otros, los siguientes: (i) debido a las divisiones internas de la comunidad Amborromia esta no fue claramente incluida en las actualización de los datos censales; (ii) se proyectó la terminación de actualización para más tardar el 21 de junio de 2012; y (iii) el Comité de Censo se conformaría a partir del 9 de julio de 2012 y duraría hasta la terminación de la revisión de todos los listados censales.

Conforme a los resultados del proceso de actualización pactado entre la empresa Urrá, las

autoridades indígenas, el Ministerio del Interior DAIRM y la Defensoría del Pueblo, el 17 de octubre de 2012, se firmó el Acuerdo Final.

Por otro lado, el director de Asuntos Indígenas, Minorías y Rrom del Ministerio del Interior —Horacio Guerrero García—, mediante escrito del 11 de abril de 2018, dio respuesta al Auto del 16 de marzo de 2018, reiterando lo expuesto por la Oficina Jurídica del mismo Ministerio.

Adicionalmente, expuso cuáles fueron los principales obstáculos frente a la constatación de los beneficiarios de la indemnización: (i) fragmentación de la organización social y política: actualmente existen más de 80 gobernadores los cuales no representan ninguna comunidad sino conjunto de personas dispersas, lo cual dificulta sobremanera la identificación en los listados, erosionando el principio básico de organización social; (ii) cambios en la apropiación del territorio: el conflicto armado y el ingreso de dineros ha estimulado la salida del territorio y, por tanto, el abandono de prácticas tradicionales; (iii) alteración de los patrones tradicionales de parentesco y parentales: se ha presionado a las mujeres para que se embaracen y tengas más hijos, al tiempo que parientes que residían fuera del Alto Sinú regresaran solo bajo la expectativa de obtener dinero; (iv) realización de prácticas corruptas con los dineros girados: “existe la queja generalizada que pese a los giros de la empresa a los respectivos gobernadores, el dinero no llega a los beneficiarios”[21]; (v) sistemas onerosos y perversos de endeudamiento: prestamistas no indígenas prestan dinero a los gobernadores y miembros de la comunidad a una tasa del 20% solicitando como garantía la tarjeta débito para que ellos mismos retiren; (vi) arreglos económicos internos: acuerdos internos entre gobernadores y cabildos mayores para cubrir los gastos de funcionamiento y pago de asesores, entre otros; (vii) apertura de cuentas a título personal: las cuentas bancarias a las cuales la empresa Urrá consigna las indemnizaciones se encuentran a nombre de los gobernadores lo que “las hace altamente vulnerables a disposiciones caprichosas e incluso a embargo por deudas adquiridas por el líder”[22]; (viii) saturación de la oferta de servicios profesionales: los abogados que han fungido como representantes han ejercido presión para que se inicien procesos judiciales con el fin de tener ingresos importantes a través del cobro de una cuota litis del 50% o letras de cambio firmadas por los indígenas.

Concluye su intervención afirmando que la no inclusión de una persona en el censo poblacional genera el desconocimiento como indígena apartándolo de la comunidad, usos y costumbres, afectando “de manera directa su cultura y forma de vida, dado que al

desplazarlos al pueblo no podrán realizar todas las actividades culturales que desarrollaban en el territorio ahora ocupado por actividades de la empresa Urrá, violando así el principio de la autodeterminación del pueblo indígena.”[23]

Anexa el censo de los Cabildos Mayores del Río Sinú y Río Verde y sus autoridades.

1.4. Al Observatorio Étnico Centro de Cooperación Indígena (CECOIN), al Observatorio para la Autonomía y los Derechos de los Pueblos Indígenas en Colombia (ADPI), al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), a la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) rendir concepto sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la autonomía indígena en conexidad con los derechos a la jurisdicción indígena y a la diversidad étnica y cultural de los Cabildos Mayores del Río Sinú y Río Verde y de los indígenas que hayan quedado excluidos del censo de la población indígena, y por ende, no hubieran tenido derecho a la indemnización con cargo a la empresa Urrá.

Ninguna de las organizaciones previamente señaladas respondieron la comunicación de la Corte Constitucional por medio de la cual se pretendía recabar información adicional para la revisión de la acción de la referencia.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Cuestión previa: Fallo a revisar

1.1. Como se estableció previamente, en el marco de la acción de tutela interpuesta por los Nokos Mayores del Cabildo Mayor del Río Sinú y Río Verde, Eldarico Lana Domico, Vladimir Kheythzmang Rubiano Domico y Aurelio Jarupia Domico, pretendiendo el amparo de sus derechos fundamentales a la diversidad cultural, a la autonomía y al ejercicio de la jurisdicción indígena, el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante fallo de segunda instancia del 2 de agosto de 2017, resolvió revocar la decisión que negaba las pretensiones requeridas por los aquí peticionarios. De manera tal que se determinó que la empresa Urrá desconoció las decisiones del Tribunal Indígena vulnerando el derecho a su jurisdicción, y por tanto, le ordenó incluir las personas señaladas en el censo de la comunidad y cancelar su indemnización.

1.2. Estando bajo revisión de la Corte Constitucional las decisiones proferidas en el marco

de la acción de tutela de la referencia, el 26 de junio de 2018, el apoderado de la empresa Urrá —Fernando Ramírez Laguado— presentó escrito informando que la empresa Urrá presentó una acción de tutela contra el fallo del 2 de agosto de 2017 proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba por considerar vulnerados sus derechos al debido proceso en virtud del fallo de tutela de segunda instancia bajo estudio, proferido el 2 de agosto de 2017. Para el efecto argumentó: (i) se configuró un perjuicio irremediable que supera los \$7.000.000.000 pues se pretende la indemnización de más de 300 nuevos miembros de la comunidad indígena, afectando el erario público por tratarse de una empresa industrial y comercial del Estado; y (ii) que la Corte Constitucional ya había resuelto esta discusión a través de la Sentencia T-652 de 1998 razón por lo cual opera el principio de cosa juzgada, careciendo de competencia el Tribunal Administrativo de Córdoba para resolver este asunto.

Conforme a lo anterior, la accionante solicitó la revocatoria del fallo referido en el marco de la tutela interpuesta por Eldarico Lana Domico, Vladimir Kheythzmang Rubiano Domico y Aurelio Jarupia Domico, como Nokos del Cabildo Mayor del Río del Sinú y Río Verde.

1.3. La tutela fue admitida por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado por medio del auto del 4 de septiembre de 2017 el cual resolvió negar la solicitud de suspensión provisional pretendida por el accionante.

En fallo de primera instancia, el 16 de noviembre de 2017, el a quo rechazó la acción por improcedente por, en primer lugar, no cumplir con el requisito de subsidiariedad ya que el fallo que se controvertió se encontraba bajo revisión de la Corte Constitucional por lo que procedía el recurso de insistencia. Y, en segundo lugar, no se configuraron los requisitos establecidos en la Sentencia de Unificación SU-627 de 2015 para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra tutela pues el accionante no logró demostrar la configuración del fenómeno de la “cosa juzgada fraudulenta”.

Adicionalmente, se determinó la no causación de un perjuicio irremediable pues no se evidenció de qué manera el pago de una indemnización impuesta por la Corte Constitucional deriva en la afectación de la existencia de la empresa accionante y, aún menos, del erario público.

En virtud de lo anterior, la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado consideró

que “la parte accionante se limitó a exponer la trasgresión en abstracto de determinadas normas constitucionales, pero eludió la carga argumentativa y demostrativa de la concreta afectación de las garantías fundamentales que invocaba”[24].

1.4. Presentado el recurso de impugnación, la Sección Cuarta del Consejo de Estado profirió fallo de segunda instancia el 14 de junio de 2018 mediante el cual resolvió los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿procede la acción de tutela ante la posible existencia de otro medio de defensa y contra sentencias proferidas en el marco de otra tutela?; y (ii) ¿el Tribunal vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la empresa Urrá en virtud del fallo del 2 de agosto de 2017?

Frente al primer interrogante, el ad quem manifestó que, contrario a lo dispuesto en decisión de primera instancia, la insistencia ante la Sala de Selección de la Corte Constitucional no es el mecanismo idóneo por ser aleatorio y facultativo afirmando por tanto que no existe otro medio de defensa judicial eficaz de los derechos presuntamente vulnerados.

Respecto de la posibilidad de interponer tutela sobre tutela determinó el juez de segunda instancia que es procedente de manera excepcional cuando: (i) la providencia no haya sido proferida por la Corte Constitucional, (ii) cuando no exista otro medio de defensa o (iii) cuando se presente una evidente vulneración de derechos fundamentales o la sentencia cuestionada sea producto de una situación de fraude a la ley. En el caso analizado se determinó que era procedente la acción de tutela pues la decisión tomada por el Tribunal Indígena “sin duda, vulneró abiertamente el derecho fundamental al debido proceso de la Empresa Urrá, en tanto dispuso a quiénes debe dicha empresa pagar la indemnización ordenada en la sentencia T-652 de 1998, como se mencionó, sin competencia para hacerlo”[25].

En conclusión, el juez de segunda instancia consideró que se vulneró el derecho fundamental al debido proceso pues se incurrió en un defecto orgánico al haber proferido una orden en contra de una empresa industrial y comercial del Estado, sin tener la competencia para ello, causándole un perjuicio irremediable que supera los \$7.000.000.000. En consecuencia, amparó los derechos invocados por la empresa accionante y revocó la decisión de primera instancia del 16 de noviembre de 2017. En su lugar, dejó sin efectos la decisión del 2 de agosto de 2017 proferida por el Tribunal

Administrativo de Córdoba, juez de segunda instancia en la tutela interpuesta por los Nokos Mayores contra la empresa Urrá[26].

1.5. Conforme a la orden número 3 el expediente de tutela fue remitido a la Corte Constitucional; la Sala de Selección de Tutelas Número 8 de 2018, por medio del Auto del 16 de agosto de esa anualidad, no seleccionó el expediente T-6.889.994[27] relativo a la acción de tutela presentada por la empresa Urrá. La Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que la no selección de un expediente de tutela para su revisión tiene como consecuencias:

“(i) la ejecutoria formal y material de la sentencia de segunda instancia; (ii) la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional que hace la decisión inmutable e inmodificable, salvo la eventualidad de que la sentencia sea anulable por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley; y (iii) la improcedencia de tutela contra tutela”[28].

La procedencia de la cosa juzgada constitucional sobre fallos de tutela no seleccionados por la Corte Constitucional, tiene como fundamento la salvaguarda del principio a la seguridad jurídica, así como la protección efectiva de los derechos fundamentales, pues podría conducir a una situación indeterminada frente a las decisiones de los jueces constitucionales. En particular, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia SU-1219 de 2001:

“Admitir que los fallos de tutela definitivamente decididos o excluidos para revisión sean luego objeto de una nueva acción de tutela, sería como instituir un recurso adicional ante la Corte Constitucional para la insistencia en la revisión de un proceso de tutela ya concluido, lo cual es contrario a la Constitución (art. 86 C.P.), a la ley (art. 33 del Decreto 2591 de 1991) y a las normas reglamentarias en la materia (arts. 49 a 52 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional). Las Salas de Selección de la Corte Constitucional, salvo sus facultades legales y reglamentarias, no tienen la facultad de seleccionar lo que ya ha sido excluido de selección para revisión ni una acción de tutela contra uno de sus fallos de tutela. Esto por una poderosa razón. Decidido un caso por la Corte Constitucional o terminado el proceso de selección para revisión y precluido el lapso establecido para insistir en la selección de un proceso de tutela para revisión (art. 33 del Decreto 2591 de

1991 y art. 49 a 52 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional), opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (art. 243 numeral 1 C.P.). Una vez ha quedado definitivamente en firme una sentencia de tutela por decisión judicial de la Corte Constitucional, no hay lugar a reabrir el debate sobre lo decidido”[29]

En el caso sub examine, la sentencia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con fecha del 14 de junio de 2018, fue radicada en esta Corporación para su eventual selección, el 25 de julio del presente año, bajo el número de Expediente T-6.889.994. Dado el rango del expediente, su revisión correspondió a la Sala de Selección del mes de agosto de 2018, la cual mediante auto del 16 de dicho mes y anualidad, resolvió su no selección. Conforme a lo anterior, al no haber sido seleccionado por la Sala de Selección Número 8, el fallo del 14 de junio de 2018 proferido por el Consejo de Estado hace tránsito a cosa juzgada constitucional, tornándose vinculante, en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación[30]. De manera que no es procedente en este caso que esta Sala entre a analizar esa providencia judicial, así como si se cumplieron los requisitos jurisprudenciales establecidos para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela contra tutela, materia que ya fue resuelta por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en la decisión mencionada. Adicionalmente, encuentra esta Sala de Revisión improcedente determinar si la actuación realizada por la empresa Urrá a través de la interposición de la acción de tutela contra la tutela que es objeto de revisión en esta oportunidad por este Tribunal configura una actuación procesal de mala fe.

1.6. En virtud de lo anterior, de acuerdo con la decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, solo perdió efectos la sentencia de segunda instancia proferida el 2 de agosto de 2017 del Tribunal Administrativo de Córdoba. Por lo anterior, la decisión de primera instancia del 12 de junio de 2017, emitida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Montería, siguió vigente.

1.7. Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso sub examine la Sala de Revisión procederá a revisar el fallo de primera instancia adoptado el 12 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Montería, que negó el amparo invocado por los Nokos Mayores[31].

La Corte Constitucional, por conducto de esta Sala de Revisión, es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

3. Problemas jurídicos y esquema de resolución

Como se expuso, la Sala de Revisión entrará a analizar el fallo proferido el 12 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Montería, juez de primera instancia, por medio del cual resolvió negar el amparo promovido por los señores Eldarico Lana Domico, Vladimir Kheythzmang Rubiano Domico y Aurelio Jarupia Domico, Nokos Mayores del Cabildo Mayor del Río Sinú y Río Verde.

Teniendo en cuenta las situaciones fácticas planteadas y el acervo probatorio recolectado, le corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar el siguiente problema jurídico: ¿La empresa Urrá vulneró los derechos fundamentales a la diversidad cultural, a la autonomía y al ejercicio de la jurisdicción indígena de los accionantes al no cumplir la decisión emitida por el Tribunal Indígena que le ordenó cancelar una indemnización en favor de personas que no estaban incluidas en el censo poblacional que fue tenido en cuenta en el Acuerdo de Punto Final concertado entre las partes en el año 2012, en cumplimiento de una orden emitida por esta Corporación en la Sentencia T-652 de 1998?

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala de Revisión: (i) reiterará la jurisprudencia relativa a la garantía de la Jurisdicción Especial Indígena; (ii) los límites de dicha jurisdicción; (iii) los principios de la buena fe, la confianza legítima y el respeto al acto propio; y (iv) examinará el caso concreto.

4. Análisis sobre la procedencia de la acción de tutela en el caso sub examine

Con el fin de estudiar el fondo del asunto expuesto por los accionantes, la Sala procederá a verificar previamente el cumplimiento de requisitos de procedibilidad, pronunciándose sobre: (i) la legitimación por activa; (ii) la legitimación por pasiva; (iii) la inmediatez; y (iv) la subsidiariedad.

4.1. Legitimación por activa de los líderes indígenas para interponer acción de tutela

El requisito de legitimación por activa se encuentra regulado en el artículo 86 constitucional y en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 según los cuales todo aquel que acuda a la acción de tutela debe tener un interés directo y particular sobre el amparo solicitado ante el juez constitucional[32], de manera que el derecho sea propio del accionante y no de otra persona[33]. En particular, en pronunciamientos de esta Corporación, se ha determinado que “los derechos de las comunidades indígenas pueden ser defendidos por sus dirigentes o sus miembros, pues estos ‘gozan de legitimidad para reclamar en sede de tutela la protección de los derechos fundamentales de los cuales goza su comunidad’”[34]. De manera tal que los señores Eldarico Lana Domico, Vladimir Kheythzmang Rubiano Domico y Aurelio Jarupia Domico, como Nokos y autoridades del Cabildo Mayor del Río del Sinú y Río Verde, se encuentran legitimados para interponer acción de tutela a favor de la comunidad Embera Katío del Alto Sinú.

4.2. Legitimación por pasiva de la empresa Urrá

La posibilidad de interponer una acción de tutela contra particulares fue dispuesta en el artículo 86, inciso final, de la Constitución Política, según el cual “la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”[35]. En particular, en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 se señalan las modalidades de acción de tutela contra particulares.

En el caso sub examine, la accionada es la empresa Urrá sociedad de economía mixta, descentralizada del orden nacional, encargada de generar y comercializar la energía eléctrica que produce la Central Hidroeléctrica de Urrá, ubicada en Tierralta, Córdoba, así como “la prestación de servicios conexos o relacionados con la actividad de servicios públicos, de acuerdo con el marco legal y regulatorio”[36]. De manera tal, que la acción promovida contra la empresa Urrá es procedente de acuerdo con el artículo 86 Superior y por ser esta sobre quien recae la presunta conducta vulneratoria de los derechos invocados por el pueblo Embera Katío del Alto Sinú.

4.3. Cumplimiento del requisito de inmediatez

Considera esta Sala que en el curso del proceso ante la jurisdicción indígena, la empresa

Urrá manifestó —mediante solicitud de nulidad del fallo del 16 de mayo, radicada el día 22 del mismo mes y misma anualidad[38]—, que no aceptaba la inclusión de las nuevas personas en el censo en virtud del Acuerdo Final pactado con los Nokos Mayores y, por tanto, no era procedente la cancelación de nuevas indemnizaciones. Dada esa manifestación, la comunidad acudió de manera inmediata a la acción de tutela con el fin de buscar protección a sus derechos a la autonomía, a la diversidad étnica y cultural y al ejercicio de la jurisdicción indígena mediante acción de tutela radicada el día 30 de mayo de 2017. En virtud de lo anterior, encuentra esta Sala procedente la acción de tutela como mecanismo excepcional para buscar la protección de los derechos a la comunidad Embera Katío del Alto Sinú pues, si bien no se encuentra un tiempo prolongado entre el incumplimiento y la interposición de la acción de tutela, sí se advirtió una negativa al acatamiento de la inclusión de nuevas personas al ya pactado censo, lo que podría derivar en una vulneración a los derechos fundamentales de los accionantes, como se pasará a analizar más adelante.

4.4. Requisito de subsidiariedad

Se ha determinado que los pueblos indígenas son sujetos de especial protección constitucional, conforme a lo dispuesto en los artículos 7, 10 y 70 Superiores y en vasta jurisprudencia de esta Corporación[39]. En la Sentencia SU-097 de 2017, “la Corte Constitucional ha considerado, en jurisprudencia constante, pacífica y uniforme, que la acción de tutela procede como mecanismo preferente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas”. De manera tal que es conducente solicitar por medio de la acción de tutela la protección y garantía del derecho al ejercicio de la jurisdicción indígena para garantizar los derechos fundamentales a los pueblos indígenas por ser el mecanismo ideal y eficiente para garantizar dicha protección.

Adicionalmente, encuentra esta Sala que no podría exigírsele a una comunidad indígena que conduzca acciones para el cumplimiento de una decisión proferida en ejercicio de su jurisdicción a través de mecanismos ordinarios, pues esto desconocería la autonomía y el ejercicio de la justicia indígena. Situación esta que no acontece con la interposición de la acción de tutela por ser esta un mecanismo excepcional, usado como última opción encaminada a garantizar los derechos fundamentales de quien interponen la acción.

En virtud de lo anterior, esta Sala determinó que la acción interpuesta por los Nokos Mayores es procedente como mecanismo de defensa judicial para lograr la protección de los derechos fundamentales del pueblo Embera Katío del Alto Sinú a la diversidad cultural, a la autonomía y al ejercicio de la jurisdicción especial indígena; además, ya fueron sorteados los dispositivos internos de la jurisdicción indígena para que la empresa Urrá diera cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Indígena en decisión del 20 de agosto de 2016, esto es: (i) proferir el Acta 001 de 2017 mediante la cual se dejó sin efectos la Sentencia de fecha 20 de agosto del 2016, para en su lugar (ii) expresar en su lugar un nuevo fallo el 16 de mayo de 2017, mediante el cual ordenó la inclusión en el censo poblacional de Luz Irene Domico Bailarin y otros, y (iii) resolver la nulidad presentada contra dicha decisión de manera negativa.

5. Análisis de Fondo

5.1. Garantía de la jurisdicción indígena. Reiteración jurisprudencial

La protección al desarrollo de la jurisdicción indígena proviene de diferentes fuentes en el ordenamiento colombiano. La protección constitucional deviene de la Constitución donde el Constituyente Primario materializó la protección a los pueblos indígenas a tener y ejercer una jurisdicción propia a través de los artículos 7, 86 y 246 constitucionales, los cuales fueron desarrollados conforme a su cosmogonía y sus creencias, siempre de acuerdo con las disposiciones legales del Estado colombiano. Lo anterior conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, el cual establece que los pueblos indígenas tienen el derecho a conservar sus costumbres, incluida la construcción de mecanismos de resolución de conflictos, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales determinados en la Constitución.

Ante acción de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890 esta Corporación profirió la Sentencia C-139 de 1996 en la que se reiteró que el reconocimiento de la jurisdicción indígena proviene de la Constitución misma la cual, en su artículo 246, dispone que las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales en el marco de la Carta Política y las leyes de la República. Igualmente estableció como límite al ejercicio de la jurisdicción indígena el desconocimiento de preceptos constitucionales o legales, límite que se materializa en la afectación de un “principio constitucional o un

derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad”[40].

El ejercicio de la jurisdicción indígena, de conformidad con la interpretación del artículo 246 constitucional, se fundamenta en 4 elementos centrales:

(i) La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; (ii) La potestad de esas autoridades de establecer normas y procedimientos propios; (iii) La sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y (iv) La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional[41].

Con el fin de dotar de alcance a dicha jurisdicción, ante ausencia de regulación legislativa, esta Corporación profirió la Sentencia T-1070 de 2005 en la que determinó criterios para definir en qué situaciones está llamada a operar la jurisdicción indígena:

“(…) el fuero indígena comprende dos factores determinantes, el personal con el que se busca establecer que los sujetos de juzgamiento, activo y pasivo, forman parte de una comunidad indígena y que como tal deben ser sometidos a juicio de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad[42], y el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”[43]. También ha precisado la jurisprudencia que el cumplimiento de estos dos factores y, en consecuencia, la activación de la jurisdicción especial indígena, tiene como condición previa la existencia de una autoridad comunitaria con competencia territorial y personal y con capacidad de emitir un juicio conforme a un sistema jurídico tradicional, autoridad que a su vez debe estar dispuesta a asumir el juzgamiento”.

Posteriormente, la Sentencia C-882 de 2011 definió los criterios para determinar en qué casos las comunidades indígenas pueden administrar justicia:

“[L]a Corte ha acudido a los tres criterios tradicionales empleados en el derecho para determinar la competencia: (i) el criterio personal, (ii) el criterio territorial y (iii) el criterio objetivo o de la materia. En cada caso es necesario examinar la presencia de alguno o

varios de estos criterios –aunque no es necesario que siempre concurren los tres- y la importancia que el factor cultural tiene”[44]

(i) Con el factor personal se determinan los sujetos de juzgamiento y de la relación procesal, activa y pasiva. La Corte ha señalado que las comunidades indígenas deben ocuparse del juzgamiento de sus propios integrantes. Es más, para la Corte, la pertenencia a una comunidad otorga a sus miembros un fuero especial conforme al cual deben ser juzgados por sus propias autoridades y según el derecho propio.

(ii) Por otra parte, el fuero de jurisdicción garantiza el respeto por la particular cosmovisión de las comunidades indígenas[45]. No obstante, es necesario aclarar en relación con este elemento que no es suficiente con que el sujeto haga parte de la comunidad, es preciso además, que esté integrado a ella y viva según sus usos y costumbres.

(iii) Al mismo tiempo, el factor territorial permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas cometidas en su ámbito territorial y aplicar su sistema jurídico dentro del mismo[46]. La jurisprudencia ha considerado que este elemento se refiere de manera concreta a la existencia de una comunidad indígena organizada con vocación de pertenencia sobre la tierra que ocupa y con su convivencia regida por su cultura.

Sin embargo, estos criterios no son absolutos, ya que la jurisdicción indígena debe respetar los valores, principios y derechos fundamentales que constituyen el núcleo esencial de la Constitución Política de 1991, así como los Derechos Humanos. Así por ejemplo, (i) en casos de conductas realizadas en el territorio de una comunidad pero que causan daños a terceros ajenos a la misma, es posible que el asunto deba ser juzgado por la jurisdicción ordinaria[48]. (ii) De igual forma, como en el caso analizado en la Sentencia T-496 de 1996[49], es factible que pese a que una conducta reprochada por una comunidad haya sido cometida por uno de sus miembros dentro de su territorio, el caso deba ser remitido a la jurisdicción nacional debido a la no pertenencia de la víctima a la comunidad y al grado de integración del infractor a la cultura mayoritaria[50]. (iii) También es plausible, como en el caso examinado en la Sentencia T-1238 de 2004[51], que una falta que tuvo lugar fuera del territorio, deba ser sometida a la jurisdicción de la comunidad por haberse realizado contra un miembro de la misma”[52].

En conclusión, para que la jurisdicción indígena sea procedente, “se requiere que la

conducta que pretende someterse a su conocimiento pueda ser reconducida a un ámbito cultural, en razón de la calidad de los sujetos activos y pasivos, del territorio en donde tuvo ocurrencia, y de la existencia en el mismo de una autoridad tradicional con vocación para ejercer la jurisdicción de acuerdo con las normas y procedimientos de la comunidad”[53].

5.2. Límites a la jurisdicción especial indígena

La Corte Constitucional en la Sentencia T-921 de 2013[54] reconoció la existencia de los siguientes límites a la jurisdicción especial indígena: (i) Los derechos fundamentales y su vigencia al interior de los territorios indígenas, por lo que no se puede afectar el núcleo esencial de los derechos humanos; (ii) La garantía de la Constitución y la ley y, en especial, el debido proceso y el derecho de defensa; (iii) Lo que verdaderamente resulte intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre constituidos por los Derechos Humanos, el derecho a la vida, por las prohibiciones de la tortura y la esclavitud y, por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas; (iv) Evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana[55].

Particularmente, en relación con el debido proceso como límite a la jurisdicción especial indígena, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades. Mediante la Sentencia T-048 de 2002[56] conoció de un caso en el que el tutelante era un indígena que alegaba que el Cabildo le había vulnerado su derecho al debido proceso al expulsarlo de la comunidad a raíz de un proceso que nunca conoció y en el que no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa. La Corte determinó que el Cabildo había vulnerado su derecho al debido proceso, ya que “lo sancionó (i) sin seguir el procedimiento que para el efecto prevé su propio reglamento interno (...) (ii) sin investigar las nueve acusaciones que le fueron formuladas (...), y (iii) sin haberle dado la oportunidad de explicar su conducta” En esa oportunidad, la Corte reiteró las reglas ya establecidas sobre los límites a la jurisdicción indígena en cuanto al respeto a la legalidad de los procedimientos internos de cada comunidad[57].

Ahora bien, con respecto al elemento del juez natural como elemento constitutivo del debido proceso, la Corte Constitucional lo definió como:

“La garantía constitucional del justiciable consistente en que la autoridad a la que se somete la controversia jurídica debe estar revestida de la competencia para conocer dicho asunto, con fundamento en la Constitución o la ley. El desconocimiento del juez natural constituye una violación del derecho al debido proceso, ya que implica la ausencia de uno de sus elementos fundamentales, esto es, que la valoración jurídica sea llevada a cabo por quien tiene la facultad y la autoridad para hacerlo, de modo que exista un fundamento para asumir las cargas e implicaciones que de ella se derivan”[58].

Dentro de los mínimos expuestos, la Corte Constitucional determinó que un claro límite a la jurisdicción indígena es el derecho al debido proceso. En particular, en la Sentencia T-523 de 1997 indicó:

“[...] el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social”[59]

Así, la regla general es que todas las personas se encuentran cobijadas por la competencia del juez ordinario salvo las excepciones legalmente establecidas, como la jurisdicción indígena que representa un fuero especial. Sin embargo, dado que la regla general es la autoridad ordinaria, “la competencia de las otras jurisdicciones debe interpretarse de manera restringida, por tratarse de una excepción a la regla general de competencia”[60]. Esto, con el fin de salvaguardar la recta administración de justicia, pues se pretende proteger que todas las personas sean judicializadas por las autoridades competentes evitando cualquier arbitrariedad por parte de las autoridades que administran justicia.

Esta garantía no solo está consagrada en el ordenamiento colombiano en el artículo 29 Constitucional, también en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 8, numeral 1, según el cual “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e

imparcial, establecido con anterioridad por la ley” (énfasis añadido).

Con el fin de garantizar el derecho fundamental al debido proceso es necesario primeramente identificar el juez competente para lo cual esta Corporación ha determinado los siguientes criterios:

“(i) legalidad, en cuanto debe ser definida por la ley; (ii) imperatividad, lo que significa que es de obligatoria observancia y no se puede derogar por la voluntad de las partes; (iii) inmodificabilidad, en tanto no se puede variar o cambiar en el curso del proceso (*perpetuatio jurisdictionis*); (iv) indelegabilidad, ya que no puede ser cedida o delegada por la autoridad que la detenta legalmente; y (v) es de orden público, en razón a que se sustenta o fundamenta en principios y criterios que se relacionan con la prevalencia del interés general”[61].

Como se estableció, la jurisdicción indígena es aplicable a aquellas personas que por pertenecer a una comunidad étnica —de conformidad con los términos señalados por la Corte Constitucional— pueden ser juzgadas por autoridades propias de su etnia conforme a sus normas y procedimientos, situación que se presenta de manera excepcional y tiene como límite para su aplicación los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, incluido el derecho al debido proceso.

Un elemento constitutivo de la garantía del juez natural como elemento propio del debido proceso es que las personas que serán sujetas de administración de justicia pueden prever cuál es la autoridad jurisdiccional que los va a procesar y que, eventualmente, los podría sancionar.

5.3. Los principios de la buena fe, la confianza legítima y el respeto al acto propio

“[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”[62]. La Corte Constitucional la ha definido como “el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos”[63].

Derivado de este principio se encuentra el respeto por el acto propio que se puede sintetizar en un parámetro de conducta que obliga a actuar de manera coherente[64]. La Corte señaló que como consecuencia del principio de la buena fe se constituye la institución del respeto al acto propio, el cual “sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto”, el cual halla su fundamento en la confianza que emana en los dos sujetos de buena fe como resultado de una primera conducta realizada, así “[e]sta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria” [65].

El acto propio va de la mano con las expectativas legítimas que este genera. Así, cuando de un sujeto emana una conducta que genera una confianza en su destinatario, no sería admisible que el primero se separe de las decisiones anteriores anulando las expectativas que con ellas ha generado[66].

Esta Corporación ha compilado[67] y resumido[68] los requisitos que pueden hacer exigible el principio por el respeto del acto propio así:

“(i) en primer lugar, es necesario que haya sido proferido un acto en virtud del cual fuese creada una situación concreta que genere, de manera cierta, un sentimiento de confianza en un sujeto. Tal expectativa ha de consistir en que la persona pueda considerar de manera razonable que es el titular de una posición jurídica definida. (ii) En segundo término, es preciso que la decisión que ha favorecido el surgimiento de la situación que acaba de ser descrita y, en consecuencia, de la confianza legítima, haya sido objeto de modificación de manera súbita y unilateral. -Una vez más, es preciso reiterar que no necesariamente la conducta posterior se encuentra prohibida por el ordenamiento pues el fundamento de la restricción no se encuentra en una disposición normativa sino en la expectativa que la decisión precedente ha generado en el destinatario-. (iii) Para terminar, es necesario que exista identidad entre los sujetos entre los cuales prosperó la situación concreta y que se modifique el objeto de la aludida situación, el cual es, precisamente, el contenido que ha sido objeto de alteración”[69].

En este sentido, la confianza que nace en el titular no es generada por “la convicción de la apariencia de legalidad”[70] “sino por la seguridad de haber obtenido una determinada

posición jurídica favorable”[71]. Lo contrario afectaría la buena fe (y con ella la confianza legítima y el respeto del acto propio) y la seguridad jurídica[72].

De acuerdo con las consideraciones expuestas, procede la Sala de Revisión a resolver el caso concreto.

5.4. Resolución constitucional del caso concreto

El presente asunto versa sobre la inconformidad de los Nokos Mayores del Cabildo Mayor del Rio Sinú y Rio Verde por el presunto incumplimiento por parte de la empresa Urrá de un fallo que fue dictado por el Tribunal Indígena de Justicia y Sabiduría Indígena, el cual ordenó incluir dentro del censo poblacional de la comunidad Embera Katío del Alto Sinú a nuevas personas, y por ende, reconocerles a su favor una indemnización financiera en virtud de lo señalado en la Sentencia T-652 de 1998. En dicha oportunidad se condenó a la accionada por los daños causados por la creación de una hidroeléctrica en su territorio ancestral.

Previo a la resolución del caso concreto, la Sala advierte que la presente discusión es de especial relevancia constitucional por tratarse, de un lado, de la defensa de los derechos fundamentales a la diversidad cultural, a la autonomía y al ejercicio de la jurisdicción especial indígena del pueblo Embera Katío del Alto Sinú, sujeto de especial protección constitucional, pues alegan el desconocimiento de la competencia de sus autoridades para decidir una materia que afirman les compete, como lo es la inclusión en el censo y la determinación del pago de indemnización. Por otro lado, el derecho al debido proceso de una empresa que afirma no está sometida a la jurisdicción especial indígena, la cual le está imponiendo una condena patrimonial por parte de una autoridad que no es su juez natural.

De conformidad con lo expuesto previamente, y reiterando la jurisprudencia constitucional, en el presente caso la Sala comprueba que el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena no tenía competencia para imponer órdenes unilaterales a la empresa Urrá, ya que no cumple con los criterios personal y objetivo (o de la materia), y por lo tanto, la empresa Urrá, en el caso sub examine, no vulneró los derechos fundamentales invocados por la comunidad indígena, al no cumplir con una orden proferida por dicha autoridad. En virtud de lo anterior, se advierte que el Tribunal Indígena excedió la competencia y límites de su jurisdicción, en

tanto judicializó a su contraparte sin estar facultado para el efecto, tal como se pasa a explicar.

Conforme al elemento personal, para que la jurisdicción indígena sea competente para judicializar a la empresa Urrá, se requiere comprobar no solo la pertenencia de esta al pueblo Embera Katío del Alto Sinú, sino además, que estuviera integrada a la comunidad de manera tal que hubiera adoptado sus usos y costumbres. En esta oportunidad, no se evidencian tales elementos, pues no se comprueba de qué manera la empresa podría ser considerada como parte de la comunidad, ni mucho menos que compartiera sus usos y costumbres, pues el único contacto entre la accionada y los Nokos Mayores del pueblo Embera Katío del Alto Sinú ha sido las negociaciones, por más de 10 años, para dar cumplimiento a las órdenes impuestas por la Corte Constitucional en Sentencia T-652 de 1998. De manera tal que la demandada se encuentra vinculada al litigio con los Nokos Mayores por decisiones del juez ordinario supremo constitucional, a quien la empresa ha reconocido como autoridad competente para decidir sobre la discusión de fondo. En virtud de lo anterior, encuentra la Sala no superado el requisito subjetivo para la procedencia de la jurisdicción indígena.

Respecto del elemento objetivo, tampoco se encuentra cumplido, en tanto la presente discusión versa sobre un punto resuelto por la jurisdicción constitucional, y es la procedencia de indemnizaciones a favor de la población perteneciente al pueblo Embera Katío del Alto Sinú en virtud de los daños causados por la construcción de la hidroeléctrica en su territorio ancestral, como proyecto de la empresa Urrá.

Finalmente, tampoco se encuentra que exista una autoridad competente para ejercer la jurisdicción indígena en este caso pues si bien en el “Reglamento Interno de la Comunidad Embera Katío del Alto Sinú del Municipio de Tierralta Córdoba” se dispuso la creación del Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena, en su artículo 42 se estableció como su función la de determinar quiénes eran miembros de la comunidad, cuya determinación sí es competencia de la propia comunidad, mientras que determinar eventuales titulares de la indemnización ordenada por este Tribunal y ya pactada en el Acuerdo de Punto Final, se traduce necesariamente en una orden a un tercero ajeno a su competencia y jurisdicción. Así, la competencia del Tribunal Indígena radica en la definición de quiénes son miembros de su comunidad, más no en imponer indemnizaciones a sujetos externos a la comunidad,

como acontece en este caso con la empresa Urrá.

Lo realizado por el Tribunal Indígena conforme a lo expuesto, excedió los límites de la Jurisdicción Especial Indígena. Por tanto, encuentra esta Sala que el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena no era competente para proferir la decisión del 20 de agosto de 2016 en lo referente a la orden de indemnización que pesa contra la empresa Urrá; de hecho, al suplantar la esfera del juez ordinario, ese tribunal especial desconoció que el accionado es un tercero que no hace parte de su comunidad, y por tanto, no podía imponerle sanciones.

En efecto, el juez natural de la empresa Urrá es el ordinario por estar este cobijado por la Constitución y las leyes nacionales, y por no encontrarse en el presente caso un fundamento legal para la excepción del juez natural, como quiera que no se configuran los requisitos jurisprudenciales para que procediera de manera excepcional la competencia de la jurisdicción indígena.

Especial relevancia reviste para este caso, el que la jurisdicción que juzgó sobre el pleito entre la empresa Urrá y la comunidad Embera Katío del Alto Sinú fue la constitucional mediante la Sentencia T-652 de 1998, de manera que no es la jurisdicción indígena la llamada a resolver ahora unilateralmente controversias que aún se presentan sobre el cabal cumplimiento de dicha decisión judicial. Una determinación diferente resultaría atentatoria de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, debido proceso, indelegabilidad de los jueces y la perpetuatio jurisdictionis, dado que el proceso ya había sido resuelto en la jurisdicción constitucional, e incluso, en cumplimiento de la sentencia de esta Corte se había celebrado el Acuerdo de Punto Final, suscrito por los Nokos Mayores y por los representantes de la empresa accionada.

Resulta de la mayor importancia para esta Sala advertir que la imposición de la jurisdicción indígena a todas las causas supone prima facie riesgos para la seguridad jurídica de todos aquellos terceros que actualmente no se encuentran cobijados por la competencia de esta. Además, desnaturaliza las competencias de los jueces ordinarios y podría generar futuras decisiones por parte de la comunidad indígena que impliquen condenas financieras a particulares (que no son de su competencia), lo cual no solo tiene efectos adversos para los terceros, sino para las propias comunidades étnicas, pues podría conducir a una

desconfiguración del ordenamiento jurisdiccional del pueblo indígena.

Por las anteriores razones, la presente acción constitucional no está llamada a prosperar. En el caso bajo estudio, la jurisdicción indígena no tenía facultades para decidir e imponer órdenes a la empresa Urrá por no cumplir con los criterios necesarios para que fuera activada legítimamente la competencia del Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena. En ese sentido, la Sala comparte la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Montería, por lo cual, procederá a confirmarla.

No obstante lo anterior, cabe dejar muy en claro que la presente determinación de esta Sala respecto de la carencia de competencia por parte del Tribunal Indígena de los Embera Katio del Alto Sinú no supone de manera alguna desconocer el reconocimiento constitucional de dicha jurisdicción especial por parte de la Carta Fundamental que en su artículo 246 Superior determina que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República, y siendo la ley la que deba establecer las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Tampoco, desconoce esta Corte, de ninguna manera, la decisión sancionatoria impuesta por la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-652 de 1998, y mucho menos releva la responsabilidad que recae sobre la empresa Urrá frente al daño causado a los Embera Katío del Alto Sinú por la construcción de una hidroeléctrica y las ya conocidas consecuencias nefastas que fueron ampliamente estudiadas y determinadas por este Tribunal.

Igualmente, considera este Tribunal de suma importancia aclarar que la falta de competencia del Tribunal Indígena para sancionar en este caso a la empresa Urrá, no implica en ningún caso desconocer la facultad que tiene el pueblo Embera Katio del Alto Sinú para realizar su propio censo poblacional de manera autónoma, con el fin de determinar quiénes son miembros de la misma, lo cual tiene amplias consecuencias en todos los aspectos y ámbitos de su existencia como colectividad. Así, la jurisprudencia constitucional ha determinado de manera reiterada, consolidada y pacífica que la competencia de las comunidades étnicas para censarse constituye una garantía en favor de dichos grupos poblacionales, pues es “un ejercicio autónomo que hacen y deben hacer las

comunidades indígenas a través de sus autoridades para hacer el control de las personas que legítimamente tienen derecho a hacer parte de la comunidad, y relacionar el ciclo vital en las mismas”[73]. De manera que el acompañamiento que debe brindar el Ministerio del Interior, supone apenas el cumplimiento de una obligación legal para el ejercicio de control y vigilancia con el fin de que los derechos de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas no les sean negados y/o otorgados a otros sectores sociales.

En este caso, la Sala observa que la empresa Urrá y el pueblo Embera Katío del Alto Sinú representado por sus Nokos Mayores, luego de agotar un procedimiento concertado, y con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio del Interior, suscribieron el denominado Acuerdo de Punto Final. En este documento las partes establecieron que, con base en la información disponible en aquel momento, sería resuelta la situación de todas las personas miembros del pueblo indígena Embera Katío del Alto Sinú que serían beneficiarias de las mesadas indemnizatorias a pagar por parte de la Empresa. Adicionalmente, que el censo definido en dicho acuerdo fue el resultado de:

“un ejercicio serio y transparente de concertación realizado entre la Empresa Urrá S.A. E. S. P. , las autoridades Indígenas de los sectores y comunidades (...), sus asesores y apoderados, bajo los parámetros establecidos, en primer lugar por el Tribunal Superior de Montería, y en segundo lugar, por el ministerio del interior a través de su oficina de Asuntos Indígenas minorías y Rom, y que corresponde a la identificación total y definitiva de los beneficiarios de las mesadas de Indemnización ordenadas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-652/98”.

No obstante lo anterior, el pueblo Embera Katío del Alto Sinú, por decisión del Tribunal Indígena incluyó dentro del censo poblacional a un grupo de indígenas que, a su juicio, son también miembros de la comunidad y, por tanto, ordenó su incorporación como sujetos a indemnizar de conformidad con la orden dada por la Corte Constitucional en la sentencia plurimencionada. Lo anterior, al considerar que los Nokos Mayores de la época en la que se suscribió el Acta de Punto Final incurrieron en una omisión que generó una exclusión de personas miembros de la comunidad Embera Katío del Alto Sinú, por múltiples razones fácticas que les impidieron censar de manera completa a los miembros de su pueblo indígena, los cuales fueron reconocidos como sujetos de indemnización en el fallo de la Corte de 1998, en el que se ordenó “a la Empresa Multipropósito Urrá s.a. que indemnice

al pueblo Embera-Katío del Alto Sinú al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar”. (negrillas fuera de texto)

En este punto, constata la Corte que si bien se suscribió un Acuerdo de Punto Final, este no es pétreo, pues la comunidad accionante goza de los derechos fundamentales a la diversidad étnica, cultural, a la autonomía, al ejercicio de la jurisdicción indígena y a la determinación propia y autónoma de su censo poblacional que, de acuerdo con el pronunciamiento anterior de este Tribunal, debe ser indemnizado en su totalidad como pueblo Embera Katío del Alto Sinú, y estos derechos deben ser reconocidos por la empresa Urrá en cumplimiento de la Constitución, de la ley y de la Sentencia T-652 de 1998. En el mismo sentido, evidencia la Sala que de facto aún persisten diferencias y reclamos de la comunidad respecto del pleno cumplimiento de las órdenes dadas por esta Corte desde el año 1998, para lo cual se requiere que las modificaciones necesarias para ajustar, aclarar o complementar dicho Acuerdo deban ser concertadas con la contraparte en condiciones equiparables a las que originaron el pacto original. Ninguna de las partes firmantes puede imponer a la otra modificaciones unilaterales que impliquen nuevas cargas o adiciones a las contempladas inicialmente.

Finalmente, es necesario aclarar que la anterior determinación de la Corte no es contraria o incompatible con la decisión adoptada en el presente caso, puesto que, como se expuso en detalle en la presente providencia, en este asunto se trata de la constatación de la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, razón por la cual no prospera la acción de tutela interpuesta. No obstante, en razón de las órdenes dadas por esta Corte en el año 1998 y, dado que la Corte constata la persistencia de reclamos por parte del pueblo Embera Katio del Alto Sinú sobre el incumplimiento de dicho fallo, es constitucionalmente necesario activar las competencias y responsabilidades constitucionales y legales, así como las ordenadas por el fallo de este Alto Tribunal del año 98, respecto de las entidades del Gobierno y del Ministerio Público con el fin de que vigilen y garanticen el pleno cumplimiento de las órdenes dictadas en la sentencia anterior proferida por esta misma Corporación, en favor de los derechos del pueblo indígena Embera Katio del Alto Sinú y sus miembros.

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

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión de primera instancia proferida en sede de tutela interpuesta por los Nokos Mayores de la comunidad Embera Katío del Alto Sinú, el 12 de junio de 2017 contra la Empresa Urrá S.A., por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Montería.

SEGUNDO.- DETERMINAR que en el marco del cumplimiento de las órdenes dadas mediante la Sentencia T-652 de 1998, el Ministerio del Interior, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con sus responsabilidades constitucionales y legales, de manera conjunta, coordinarán y promoverán entre las partes (accionante y accionada), la realización de un procedimiento expedito, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia judicial, con el propósito de conciliar las diferencias que surgieron en relación con los reclamos que aún persisten por parte del pueblo Embera Katío del Alto Sinú, respecto de las personas miembro de dicha comunidad que no fueron incluidas inicialmente en el censo poblacional y, por tanto, tampoco quedaron cubiertas por la indemnización pactada en el Acuerdo de Punto Final, a fin de vigilar y garantizar el pleno cumplimiento de dicha sentencia. Lo anterior, con el objetivo de que se garanticen los derechos de todas las partes involucradas sin discriminación alguna, particularmente en este caso, los derechos de la comunidad Embera Katío del Alto Sinú y sus miembros, según lo ordenado por el fallo de esta Corte de 1998.

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

Notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA T-405/19

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Finalidad (Aclaración de voto)

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Se configura cuando se presentan identidades procesales como objeto, causa petendi e identidad de partes (Aclaración de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Fallo o exclusión de revisión de proceso de tutela hacen tránsito a cosa juzgada constitucional (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-6.419.805

Acción de tutela instaurada por Eldarico Lana Domico y otros contra la Empresa Urrá S.A. E.S.P.

Magistrado Ponente:

Antonio José Lizarazo Ocampo

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Quinta de Revisión, me permito presentar la siguiente aclaración de voto a la Sentencia T-405 de 2019.

En el presente caso, acompaño la decisión de la Sala de confirmar la decisión de primera instancia, mediante la cual se negó acción de tutela formulada por los Nokos Mayores de la comunidad Embera Katío del Alto Sinú contra la Empresa Urrá S.A., al verificarse que el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena no tenía competencia para imponer órdenes unilaterales a la compañía accionada.

No obstante, dado que el proceso de la referencia al momento de ser seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Once, contaba con dos decisiones judiciales proferidas en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Montería el 12 de junio de 2017 y en segunda instancia por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba el 2 de agosto de 2017, encuentro necesario aclarar el voto frente a la cosa juzgada constitucional desarrollada por la Sala en esta oportunidad con relación a un fallo dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 14 de junio de 2018, mediante el cual se dejó sin efectos la decisión del 2 de agosto de 2017 proferida por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba mientras se encontraba en curso el proceso de revisión ante esta Corporación.

Como se advirtió en precedencia el proceso de la referencia fue seleccionado por la Corte el 24 de noviembre de 2017 y radicado bajo el número T-6.419.805. El referido expediente contaba con dos decisiones judiciales proferidas en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Montería el 12 de junio de 2017 y en segunda instancia por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba el 2 de agosto de 2017.

Sin embargo, la providencia del 2 de agosto de 2017 fue objeto de un proceso de tutela (tutela contra sentencia de tutela[77]) paralelo a la revisión que se surtía al interior de la Sala Quinta de Revisión. El referido asunto fue desatado en segunda instancia por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 14 de junio de 2018, autoridad judicial que dejó sin efectos la decisión del 2 de agosto de 2017 proferida por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba.

Una vez enviada la sentencia del 14 de junio de 2018 a la Corte Constitucional para su

eventual revisión, la Sala de Selección Número Ocho en Auto del 16 de agosto de 2018 decidió no seleccionarla; circunstancia esta que configuró el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Por lo anterior, Sala Quinta de Revisión decidió continuar con la revisión únicamente del fallo de primera instancia proferido el 12 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Montería al argumentar que se encontraba vigente.

Al respecto, se reitera que la Corte Constitucional ha concluido que la institución procesal de la cosa juzgada constituye el fin natural del proceso pues “los fallos judiciales deben ser definitivos y capaces de concluir o culminar el litigio propuesto, de lo contrario, las relaciones contenciosas nunca saldrían de la incertidumbre, con grave perjuicio para los intereses de las partes”[78].

Asimismo, esta Corporación en la Sentencia C-774 de 2001 señaló que la cosa juzgada: “es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica”

La función de la cosa juzgada es otorgar a ciertas providencias el carácter de inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas al punto que las partes no pueden ventilar de nuevo el asunto que fue objeto de resolución judicial.

En este sentido, siguiendo lo preceptuado por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil[79], esta Corporación en la Sentencia C-774 de 2001 señaló que una providencia pasa a ser cosa juzgada frente a otra, cuando existe identidad de objeto[80], de causa petendi[81] y de partes[82]. Específicamente, las decisiones proferidas dentro de un proceso de amparo constituyen cosa juzgada cuando la Corte Constitucional “adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria”[83]. (Negrilla agregada).

Lo anterior, en cumplimiento del inciso 2 del artículo 86 de la Constitución Política que dispone: “El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez

competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión”. (Resaltado por fuera del texto original).

Es así como la revisión por parte de esta Corporación se constituye en el mecanismo constitucional diseñado para estudiar las sentencias de tutela proferidas por los jueces que conocen y deciden sobre las acciones de amparo, por mandato del propio constituyente. Asimismo, se trata de un instrumento especial para garantizar el cierre del sistema jurídico por el órgano constitucional encargado de salvaguardar la supremacía de la Constitución[84].

Por tanto, el procedimiento de revisión es un mecanismo expresamente regulado en la Constitución cuyo fin es la protección de los derechos fundamentales en atención a la importancia que ellos tienen para las partes y el sistema democrático y constitucional de derecho. En esa medida, “ninguna otra acción, sea constitucional o legal, goza de un mecanismo equivalente al de la revisión de la decisión judicial”[85].

Así las cosas, admitir que los fallos de tutela seleccionados por la Corte Constitucional sean objeto de una nueva acción de tutela durante el trámite de revisión, sería como instituir un recurso adicional; lo cual es contrario a la Constitución (art. 86) y a la ley (Decreto 2591 de 1991).

Lo anterior, por cuanto si bien es cierto las consecuencias de la exclusión de revisión de un expediente de tutela son, entre otras: i) la ejecutoria formal y material de la sentencia de segunda instancia y ii) la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional de las sentencias de instancia (ya sea la única o segunda instancia[86], no se puede desconocer que la cosa juzgada constitucional de una tutela seleccionada por la Corte solamente se produce con la ejecutoria del fallo que se profiere en sede de revisión[87].

La Corte en Sentencia T-951 de 2013 precisó que el examen efectuado en sede de revisión constituye un “(...) control eficaz e idóneo de los fallos de instancia que violan de forma grosera la Constitución”. En ese sentido, la existencia de la cosa juzgada no puede consolidar “una situación injusta contraria al derecho”, pues ella subyace sobre “un concepto ético de validez”[88].

Así las cosas, para esta Corporación la cosa juzgada no puede ser comprendida como un

bien de valor absoluto, que doblegue a cualquier otro con que entre en tensión sin importar las circunstancias, pues iría en contravía de los principios constitucionales al respeto a la dignidad humana y la prevalencia del interés general, propios de un Estado Social de Derecho como el colombiano, donde el establecimiento de un orden social justo está contemplado como un fin esencial del Estado[89].

En ese sentido, esta Corporación en la Sentencia T-218 de 2012 analizó la figura de la cosa juzgada constitucional y del principio constitucional de “el fraude lo corrompe todo” para advertir que “la transgresión de los derechos fundamentales no era la única razón por la cual la cosa juzgada podía cuestionarse, pues otros valores podían entrar en pugna con ella. De esa forma, adujo que la cosa juzgada podía cuestionarse cuando no se observaban deberes como la lealtad procesal, la buena fe y la cláusula rebús sic stantibus, y precisó que los dos primeros se relacionaban con el principio de *fraus omnia corrumpit*”. Lo anterior, al referirse a acciones de tutela que tenían origen en otra anterior concedida y no seleccionada para revisión.

Para llegar a la aplicación de este principio, la Corte realizó un análisis de la cosa juzgada fraudulenta, sobre la cual estableció que “se predica cuando el dolo se ha materializado en la sentencia judicial. Sin embargo, esto no necesariamente conlleva consecuencias ilícitas, ni la aparición de las mismas es necesaria para que el fraude pueda combatirse. En todo caso, el objeto de este último supone lograr que una situación dolosa, a través de la majestad que sustenta una sentencia, sea exigible coercitivamente. Por lo mismo, el fraude puede ser cometido por una parte, por ambas o por el juez que conoce el asunto. Cuando esto último sucede, la gravedad de la actuación es aún mayor, por desconocer la autoridad judicial sus deberes como poder constituido”[90].

Así, explicó que el principio *fraus omnia corrumpit* “no es un término retórico sino una certeza sobre las consecuencias que acarrea validar una situación injusta. El fraude lo corrompe todo y atenta contra la recta impartición de justicia, la igualdad, el debido proceso y la solidaridad, entre otros principios”[91].

En ese contexto, estima la suscrita que en el presente asunto se debió verificar, por un lado, si era procedente de manera excepcional la selección del proceso (T-6.889.994) excluido para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número ocho de 2018[92], dada la unidad

de materia con el proceso de tutela T-6.419.805 cuyo trámite de revisión se encontraba en curso al momento de proferirse la sentencia del 14 de junio de 2018 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, autoridad judicial que dejó sin efectos la decisión del 2 de agosto de 2017 dictada por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba (providencia que estaba siendo objeto de revisión).

De otro lado, determinar si en el asunto de la referencia era pertinente realizar un análisis de la cosa juzgada fraudulenta pues es claro que resulta jurídicamente inadmisibles promover una acción de tutela contra una sentencia de tutela que está siendo objeto de revisión por parte de una de las Salas de Revisión de esta Corporación; toda vez que, se reitera, la cosa juzgada constitucional de una tutela seleccionada por la Corte solamente se produce con la ejecutoria del fallo que se profiere en sede de revisión. En esa medida, el juez de amparo carece de competencia funcional para resolver una nueva tutela.

De manera especial, considera la suscrita que convalidar la cosa juzgada constitucional en los términos que plantea la Sentencia T-405 de 2019, sin efectuar un análisis de fondo sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se configuró el referido fenómeno jurídico, conlleva implícitamente la posibilidad de instituir un recurso adicional en sede de revisión; lo cual es contrario a la Constitución (art. 86) y a la ley (Decreto 2591 de 1991), atenta contra la recta impartición de justicia, el debido proceso y desconoce los deberes de lealtad procesal y de buena fe.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

[1] El presente capítulo resume la narración hecha por los actores a través de apoderado judicial, así como otros elementos fácticos y jurídicos obrantes en el expediente, los cuales se consideran relevantes para comprender el caso.

[2] Cuaderno 1, folios 275-279.

[3] Corte Constitucional. Sentencia T-652 de 1998.

[4] Cuaderno 2, folio 3.

[5] Cuaderno 1, folios 30-48.

[6] Cuaderno 2.

[7] Cuaderno 3, folios 89-100.

[8] Cuaderno 3, folio 102.

[9] Cuaderno 3, folio 156.

[10] Cuaderno 3, folio 170.

[11] Cuaderno 3, folio 180.

[12] Cuaderno 3, folio 179.

[13] El actor citó los siguientes fallos de la Corte Constitucional: T-100 de 2010 y T-047 de 2014.

[14] El actor fundamentó su argumento en la sentencia T-921 de 2013.

[15] En la sentencia C-882 de 2011, la Corte Constitucional señala los elementos a través de los cuales se deberá determinar la competencia de la jurisdicción indígena: “(i) Con el factor personal se determinan los sujetos de juzgamiento y de la relación procesal, activa y pasiva. La Corte ha señalado que las comunidades indígenas deben ocuparse del juzgamiento de sus propios integrantes. Es más, para la Corte, la pertenencia a una comunidad otorga a sus miembros un fuero especial conforme al cual deben ser juzgados por sus propias autoridades y según el derecho propio. El fuero de jurisdicción garantiza el respeto por la particular cosmovisión de las comunidades indígenas. No obstante, es necesario aclarar en relación con este elemento, que no es suficiente con que el sujeto haga parte de la comunidad, es preciso además que esté integrado a ella y viva según sus usos y costumbres; (ii) El factor territorial, de otra parte, permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas cometidas en su ámbito territorial y aplicar su sistema jurídico dentro del mismo. La jurisprudencia ha considerado que este elemento se refiere de manera concreta a la existencia de una comunidad indígena organizada, con vocación de pertenencia sobre la tierra que ocupa y con su convivencia regida por su cultura; (iii) El

factor objetivo, finalmente, hace referencia a las materias sobre las que versan las controversias que deben ser dirimidas. La Corte ha sostenido que las comunidades indígenas pueden conocer de casi cualquier tipo de controversia que suscite la aplicación de su derecho propio”.

[16] Los accionantes referencian como jurisprudencia relevante para su caso, las siguientes sentencias: T-979 de 2006, T-1253 de 2008, T-703 de 2008, T-1253 de 2008, T-049 de 2013.

[17] Se informaron las siguientes incongruencias frente a los 218 posibles beneficiarios: 2 ya recibían pago, 15 de las personas identificadas aparecen duplicadas en los listados del Tribunal Indígena, 63 adultos no eran parte del resguardo por haber nacido y estar cedulados en diferentes municipios, 29 niños no eran beneficiarios pues sus padres tampoco lo eran.

[18] Cuaderno 1, folio 387.

[19] Cuaderno 1, folio 53.

[20] Cuaderno 1, folio 54.

[21] Cuaderno 1, folio 146.

[22] Cuaderno 1, folio 147.

[23] Cuaderno 1, folio 148.

[24] Cuaderno 1, folio 467.

[26] Cuaderno 1, folio 444.

[27] Cuaderno 1, folios 470-479.

[28] Corte Constitucional. Sentencia T-754 de 2010.

[29] Corte Constitucional. Sentencia SU-1219 de 2001.

[30] En sentencias de la Corte Constitucional —las SU-1219 de 2001, la T-442 de 2018 y

T-089 de 2019, entre otras— se ha determinado que se configura cosa juzgada ante el “en el evento en que esta Corporación se pronuncia sobre una determinada acción de tutela ya sea mediante fallo o a través del auto de selección que notifica la no selección de la misma”. En el caso sub examine, al no haberse seleccionado el expediente T-6.889.994 mediante auto del 16 de agosto de 2018, la decisión de segunda instancia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado hace tránsito a cosa juzgada constitucional.

[31] El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Montería, que negó el amparo invocado por los Nokos Mayores, consideró que el Tribunal Indígena no estaba facultado para sancionar a un particular por no contar con los elementos de competencia requeridos de acuerdo con la jurisprudencia nacional.

[32] Corte Constitucional. Sentencias T-176 de 2011, T-678 de 2016, T-091 de 2018.

[33] En Sentencia T-089 de 2018, se reiteró la excepción a la interpretación presentada, pues es posible que un tercero interponga una acción de tutela cuando “(i) quien actúa es el representante legal del titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados, (ii) el accionante es el apoderado judicial de aquel que alega sufrir un menoscabo a sus derechos, o (iii) el tercero actúa como agente oficioso”.

[34] Corte Constitucional. Sentencia T-866 de 2013.

[35] Constitución Política de Colombia, Artículo 86.

[36] Departamento de Función Pública. Manual de Estructura del Estado. Sector de Minas y Energía. Pg. 73.

[37] Corte Constitucional. Sentencia T-475 de 2016.

[38] Cuaderno 2, folio 173.

[39] Corte Constitucional. Sentencias T-428 de 1992 y C-461 de 2008, entre otras.

[40] Corte Constitucional. Sentencia C-139 de 1996.

[41] Corte Constitucional. Sentencias T-254 de 1994, C-139 de 1996, T-818 de 2004 y T-866

de 2013.

[42] Ver, entre otras, las Sentencias T-496 de 1996, (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-728 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-1238 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[43] Ibídem.

[44] Ver sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[45] Ver sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. No obstante, en este fallo la Corte indicó que el fuero indígena tiene límites, pero no fueron delimitados por la Corte en dicha ocasión.

[46] Ver sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[47] Por ejemplo, en la sentencia T-945 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Corte conoció del caso de una mujer embarazada que había sido despedida de una entidad de salud indígena. La accionante alegaba el desconocimiento de su fuero especial de mujer en estado de embarazo e interpuso acción de tutela contra el Cabildo. La Corte consideró que este no era el mecanismo adecuado, todo vez que al tratarse de un asunto ocurrido dentro del territorio indígena y que involucraba a sus miembros, debía ser conocido por las autoridades tradicionales.

[48] Ver sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. En este fallo la Corte explicó lo siguiente:

“En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como

se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reproachable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos.”

[49] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[50] En la sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte negó la tutela solicitada por un indígena paéz, quien sería juzgado por la jurisdicción ordinaria por el asesinato de un miembro de otra comunidad indígena. El acto solicitaba ser juzgado por las autoridades paéces. La Corte se opuso con fundamento en los siguientes argumentos:“(…) no es dable reconocerle a (…) el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser un sujeto aculturado, capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional. Además, no debe olvidarse que el demandante se alejó de su comunidad, no accidentalmente, sino por deseo propio, debiendo asumir los ‘riesgos’ que se derivan de su acción, es decir, que como miembro del territorio colombiano goza de las mismas prerrogativas de todo ciudadano, pero también está expuesto al cumplimiento de deberes

y sanciones que imponen las autoridades de la República.”

[51] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[52] En este fallo la Corte Constitucional estudió el caso de un indígena que se encontraba fuera de los territorios ancestrales visitando a un médico de su comunidad. Éste le indicó que el origen de su enfermedad era que otros indígenas le habían hecho brujerías, razón por la cual asesinó a los presuntos autores de estos maleficios. El asesinato se produjo fuera del territorio de la comunidad. La jurisdicción ordinaria asumió el caso y condenó al indígena a diez años de prisión. El abogado defensor solicitó la nulidad del proceso por desconocimiento del fuero especial indígena, petición que fue negada aduciéndose que el asesinato se había producido fuera de los límites de la comunidad. A continuación, el defensor interpuso una acción de tutela en la que solicitó la declaratoria de nulidad del proceso. En sede de revisión, la Corte Constitucional concedió el amparo y señaló que el concepto de territorio no debía entenderse limitado en su dimensión formal y cultural, sino que el mismo puede tener, de manera excepcional, un efecto expansivo, de manera que puedan tenerse como amparadas por el fuero conductas ocurridas por fuera de ese ámbito geográfico, pero en condiciones que permitan referirla al mismo. Tal sería, por ejemplo, el delito cometido por un indígena por fuera de su territorio, en relación con otro integrante de la misma comunidad.

[53] Sentencia T-1238 de 2004.

[54] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[56] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[57] Sentencia T-048 de 2002 MP: Álvaro Tafur Galvis. Sobre los límites al ejercicio de la jurisdicción se dijo: “Ahora bien, en virtud del bloque de constitucionalidad a que se hace mención, particularmente, para el caso sub examine, en razón de lo dispuesto en los artículos 8º, 9º y 10 del Convenio en cita, y dada las dificultades de aplicación de las disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales, en consonancia con las que reconocen el derecho de los pueblos indígenas a conservar su identidad-ya referida-, la Corte se ha detenido en aquellos derechos que marcan un límite claro del fuerte vínculo que liga a las comunidades indígenas con sus integrantes, como el derecho a la vida, la

prohibición de la tortura y de los tratos denigrantes, la prohibición de imponer las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la obligación de garantizar los principios constitucionales del debido proceso y la necesidad de garantizar el acceso de las comunidades y de sus integrantes a la propiedad colectiva del resguardo (sentencia SU 510 de 1998 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

[58] Sentencia T-386 de 2002, entre otras.

[59] Sentencia reiterada en la T-1294 de 2005.

[60] Sentencia SU-1184 de 2001.

[61] Sentencia C-328 de 2005.

[62] Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2008.

[63] Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández). En esta oportunidad se analizó la constitucionalidad del artículo 51 de la ley 769 de 2002 que ordenaba la revisión técnico mecánica, frente a lo cual se señaló que desconocía el principio de la buena fe, y por tanto se entró a analizar el tema, concluyendo que la norma no desconocía ni este ni el principio de confianza legítima.

[64] Corte Constitucional, sentencia T-295 de 1999.

[65] Corte Constitucional, sentencia T-295 de 1999.

[66] Corte Constitucional, sentencia T-040 de 2011.

[67] Corte Constitucional, sentencia T-599 de 2007.

[68] Corte Constitucional, sentencia T-040 de 2011.

[69] Las anteriores reglas han sido reiteradas por la misma Corte Constitucional, por ejemplo recientemente en las sentencias T-174 de 2016 (MP Alberto Rojas Ríos) y T-058 de 2017 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[70] Corte Constitucional, sentencia T-083 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño).

[71] Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez)

[72] Sentencia T-199 de 2018.

[73] Corte Constitucional, ver Sentencia T-973 de 2014, entre otras.

[74] La Constitución Política, establece en su artículo 282.3, la función a cargo del Defensor del Pueblo de invocar el derecho de Habeas Corpus e interponer las acciones de tutela, situación que se encuentra regulada en la Resolución 638 de 2008. Igualmente, la Carta Política ha designado especialmente en la Defensoría del Pueblo la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos.

[75] Conforme al artículo 277.1 de la Constitución Política, corresponde a la Procuraduría General de la Nación vigilar el cumplimiento de las decisiones judiciales. Igualmente, está encargado de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales cuando sea necesario en defensa de los derechos y garantías fundamentales.

[76] En el artículo 277.2 de la Carta Política, se señaló el deber conjunto de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, de proteger y asegurar el cumplimiento de los derechos humanos, situación que cubija la protección de las comunidades indígenas como sujetos de especial protección constitucional.

[77] Admitida el 4 de septiembre de 2017 por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado.

[78] Sentencias C-622 de 2007 y T-441 de 2010, entre otras.

[79] Hoy Código General del Proceso, artículo 303.

[80] “es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente”. Sentencia C-774 de 2001.

[81] “es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los

mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.” Sentencia C-774 de 2001.

[82] “es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. Cuando la cosa juzgada exige que se presente la identidad de partes, no reclama la identidad física sino la identidad jurídica.” Sentencia C-774 de 2001.

[83] Sentencia T-649 de 2011.

[84] Sentencia SU-2019 de 2001.

[85] Ibídem.

[86] Sentencia T-813 de 2010 M.P. María Victoria Calle Correa.

[87] Sentencia T-185 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[88] Reiterado en Sentencia T-073 de 2019.

[89] Sentencia T-218 de 2012.

[90] Reiterada en la Sentencia T-399 de 2013.

[91] Sentencia T-951 de 2013, reiterada en la Sentencia T-073 de 2019.

[92] Mediante Auto del 16 de agosto de 2018.