



LAWYERS WITHOUT BORDERS
AVOCATS SANS FRONTIERES
ABOGADOS SIN FRONTERAS
Canada

Amicus curiae

Radicado 11001-03-15-000-2017-03169-01
Impugnación Acción de Tutela



Bogotá D.C; mayo de 2018

Honorables Consejeros
Sección Quinta
C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio
Consejo de Estado
E.S.M

Copia a:
Sección Tercera
C.P. María Adriana Marín
Revisión eventual Acción de Grupo No. 76001233100020020458402
Demandante Comunidad Negra del Río Anchicayá.

Asunto: Escrito de Amicus curiae
Referencia: Acción de Tutela No.:
11001031500020170316901
Presentado por: Abogados sin fronteras Canadá
(ASFC)
Accionante: Consejo Comunitario de la Comunidad
Negra del Río Anchicayá.
Demandado: Sección Tercera del Consejo de Estado.

Honorables Consejeros de Estado, reciban un cordial saludo.

Mediante la presente comunicación, la organización no gubernamental **Abogados sin fronteras Canadá** (en adelante “ASFC”) hace llegar a ustedes escrito de *amicus curiae* en relación con la decisión de Tutela bajo radicado 11001031500020170316901 que se adelanta en esa Honorable Corte, con la finalidad de aportar al proceso argumentos jurídicos que podrán ser de utilidad al momento de tomar una decisión sobre el particular.

ASFC es absolutamente respetuoso de la soberanía colombiana y de la independencia de la justicia y en esa medida no pretende en modo alguno interferir, sino aportar elementos e insumos para el debate planteado. En este sentido, presentaremos a continuación las razones jurídicas que, desde nuestro punto de vista, resultan relevantes para la solución de este importante asunto.

ÍNDICE

Consideraciones preliminares.....	P. 4
Interés para actuar en el presente asunto.....	P. 4
Fundamentos fácticos y antecedentes procesales	P. 5
Consideraciones jurídicas.....	P. 7
i) De la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.	P. 7
ii) Violación directa de la Constitución en el caso concreto.	P. 10
iii) Del defecto procedimental absoluto y del material o sustantivo en el caso concreto.	P. 16
Conclusiones y solicitudes	P. 22

Consideraciones preliminares.

Del interés para actuar en el presente asunto.

Abogados sin fronteras Canadá (“ASFC”) es una organización no gubernamental de cooperación internacional cuya misión es brindar apoyo a la defensa de los derechos humanos de grupos o de personas vulnerables para lograr el fortalecimiento del acceso a la justicia y del derecho a la representación legal.

Desde el año 2003, ASFC colabora en Colombia con organizaciones locales dedicadas a la representación de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. En este sentido, ASFC ha fomentado el acceso a la justicia de comunidades indígenas y de otras víctimas a través del apoyo a los abogados defensores de derechos humanos que desarrollan su trabajo con estas comunidades.

Por lo anterior, ASFC tiene un especial interés en el caso de referencia toda vez que el derecho a la justicia de las comunidades afrocolombianas que habitan en la cuenca del río Anchicayá, grupo étnico que tiene una especial protección constitucional conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, puede estarse viendo gravemente afectado. En este sentido, nuestra intervención se justifica en el compromiso adquirido con la defensa de los derechos humanos y en nuestra tarea de fortalecer el acceso a la justicia de las víctimas y la adecuada protección de los derechos que les asisten.

Asimismo, es necesario poner de presente que ASFC viene acompañando este caso desde 2013, año en el cual se presentó ante la Corte Constitucional escrito de *amicus curiae* en relación con la solicitud de *nulidad* contra la sentencia de Tutela No. 274 del 2012 proferida por la Sala Tercera de Revisión, con ponencia del ex magistrado Juan Carlos Henao. La Honorable Corte Constitucional, en Sala Plena, acogió los argumentos de la solicitud de nulidad y, mediante el **Auto 132 de 2015**, resolvió *declarar la nulidad* de la citada sentencia.

Ahora bien, consideramos que la presentación de este *amicus curiae* es procedente en la medida en que constituye un mecanismo eficaz en la protección de los derechos humanos. De tal manera que la participación en las decisiones que afectan a grupos vulnerables constituye un aspecto fundamental para el fortalecimiento del Estado Social de Derecho, toda vez que permite ir solucionando situaciones históricas de vulneración y desconocimiento de derechos fundamentales. ASFC reconoce el esfuerzo que llevan a cabo los jueces de Colombia, particularmente quienes hacen parte de las Altas Cortes, en la función de prote-

ger los derechos fundamentales de los grupos sociales más vulnerables, por esta razón, confiamos en que los argumentos jurídicos que serán expuestos a lo largo de este *amicus* serán tenidos en cuenta en la valoración de este importante asunto.

Fundamentos fácticos y antecedentes procesales: una larga trayectoria de dilaciones injustificadas del derecho a la justicia.

El asunto que actualmente se conoce en sede de Tutela, tiene una larga trayectoria que conviene recordar y tener presente, pues los argumentos jurídicos que se desarrollarán a lo largo del documento se desprenden de estos importantes antecedentes, los cuales resumimos de la siguiente manera:

i) Para el año **2001**, en territorio colectivo de la comunidad afrodescendiente de la cuenca del río Anchicayá (Buenaventura – Valle del Cauca), se encontraba en operaciones la central hidroeléctrica encargada de la generación de energía en la zona. La hidroeléctrica estaba administrada, para ese momento, por la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. (en adelante “EPSA”). Entre el 24 de julio y el 26 de agosto del 2001, en el marco de las funciones de mantenimiento de la central, se abrieron las compuertas del bajo Anchicayá liberando 500 mil metros cúbicos de sedimentos al río, los cuales llevaban 50 años represados. En consecuencia, la fauna de la cuenca media y baja del río Anchicayá se vio mortalmente afectada, adicionalmente, hubo serios daños en algunas de las fincas y cultivos colindantes, perturbando el acceso a una alimentación adecuada de estas comunidades. De igual manera, los sedimentos arrojados al río afectaron el acceso a la única fuente de agua potable para los usos personales y domésticos de las comunidades.

ii) En virtud de estos hechos, el primero (1) de octubre del **2002**, la comunidad, a través de apoderado, instauró acción de grupo en la jurisdicción administrativa. El juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, *en sentencia del 20 de mayo del 2009*, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, ordenó a los demandados a pagar por concepto de indemnización colectiva la suma de \$169.054.678.044. La apelación de esta decisión fue tramitada ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el cual, en decisión del **7 de septiembre del 2009**, confirmó la decisión del juzgado Primero de Buenaventura, modificando exclusivamente la suma de la indemnización de perjuicios que quedó en \$166.945.944.823. Por solicitud de las partes, se requirió al Consejo de Estado para que en virtud del **artículo 11 de la ley 1285 de 2009** el cual adicionó con el **artículo 36A** la ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de

Justicia)¹, seleccionara a través del *mecanismo de revisión eventual*, la sentencia proferida en segunda instancia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Mediante *Auto del 28 de marzo del 2012*, el Consejo de Estado seleccionó la acción de grupo para su revisión eventual aduciendo la importancia para la unificación de la jurisprudencia².

iii) En espera de la revisión eventual por parte del Consejo de Estado, EPSA interpuso acción de tutela contra el fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por considerar afectados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la administración de justicia, toda vez que la prueba que sirvió de base para valorar los perjuicios ocasionados habría sido aportada contraviniendo la ley. No obstante, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del *20 de mayo del 2010*, rechazó la tutela por *improcedente* pues habría otro mecanismo de defensa idóneo en trámite, esto es, la eventual revisión por parte del Consejo de Estado. Esa decisión fue confirmada por la Sección Quinta de la misma Corporación, mediante sentencia del *9 de diciembre del 2010*.

iv) En sede de revisión, la Corte Constitucional mediante sentencia **T-274 del 11 de abril de 2012**, revocó las sentencias de tutela dictadas por el Consejo de Estado en sus Secciones Cuarta y Quinta y, en su lugar, concedió el amparo solicitado por EPSA. En consecuencia, revocó la decisión del 7 de septiembre de 2009 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y ordenó a dicho Tribunal practicar nuevas pruebas dentro del proceso. En virtud de la decisión tomada por la Corte Constitucional, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en *auto del 24 de octubre de 2012*, dio por terminado el trámite de revisión eventual y ordenó el archivo de la actuación. Ante esta situación, el 27 de septiembre de 2012, el apoderado del Consejo Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá, interpuso incidente de nulidad contra la sentencia T-274 de 2012. Mediante *Auto 132 del 2015, la Sala Plena de la Corte Constitucional*, decidió declarar la *nulidad* de la citada sentencia y ordenó que se proyectara una nueva. Es así como el día *5 de noviembre del 2015, la Sala Plena de la Corte Constitucional*, profirió la sentencia **SU-686 del 2015** en la cual *confirma* la decisión del 9 de diciembre del 2010 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el sentido de negar la tutela interpuesta por la empresa. Asimismo, le ordena a la Sección Tercera del Consejo de Estado *anular el Auto del 24 de octubre de*

¹ El artículo 36 A de la ley 270 de 1996 (adicionado por el artículo 11 de la ley 1285 del 2009) dispone en su tenor literal que: “*Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios. En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia. (...)*” Negrilla y subrayado nuestro.

² Más adelante, en las consideraciones jurídicas del presente *amicus*, tendremos la oportunidad de volver sobre las razones que llevaron al Consejo de Estado a tomar esta decisión, las cuales resultan fundamentales para el mejor entendimiento de la tutela presentada por el apoderado de las víctimas en este asunto.

2012 y continuar con el trámite de la revisión eventual. La Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia del 25 de febrero del 2016 anuló el respectivo Auto y reanudó el trámite de revisión eventual con miras a dictar la sentencia de unificación de jurisprudencia correspondiente.

v) En tal virtud, el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Río Anchicayá solicitó el inmediato cumplimiento de la sentencia del 7 de septiembre del 2009 del Tribunal. No obstante, en **Auto del 22 de septiembre del 2016**, la Sección Tercera del Consejo de Estado **suspendió los efectos de la citada providencia del Tribunal**, hasta que se resolviera el trámite de revisión eventual. El Auto fue objeto de recurso de reposición, el cual fue negado en providencia del **22 de mayo del 2017**. En consecuencia, el apoderado de la comunidad afrocolombiana interpuso acción de tutela contra la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues, considera que los autos mencionados vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, salud, vida digna y acceso a la administración de justicia. La tutela fue negada en primera instancia y ahora se busca revertirla en segunda instancia.

vi) Valga tener en cuenta que, en **mayo del 2017**, los apoderados de las comunidades y la apoderada de “EPSA”, de común acuerdo y con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 61 de la ley 472 de 1998, le solicitaron a la Sección Tercera del Consejo de Estado *citar a audiencia de conciliación* para someter a su consideración una fórmula que permitiera poner fin de forma **concertada** las diferencias existentes entre los integrantes de la comunidad y “EPSA”. Sin embargo, hasta la fecha el Consejo de Estado no ha llevado a cabo dicha audiencia de conciliación. Adicionalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, decidió en fecha **22 de marzo de la presente anualidad**, dar trámite al **caso 13.166 -Comunidad Afrodescendiente del Río Anchicayá-** para resolver de manera conjunta sobre la admisibilidad y el fondo del asunto.

Consideraciones jurídicas

i. De la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

A partir de la **Sentencia C-590 de 2005**, la Corte Constitucional decantó los requisitos para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, las cuales, en principio, hacen tránsito a cosa juzgada. En aquella sentencia, la Corte sostuvo que la procedencia de la tutela contra decisión judicial estaba sujeta a una serie de requisitos generales y, debía *presentarse al menos una de las causales específicas de procedencia*. Como quiera que, en el presente asunto, la decisión de primera instancia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado verificó el cumplimiento de los requisitos generales, sólo es procedente referirse en

este *amicus* a las causales específicas de procedencia de la tutela. Al respecto, la Corte indicó que:

25. (...) para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, **al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.**
- a. *Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*
 - b. *Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*
 - c. *Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece de apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*
 - d. *Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.*
 - e. *Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*
 - f. *Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.*
 - g. *Desconocimiento del precedente...*
 - h. *Violación directa de la Constitución*³. Negrillas y cursiva fuera del original.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte, en el caso concreto se verifican *varios* de los defectos específicos anteriormente citados, en relación con el **auto del 22 de septiembre de 2016** de la Sección Tercera del Consejo de Estado que harían procedente la actual tutela. En este sentido, valga citar en extenso los argumentos sostenidos en aquel auto:

Tema: *Cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-686 de 2015 – exigibilidad de la sentencia seleccionada en el presente caso por la Sección Tercera para revisión / garantía del derecho de acceso a la administración de justicia de los beneficiarios ausentes en el proceso de la acción de grupo, dada la incidencia de la unificación que se realice en torno a los criterios para determinar el grupo y la individualización de sus miembros.*

Vistas las temáticas que motivaron la selección en el presente asunto, estima la Sala que la decisión que se adopte frente a la unificación jurisprudencial tendrá repercusión en la conformación del grupo afectado y en la liquidación final de la condena, toda vez que, como ya se dijo, dentro de los aspectos que serán estudiados se encuentran los criterios para determinar el grupo y la individualización de sus miembros, situación que, a juicio de la Sala permite señalar que, en el presente caso, no resulta razonable que se prosiga con el trámite del cumplimiento del fallo, el cual comporta el agotamiento de unas etapas que dependerán de lo que aquí se resuelva (...)

³ Corte Constitucional. M.P. Dr., Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-590 del 8 de junio del 2005

Precisamente, la posibilidad que tienen los afectados ausentes del proceso de acogerse a la sentencia dependerá, en gran medida, de la unificación que se realice en torno a los mencionados criterios para determinar el grupo y la individualización de sus miembros, por lo que no tiene sentido que se adelante un trámite que tendría que rehacerse como consecuencia de la decisión de fondo adoptada en el mecanismo de revisión, lo que sería contrario a los postulados de prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, eficacia y economía procesal, consagrados en el artículo 5 de la Ley 472 de 1998, además de que pueden generarse consecuencias como las que puso de presente la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, en la medida en que los criterios para individualizar los beneficiarios ausentes del fallo constituyen el principal insumo que requiere la entidad para resolver sobre las solicitudes de adhesión que se presenten con posterioridad a la publicación antes señalada.

A la luz de lo anterior, la alternativa que mejor preserva en el presente caso el derecho de acceso a la administración de justicia de los beneficiarios que estuvieron ausentes en el proceso de la acción de grupo, como lo planteó la Corte Constitucional, consiste en disponer la suspensión de los efectos de la sentencia de 7 de septiembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, hasta tanto cobre ejecutoria la providencia que ponga fin al trámite de revisión, obviamente supeditada a las eventuales modificaciones que puedan tener lugar con ocasión de la aplicación de la unificación jurisprudencial al caso concreto, de manera que sobre el aspecto en comento, y solo en cuanto tiene relación con la acción de grupo de la referencia, **la Sala enmienda lo expuesto sobre el particular en el auto de 28 de marzo de 2012**⁴. Subrayado y negrilla nuestro.

De lo anterior se concluye, que la Sección Tercera del Consejo de Estado decidió disponer la suspensión de los efectos de la decisión del 7 de septiembre del 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, porque en su entender la Sentencia SU-686 del 2015, así lo habría mandado para salvaguardar los derechos de personas ausentes del proceso de la acción de grupo, disponiendo, a través de la figura de la *enmienda*, modificar el **Auto del 28 de marzo del 2012**. Dicha decisión va en contravía del ordenamiento jurídico colombiano, en particular, del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29) y al acceso a la administración de justicia (artículos 228 y 229) consagrados en la Constitución Política de 1991. Adicionalmente, constituye una infracción flagrante a los compromisos adquiridos internacionalmente por parte del Estado colombiano, particularmente, del artículo 25 (Protección Judicial) y 8(1) (Garantías Judiciales), en relación con el artículo 1(1) (Obligaciones de Respetar los Derechos) de la Convención Americana de Derechos Humanos, como a continuación se sustentará.

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp.: **76001-23-31-000-2002-04584-02** del 22 de septiembre del 2016

ii. Violación directa de la Constitución en el caso concreto.

En decisión **SU-198 del 2013**, la Corte realizó una breve caracterización de la causal de violación directa de la Constitución en los siguientes términos

Esta causal de procedencia de la acción de tutela encuentra fundamento en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades (...). Por ende, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados.

Se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque: (i) deja de aplicar una disposición *ius fundamental* a un caso concreto; o porque (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución.

En el primer caso, la Corte ha dispuesto que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución (a) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución.

En el segundo caso, la jurisprudencia ha afirmado que el juez debe tener en cuenta en sus fallos, que con base en el artículo 4 de la C.P, la Constitución es norma de normas y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad. (Apartado 4.2.3. de la Sentencia SU-198 del 2013). Subrayado nuestro.

En este sentido, valga resaltar que el Estado colombiano ha reconocido y protegido de manera expresa “la diversidad étnica y cultural de la Nación” (artículo 7 de la Constitución Política), de tal manera que, se constituye como entidad heterogénea desde lo cultural y social, pretendiendo proteger y preservar a las comunidades étnicas a través de mecanismos y herramientas que garanticen su vida, su integridad personal, sus derechos y, por supuesto, su identidad cultural. El constituyente primario reconoció, además, el estado de vulnerabilidad y abandono histórico en que se encuentran diferentes grupos poblacionales, entre ellos, las comunidades afrodescendientes, palenqueras y raizales, razón por la cual, además de la consagración genérica del derecho a la igualdad y la obligación del Estado de tomar medidas efectivas para velar por la igualdad real (artículo 13 de la Constitución), estableció, también, garantías especiales para los grupos étnicos (entre otros, artículos 10, 68 y 72 de la Constitución).

De tal manera que, toda decisión política o jurídica que afecte de manera directa a los grupos étnicos tendrá que tener en consideración su especial estado de vulnerabilidad, so pena de constituirse en contraria a la Constitución si no lo hace. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido desarrollándose en este sentido en aras de garantizar la igualdad real y efectiva de los grupos poblacionales más vulnerables, entre ellos, las comunidades afrodescendientes. En *sentencia C-169 del 2001*, por ejemplo, se indicó por parte de la Corte que las comunidades negras eran acreedoras de los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT, de lo cual se sigue que, el Estado está en la obligación de proteger la integridad y la identidad étnica y cultural de dichas comunidades.

La normatividad interna, en especial la Ley 70 de 1993, ha reconocido las especiales condiciones de las comunidades negras asentadas en la cuenca del Pacífico colombiano. La citada ley se expidió con “el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana” (artículo 1). Entre las comunidades beneficiarias de esta ley, se encuentran las familias ubicadas en la cuenca del río Anchicayá, lo cual significa que son un grupo étnico diferenciado, que en términos constitucionales, las hace acreedoras *de una especial protección constitucional*. Lo anterior significa que cualquier medida política o decisión jurídica que los afecte de manera directa debe tener presente las condiciones de vulnerabilidad y abandono histórico en las que se encuentran y, en consecuencia, adoptar las medidas necesarias para garantizar sus derechos.

No obstante, lo que se ha verificado en el presente asunto ha sido una situación contraria a los derechos de las comunidades negras de la cuenca del río Anchicayá y una negación permanente de esa realidad legal y constitucional que los protege. En efecto, la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca del **7 de septiembre del 2009** en la que se reconoció la indemnización que debía pagar la empresa a la comunidad afectada por sus malas prácticas, ha resultado materialmente imposible de ejecutar, toda vez que diversas decisiones judiciales han creado un entramado de dilaciones injustificadas, que en la práctica han hecho nugatorios los derechos fundamentales de las comunidades negras al debido proceso (artículo 29) y al acceso a la administración de justicia (artículos 228 y 229) de la Constitución Política, pues llevan más de **8 años esperando las indemnizaciones debidas por un daño cometido en el 2001**.

Desde la sentencia de Tutela No. 274 de 2012, posteriormente anulada por la Sala Plena de la Corte en el **Auto 132 de 2015**, se han evidenciado una serie de yerros que vale la pena mencionar y corregir para garantizar los derechos fundamentales de las comunidades negras asentadas en el río Anchicayá. Conviene, entonces, hacer unas breves referencias al

citado Auto de la Corte. Sea lo primero indicar, que la Corte tomo la decisión adecuada al anular la sentencia T-274 de 2012, toda vez que para tutelar los derechos de “EPSA” se habría apartado del precedente jurisprudencial que le imponía verificar, en el caso concreto, la idoneidad del recurso judicial efectivo que haría procedente la tutela como mecanismo subsidiario y transitorio, como en efecto lo hicieron, en primera y segunda instancia, las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado que rechazaron la tutela por improcedente. Adicionalmente, acertó la Corte al advertir que la sentencia T-274 del 2012 constituía *una violación al derecho fundamental al debido proceso* de las comunidades negras asentadas en el río Anchicayá.

No obstante, como lo señala en su aclaración de voto el Magistrado Jorge Ignacio Pretelt, la Corte dejo de analizar otros elementos de relevancia constitucional, toda vez que refieren *a los derechos fundamentales vulnerados con la sentencia y a las comunidades afectadas*. En este sentido, indico que “se trataba de un caso emblemático en que están en juego las comunidades negras de la cuenca del Pacífico colombiano, comunidades que a lo largo de la jurisprudencia de esta Corporación, decisiones como el Auto 005 de 2009 o la sentencia C-253 de 2013 se han considerado como comunidades históricamente discriminadas, titulares de derechos colectivos y en virtud del artículo 13 Constitucional objeto de un enfoque diferencial que debe tener en cuenta sus necesidades y características”. (Aclaración de voto del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt al Auto 132/2015). Subrayado y negritas nuestro. Más adelante señaló

Los hechos que fueron objeto de la indemnización que se quería impugnar con la sentencia de T-274 de 2012, no solamente afectaron a un grupo étnico con una protección especial de la constitución, sino que afectaron a una población vulnerable, históricamente discriminada y marginada de los beneficios económicos del país. Con la sentencia T-274 de 2012 se borra de un solo golpe el decantado proceso jurisprudencial a través del cual la Corte se había convertido en el motor de protección de las comunidades étnicas, en violaciones diversas, como la afectación grave de su territorio por los perjuicios ambientales. (Aclaración de voto del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt al Auto 132/2015). Subrayado nuestro.

Ahora bien, en virtud del citado Auto 132 la Corte Constitucional se vio en la obligación de expedir una nueva sentencia, la **SU-686 del 2015**, para que concluyera el trámite de la tutela interpuesta por “EPSA”. En dicha decisión, la Sala Plena de la Corte resolvió confirmar las decisiones de la Sección Quinta y Cuarta del Consejo de Estado, en el sentido de rechazar la tutela interpuesta por “EPSA” por considerarla improcedente. Adicionalmente, ordenó al Consejo de Estado anular el **Auto del 24 de octubre del 2012**, mediante el cual se había archivado el expediente de la acción de grupo y, en consecuencia, le conminó a continuar el proceso del *mecanismo de revisión eventual*. No obstante, la decisión de la Corte nada dijo acerca de las comunidades afrodescendientes quienes fueron las directa-

mente afectadas con la decisión T-274 de 2012. Más aún, la decisión de ordenar al Consejo de Estado el desarchivo del expediente de la acción de grupo ha significado, en la práctica, la dilación del acceso a la justicia por parte de las comunidades como lo advirtieron varios magistrados y magistradas en la aclaración de sus votos. La Magistrada María Victoria Calle, por ejemplo, indicó en su voto de aclaración que “la mejor manera de defender los intereses especialmente protegidos por la Constitución era (i) declarar la improcedencia de la acción por el no agotamiento de recursos, (ii) defender la autonomía e independencia del juez natural, y (iii) preservar la cosa juzgada de una decisión administrativa favorable a la Comunidad Negra del Río Anchicayá. Y, para lograr todos esos fines de relevancia constitucional bastaba con declarar la improcedencia del amparo” (Aclaración de voto de la Magistrada María Victoria Calle a la sentencia SU-686 del 2015).

Por su parte, el Magistrado Jorge Iván Palacio en su salvamento parcial de voto, advirtió que el Tribunal Constitucional debió abordar el fondo del asunto planteado y limitarse a confirmar las decisiones de Primera y Segunda instancia del Consejo de Estado, sin que fuera necesario remitir de nuevo el expediente a esa Corte “para que en un procedimiento cuya duración promedio oscila *entre los 3 y 7 años se defina la situación jurídica de la comunidad demandante*” (Salvamento parcial de voto del Magistrado Jorge Iván Palacio a la sentencia SU-686 del 2015). Negrilla y cursiva fuera del original. Más adelante indicó el magistrado

3. Pienso que con la orden de desarchivar el proceso de revisión y remitirla de nuevo al Consejo de Estado, se somete a la población afectada a un nuevo aplazamiento en la ejecución del fallo que los favoreció y a una indefinición que se prolongará en el tiempo, desconociendo así el derecho a acceder a la administración de justicia sin dilaciones injustificadas. Esta decisión es especialmente desafortunada si se tiene en cuenta que (i) las comunidades llevan esperando la protección de sus derechos por casi dos décadas, razón por la cual la decisión ha debido tomarse directamente por la Corte Constitucional y (ii) está de por medio el derecho a la indemnización de sujetos de especial protección constitucional, como lo son las comunidades afro.

En lo que respecta a la primera de las dimensiones (la espera por casi dos décadas), vale la pena resaltar que tal y como lo ha manifestado esta Corporación, el derecho a una recta y pronta administración de justicia, sin dilaciones injustificadas, forma parte del derecho fundamental al debido proceso al “*dejar de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al estado, en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción*”⁵. En igual medida el artículo 228 de la Carta Política define la administración de justicia como una función pública, e impone a todas las autoridades judiciales la responsabilidad de “*hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se resumen en que el*

⁵ Sentencia C-390 de 2014.

*Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados*⁶.

Sobre la segunda dimensión (derecho a la reparación) vale la pena destacar que esta Corporación en el auto 005 de 2009 afirmó que: “*el avance de megaproyectos y la adopción de legislación que afecta los derechos territoriales y ambientales de las comunidades afrocolombianas, están generando las condiciones para que éstas sean desposeídas de su patrimonio territorial y de su hábitat ambiental y por lo tanto, para que la brecha de las desigualdades se mantenga, cualifique y profundice*”. Así las cosas, la indemnización reconocida en el marco de la acción de grupo presentada por la Comunidad Negra del Bajo Río Anchicayá puede ser considerada como una medida que permite superar la pobreza estructural en la cual han vivido estas comunidades históricamente, sin embargo, la decisión adoptada en la sentencia SU-686 de 2015 pone en suspenso la materialización de estas garantías. (Salvamento parcial de voto del Magistrado Jorge Iván Palacio a la sentencia SU-686 del 2015) Subrayado nuestro.

En su salvamento parcial de voto, el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, también hace énfasis en que con esa decisión se retrasa, *nuevamente*, “el pago de la indemnización que las comunidades negras de Anchicayá han esperado durante **más de diez años**” (Salvamento parcial de voto del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva a la sentencia SU-686 del 2015) Negrilla fuera del original. Como se observa, los propios magistrados de la Corte Constitucional han advertido sobre las dilaciones injustificadas que se han adelantado en el presente asunto, en detrimento de los derechos fundamentales de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Anchicayá, que cómo se indicó, son sujetos de especial protección constitucional. Ahora bien, el tema no se agota allí, el **auto del 22 de septiembre de 2016** de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que es objeto de reproche en sede de tutela y que motivó la presentación del actual *amicus*, profundizó el estado de desprotección de las comunidades afrodescendientes.

En efecto, al indicarse que, no resultaba razonable proseguir con el trámite del cumplimiento del fallo del Tribunal que concedió la indemnización a la comunidad y, en consecuencia, ordenar la suspensión de sus efectos, el auto del 22 de septiembre se constituyó en una flagrante vulneración de los preceptos constitucionales (artículos 7, 10, 13, 68 y 72) de aplicación directa por parte de las autoridades judiciales y en un desconocimiento de los preceptos legales (ley 70 de 1993) y de decisiones de la Corte Constitucional (sentencia C-169 del 2001, Auto 005 del 2009 y sentencia C-253 del mismo año) que han reconocido, se insiste en esto, la **especial protección constitucional** de estas comunidades, la cual, hasta el momento no ha sido materializada ni efectiva, quedándose en una mera expresión retórica.

⁶ Sentencia T-283 de 2013.

Respecto de *la especial protección constitucional* de las comunidades afrocolombianas, la Corte Constitucional en **Auto 073 de 2014 (Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004)**, indicó que “la protección de las comunidades negras como pueblo tribal, en los términos de la ley 70 de 1993 y del Convenio 169 de la OIT, se da en virtud de la identidad y el autoreconocimiento como grupo étnico”. Al respecto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, en el **Auto 005 de 2009**, afirmó lo siguiente

El punto de partida y el fundamento común de la presente providencia es el carácter de sujetos de especial protección constitucional que tienen las comunidades afrodescendientes. Esta condición de sujetos de especial protección impone a las autoridades estatales a todo nivel, respecto de la población afrocolombiana víctima de desplazamiento forzado, especiales deberes de prevención, atención y salvaguarda de sus derechos individuales y colectivos, a cuyo cumplimiento deben prestar particular diligencia. Tal carácter de sujetos de especial protección constitucional justifica, como se indicó en la sentencia T-025 de 2004, la adopción de medidas de diferenciación positiva, que atiendan a sus condiciones de especial vulnerabilidad e indefensión y propendan, a través de un trato preferente, por materializar el goce efectivo de sus derechos.⁷ (Subrayado y negrilla fuera del original).

Ahora bien, la sentencia C-169 de 2001, anteriormente referenciada, sentó precedente en el sentido de que las comunidades negras son “un grupo étnico especial”, conforme a los preceptos normativos nacionales (ley 70 de 1993) e internacionales (Convenio 169 de la OIT). Respecto del Convenio de la OIT, resultan de especial importancia en su observancia para el presente caso, los artículos 2⁸, 3⁹ y 4¹⁰ en la medida en que el Convenio de la OIT ha sido ratificado por Colombia y apro-

⁷ Corte Constitucional. M.P. Manuel José Cepeda. Auto 005 del 2009.

⁸ Artículo 2o.

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

⁹ Artículo 3o.

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.

Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

¹⁰ Artículo 4o.

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libre mente por los pueblos interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

bado mediante legislación permanente por la ley 21 de 1991, de tal manera que el análisis del presente caso debe tener en consideración los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano.

En consideración con estos argumentos, se evidencia la procedencia de la actual acción de tutela contra el auto del 22 de septiembre del 2016, en la medida en que se configura una violación directa de la Constitución, en el sentido expresado por la jurisprudencia **SU-198 del 2013**, pues se han dejado de (i) aplicar disposiciones *ius fundamentales* en el caso concreto; y, adicionalmente, porque (ii) se ha aplicado la ley al margen de los dictados de la Constitución. Esta constatación por sí sola haría procedente la actual acción de tutela, no obstante, es oportuno realizar unas breves reflexiones sobre otros asuntos de relevancia jurídica.

iii. Del defecto procedimental absoluto y del material o sustantivo en el caso concreto.

En plena concordancia con lo hasta ahora expuesto, entramos a analizar los defectos procedimentales absolutos y los materiales o sustantivos de los que adolece la decisión del 22 de septiembre del 2016 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. En sentencia **T-386 del 2010**, la Corte indicó sobre el *defecto procedimental absoluto* lo siguiente

El fundamento normativo de esta causal genérica de procedibilidad contra providencias judiciales, surge de los artículos 29 y 228 de la carta política, atinentes al debido proceso y el acceso a la administración de justicia (...), y la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales. La aparente tensión que pudiera generarse entre el respeto a las formalidades procesales y la primacía del derecho sustancial que contemplan tales preceptivas en la administración de justicia, encuentra solución “en la concepción de las formas procedimentales como un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos, y no como fines en sí mismas”.

Esta corporación, de acuerdo con lo precedente, ha dispuesto:

“El derecho de acceso a la administración de justicia aparece, ciertamente, como el derecho formal a acceder a la justicia, pero además a acceder a una justicia que busque, en la mayor medida posible, proveer una decisión de fondo para el asunto presentado. Así, una violación del derecho a acceder a la administración de justicia se presenta no sólo cuando al actor se le dificulta o imposibilita tal acceso, sino también cuando la administración de justicia le permite acceder, pero no evalúa sus pretensiones o las evalúa tan sólo en apariencia, pues acaba tomando en realidad una decisión con base en consideraciones superficiales o de carácter excesivamente formal, que no tienen valor instrumental en la garantía de otros derechos fundamentales, en un caso en que es posible adoptar una decisión diferente

con fundamento en una interpretación orientada a la protección efectiva de los derechos fundamentales.¹¹”

Respecto del *defecto material o sustantivo* ha dicho la Corte en decisión **T-023 del 2012** lo siguiente

7.1. Según la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando: (i) los jueces fundamentan su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto y, en razón de ello, desconocen de manera directa un derecho fundamental; (ii) la providencia judicial carece de motivación material o ella es manifiestamente irrazonable o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes” o cuando en una decisión judicial “se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial”¹².

La decisión reflejada en el auto del Consejo de Estado que decidió suspender los efectos de la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso de acción de grupo No. 200204584-01, se habría tomado en consideración de la sentencia **SU-686 de 2015**, es decir, que esta sentencia se tomó como fundamento legal, jurídico, para tomar la decisión de suspender los efectos de la decisión del Tribunal. Ya hemos puesto de presente, que dicha decisión, según los propios magistrados de la Corte, redundó en detrimento de los derechos fundamentales de las comunidades negras asentadas en la cuenca del río Anchicayá, pues advertían las dilaciones constantes que no han permitido hacer materialmente exigible la indemnización, lo cual, resulta en una violación directa de la Constitución como se argumentó en precedencia. Esta sola constatación era suficiente para apartarse de la decisión de la Corte Constitucional bajo la aplicación de la figura de la excepción por inconstitucionalidad.

Sin embargo, después de un atento estudio de la sentencia **SU-686 de 2015** y del **Auto 132 del mismo año** que la precede y hace parte integral de la decisión, no se puede colegir, *de ninguna manera*, que la Corte haya tan siquiera insinuado la no exigibilidad de la sentencia del Tribunal o que la misma tuviese que ser suspendida por alguna razón. La interpretación que hace el Consejo de Estado en su Sección Tercera respecto de la providencia de la Corte Constitucional, que le sirve de fundamento para la expedición del auto del 22 de septiembre del 2016, es errónea y manifiestamente violatoria de los derechos fundamentales de las comunidades negras del río Anchicayá. Sobre la imposibilidad de hacer exigible la decisión del Tribunal, lo que se dijo en el auto 132/2015 fue que

¹¹ Corte Constitucional. M.P. Dr., Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia T-386 del 21 de mayo del 2010

¹² Corte Constitucional. M.P. Dr., Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia T-023 del 23 de enero del 2012.



Podría alegarse en gracia de discusión que al estar en firme la sentencia de la acción de grupo, su carácter ejecutorio significaba que la empresa podría tener que despojarse de una cuantía significativa de recursos económicos que después no podría recuperar. Sin embargo, este argumento no es de recibo al menos por tres razones distintas. En primer lugar, porque el apoderado de las comunidades negras de Anchicayá no ha recibido copia auténtica de la Sentencia, ya que el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca se la ha negado en diversas oportunidades, hasta tanto el Consejo de Estado no decida la revisión de la Sentencia de la acción de grupo. Por lo tanto, hasta el momento en que se notificó la Sentencia T-274 de 2012, la sentencia de la acción de grupo no se había podido ejecutar. En segunda medida, porque según la sentencia de la acción de grupo la indemnización debe ser entregada a la Defensoría del Pueblo, lo cual desvirtúa una eventual dificultad para recuperar los recursos. Y finalmente, en tercera medida, porque el deber de desembolsar los recursos de la indemnización se relaciona con intereses de carácter económico, pero no afecta los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia invocados por la empresa¹³. (Subrayado y negrilla fuera del original)

Ahora bien, en la **sentencia SU-686 del 2015** lo que se indicó por parte de la Corte Constitucional al evaluar la posible afectación al debido proceso de la Empresa, fue que

26. Podría alegarse que la afectación del debido proceso está íntimamente relacionada con la obligación que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca le impuso a la empresa demandante de pagar una indemnización a las comunidades negras del Río Anchicayá. Por lo tanto, la demora en decidir incide sobre el monto de los intereses que le corresponde pagar a la empresa. Más aun, podría alegarse que la demora podría incidir gravemente sobre el patrimonio de la empresa en la medida en que ésta pague la indemnización y posteriormente el Consejo de Estado decida que no hay lugar a una indemnización, o que ésta debe ser inferior a las sumas ya pagadas. La empresa podría verse en dificultades para recuperar tales sumas.

Sin embargo, aun cuando la posibilidad de afectación del patrimonio de la empresa es real, por sí misma no incide sobre ninguno de los derechos fundamentales que nuestra Constitución Política les reconoce a las personas jurídicas. Por otra parte, la posibilidad de que la demora en la revisión afecte patrimonialmente a la empresa no es de recibo en el presente caso, pues el pago de la indemnización reconocida por la sentencia del Tribunal no es actualmente exigible. Por lo tanto, la Corte concluye que el mecanismo de revisión es eficaz para proteger los derechos fundamentales de la empresa demandante¹⁴. (Subrayado y negrilla fuera del original).

Una interpretación sistemática y congruente de las dos decisiones de la Corte Constitucional, nos debe llevar a la única conclusión de que la decisión del Tribunal no era exigible y no ha podido materializarse, en la medida en que al apoderado de la comunidad negra del

¹³ Corte Constitucional. M.S. Dra., Gloria Stella Ortiz. Auto 132 del 16 de abril del 2015, pp. 39

¹⁴ Corte Constitucional. M.P. Dra., Gloria Stella Ortiz. Sentencia SU-686 del 5 de noviembre del 2015, pp. 41

río Anchicayá, se le ha **negado** la copia auténtica de la sentencia del Tribunal para hacer efectiva la indemnización, situación que de suyo, constituye un desconocimiento de la normatividad administrativa como más adelante indicaremos. Las decisiones de la Corte *nada dicen* respecto de los beneficiarios ausentes o de la conformación del grupo objeto de indemnización, mucho menos indica algo respecto al derecho de acceso a la administración de justicia de los beneficiarios ausentes, como arguye en el auto del 22 de septiembre del 2016 el Consejo de Estado, en este sentido, su decisión de suspender los efectos de la providencia del Tribunal Administrativo *no tiene fundamento jurídico alguno*, pero sí genera un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales de la comunidad que ya ha sido reconocida en un fallo y cuya indemnización, **casi dos décadas después de los daños ocasionados**, aún siguen esperando.

En este sentido, es necesario advertir que, en virtud del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en particular del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se establece el *plazo razonable* que deben cumplir los procesos judiciales en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas. La Corte Interamericana de Derechos humanos ha establecido sobre el particular lo siguiente

Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (cf. *Caso Genie Lacayo*, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr 77; y *Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A No. 195-A*, párr. 30; *Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A No. 262*, párr. 30)¹⁵.

Con fundamento en la jurisprudencia de la Corte IDH al analizar el caso concreto, se advierte que los procedimientos administrativos-judiciales han excedido por mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana. Ello por cuanto las decisiones de Primera y Segunda Instancia (del juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, *sentencia del 20 de mayo del 2009*, y del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, decisión del *7 de septiembre del 2009*) han venido siendo desconocidas por diferentes fallos judiciales que han imposibilitado su materialización efectiva en favor de las comunidades negras. Así las cosas, la conducta de las autoridades judiciales, en este caso puntal, ha servido para que casi una década después de proferidos los fallos que garantizan la indemnización por los perjuicios causados a la comunidad, estos no se hayan podido materializar, lo cual constituye una lesión permanente de los derechos fundamentales de las comunidades negras del río Anchicayá.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia del 12 de noviembre de 1997.

Ahora bien, con anterioridad habíamos hecho referencia al **Auto de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de marzo del 2012**, el cual decidió *seleccionar para su revisión eventual la sentencia del 7 de septiembre del 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca*. En aquella decisión, el Consejo de Estado con fundamento en el artículo 11 de la ley 1285 del 2009 el cual adicionó con el artículo 36A la ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia)¹⁶, aclaró que *“el objeto de la revisión eventual de las providencias que ponen fin a un proceso de acción popular es la **unificación de la jurisprudencia**”* con miras a garantizar diferentes principios de la administración de la justicia. En el citado Auto se puntualizó lo siguiente

En tales condiciones, si la finalidad del mecanismo de revisión eventual es la unificación de la jurisprudencia, *no es posible utilizarlo como un nuevo recurso o una instancia adicional dentro del trámite de las acciones populares o de grupo, lo que, en consecuencia, descarta que se puedan considerar, para efectos de la selección, razones de inconformidad con la providencia y sus fundamentos, o dirigidos a replantear el tema de fondo ya discutido y definido en las instancias respectivas*¹⁷. (Negrilla y cursiva fuera del original).

La citada norma 1285 del 2009, fue objeto de control constitucional mediante **sentencia C-713 del 2008**, allí la Corte Constitucional fue clara en advertir que

11.3.- De otra parte, el inciso segundo del artículo 11 del proyecto, así como la expresión final del inciso tercero, señalan que la decisión de instancia en las acciones populares y de grupo sólo producirá efectos cuando el Consejo de Estado decida sobre la selección o se pronuncie en virtud de la revisión eventual, con las excepciones que fije la ley. A juicio de la Corte esta regulación es inconstitucional por desconocimiento de los principios de efectividad de los derechos (art.2 CP) y acceso efectivo a la administración de justicia (art.228 CP).

La jurisprudencia ha reconocido que el principio de efectividad de los derechos es inherente a la vigencia de un Estado Social de Derecho, donde se convierte en un postulado *“de rigurosa importancia”*. De esta manera, si los jueces son quienes en sus providencias definen, para el caso concreto, el contenido y alcance de los derechos constitucionales -conforme a la interpretación de esta Corte como supremo intérprete de la Constitución-, se hace necesario garantizar su eficacia material cuando resulten vulnerados o amenazados y así haya sido declarado en una sentencia judicial, lo que no ocurre en el caso de la norma objeto de examen.

(...)

El inciso 2° del artículo 11 del proyecto representa así una medida que pone en riesgo la protección de los derechos involucrados en las acciones constitucionales populares y de grupo, y con ello viola el acceso efectivo a la administración de jus-

¹⁶ Al respecto de la norma mencionada ver nota a pie de página 1 del actual *amicus* en la cual se cita parte del artículo

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp.: **76001-23-31-000-2002-04584-02** del 28 de marzo del 2012.

ticia (art.228 CP), pues el cumplimiento de una orden judicial se prolonga indefinidamente en el tiempo sin que existan motivos que lo justifiquen, más aún cuando la trascendencia de los derechos involucrados reclama una especial cautela de los operadores jurídicos¹⁸. (Subrayado fuera del original).

En **Auto del 14 de julio del 2009, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente 2007-00244-01**, recoge la argumentación de la Corte Constitucional en el sentido de unificar jurisprudencia respecto de que la solicitud de revisión eventual *no suspende los efectos de la sentencia de la acción de grupo*, razón por la cual esta se debe hacer cumplir. De tal manera que, el Consejo de Estado en su Sección Tercera, al suspender los efectos de la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que reconocía la indemnización a las comunidades negras de la cuenca del río Anchicayá, está desconociendo el precedente jurisprudencial en la materia, al tiempo que se aparta de lo dispuesto en la normatividad que regula el mecanismo de revisión eventual. En consideración con lo expuesto, consideramos que se verifican los preceptos señalados por la jurisprudencia constitucional respecto de los defectos procedimental absoluto y material o sustantivo, toda vez que, la decisión del Consejo de Estado carece de fundamento jurídico alguno, pues interpreta de manera incorrecta la sentencia SU-686 del 2015, causando además un perjuicio a los derechos fundamentales de los beneficiados con el fallo del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, los cuales, como se ha reiterado aquí, son objeto de protección constitucional prevalente.

Adicionalmente, la decisión del Consejo de Estado resulta manifiestamente irrazonable, toda vez la providencia de segunda instancia del Tribunal del Valle del Cauca contemplaba la posibilidad de protección de los derechos de aquellos eventuales beneficiarios ausentes del proceso de la acción de grupo, luego entonces no era necesario, *ni razonable* suspender los efectos de una decisión que lesionan, gravemente, las expectativas legítimas de la comunidad afrodescendiente del río Anchicayá. Más aún, el artículo 55 de la ley 472 de 1998, establece que los eventuales beneficiarios ausentes podrán dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la sentencia, hacerse parte dentro de la acción de grupo para reclamar su correspondiente indemnización. La decisión del Consejo de Estado no era necesaria y si constituye un grave daño a los derechos fundamentales de por lo menos **6.000** víctimas reales ya reconocidas en el proceso de la acción de grupo.

Más aún, se tiene información de que antes de que se notificara el auto del 22 de septiembre del Consejo de Estado, ya la sentencia del Tribunal había sido publicada y se presentaron veinte (20) eventuales beneficiarios dentro de los 20 días siguientes. La decisión del Consejo de Estado que en teoría procuraba proteger a estos eventuales beneficiarios, ter-

¹⁸ Corte Constitucional. M.P. Dra., Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia C-713 del 15 de julio del 2008

mino perjudicándolos también, por cuanto ahora todas las víctimas deben esperar a que se resuelva una revisión eventual que dura entre 5 y 7 años aproximadamente. Una cosa más habría que adicionar a este lesivo panorama, el Consejo de Estado en el auto del 22 de septiembre del 2016 decidió, a través de la *figura de la “enmienda”*, reformar el auto de selección del 28 de marzo del 2012 del propio Consejo de Estado, el cual estaba en firme, no teniendo la competencia para ello, generando un contexto de indeterminación e incertidumbre respecto de las partes que acuden a la administración de justicia para tener claridad sobre la resolución de sus disputas, haciendo uso además de una figura procesal, la enmienda, que no existe en el ordenamiento jurídico colombiano constituyéndose en una actividad jurídica arbitraria.

Para concluir el presente *amicus*, se quiere también llamar la atención sobre que las partes en **mayo del 2017**, de común acuerdo y con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 61 de la ley 472 de 1998, le solicitaron a la Sección Tercera del Consejo de Estado *citar a audiencia de conciliación* para someter a su consideración una fórmula que permitiera poner fin de forma *concertada* las diferencias existentes entre los integrantes de la comunidad y “EPSA”. Sin embargo, hasta la fecha el Consejo de Estado no ha llevado a cabo dicha audiencia de conciliación, desconociendo lo estipulado en la norma referenciada. Adicionalmente, hemos tenido información respecto de que el actual caso se encuentra ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, institución que en fecha **22 de marzo de la presente anualidad**, dio trámite al **caso 13.166 -Comunidad Afrodescendiente del Río Anchicayá-** para resolver de manera conjunta sobre la admisibilidad y el fondo del asunto, por lo tanto, es de urgencia resolver el presente asunto en sede nacional para no activar la posible jurisdicción del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Conclusiones y solicitudes

En virtud de los argumentos expuestos a lo largo del presente *amicus*, ha quedado evidenciada la preocupante situación de las comunidades negras asentadas en la cuenca del río Anchicayá, sujetos de especial protección constitucional, que se han visto envueltos en una serie de circunstancias jurídicas que han redundado en la lesión de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Las constantes dilaciones respecto del reconocimiento de las indemnizaciones a que tienen derecho en virtud del fallo del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, constituyen una infracción a los derechos internacionalmente protegidos, en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la protección judicial y las Garantías Judiciales, en relación con la obligación genérica de respeto de los derechos humanos.

En tal virtud, acompañamos las pretensiones expuestas en la tutela por parte del apoderado de las comunidades del río Anchicayá y le solicitamos muy respetuosamente al Consejo de Estado que de trámite, lo más pronto posible, a la decisión de fondo que permita hacer efectivas las indemnizaciones y derechos que les asisten a las comunidades.

De los Honorables Consejeros de Estado,



Stelsie Angers
Representante Legal para Colombia
Abogados sin fronteras Canadá