

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

STP12685-2018

Radicación n° 100415

Acta 342.

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

I. ASUNTO

1. Se pronuncia la Sala sobre la impugnación interpuesta por JAIRO ANCISAR ESCOBAR ORBES, en su condición de Alcalde del municipio de El Contadero (Nariño), quien actúa a través de apoderada especial, frente al fallo proferido el 6 de julio de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante el cual negó el amparo de su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por los Juzgados Segundo Penal Municipal y Segundo Penal del Circuito, autoridades con sede en Ipiales, trámite que se hizo extensivo a los ciudadanos Polivio Leandro Rosales Cadena y Luis Fernando López Sánchez.

II. ANTECEDENTES

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

2. Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional y las pretensiones de la parte demandante, fueron reseñados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto (A-quo

constitucional), de la forma como sigue:

«Refiere la Dra. Diana Aydee Onofre Meza, apoderada judicial del Municipio de El Contadero (N), que el 10 de abril de 2018, los señores Polivio Leandro Rosales Cadena y Luis López, interpusieron acción de tutela en contra del Municipio en mención, con el fin de que sean protegidos los derechos fundamentales de salud y vida digna de la Comunidad Indígena de San Juan, vulnerados por la Corporación Autónoma Regional de Nariño CORPONARIÑO.

Indica que la demanda tutelar se tramitó en primera instancia ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ipiales con N° de radicado 523564004002 2018 00023, quien mediante fallo de tutela del 27 de abril de 2018, decidió amparar los derechos de los accionantes, ordenando al Municipio de El Contadero que en un término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, procediera a dar trámite administrativo a la consulta previa, comunicándoles a los accionantes sobre la misma en debida forma. Adicionalmente suspendió provisionalmente la ejecución del convenio Nro. 452 de 2017, con CORPONARIÑO, cuyo objeto era la construcción de una planta de tratamiento de aguas residuales para el municipio de El Contadero (N).

Paso seguido, aclara que el municipio ha dado cumplimiento parcial del fallo, convocando a reunión a todos los habitantes de dicho municipio, incluida la comunidad indígena de San Juan, a fin de sustentar el Proyecto de Tratamiento de Aguas Residuales (en adelante PTAR, no obstante, informa que una vez terminada la reunión, los accionantes abandonaron el recinto negándose a firmar el acta de asistencia.

Informa que también se cumplió con la suspensión del convenio interadministrativo, hasta tanto se tome una decisión definitiva; y aduce que se ha requerido al Ministerio del Interior para que certifique el asentamiento de comunidades indígenas en el sitio donde se llevara (sic) a cabo el PTAR.

Seguidamente, hace alusión a la impugnación presentada frente al fallo de tutela de

primera instancia, pues considera que el ente competente para efectuar la viabilidad de la consulta previa es el Ministerio del Interior, instancia en la que se adjuntó la certificación Nro. 0494 de 2018, suscrita por ese Ministerio, por medio de la cual se certificó que no se registra la presencia de comunidades indígenas, ROM (sic) minorías en el área del proyecto de construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales en el municipio de El Contadero.

Así las cosas, señala que previo análisis, el Juez de segunda instancia, señaló la existencia de disparidad de criterios frente al proyecto, es decir, si con su realización se afectarían o no los derechos fundamentales de la comunidad del resguardo indígena de San Juan. Lo anterior, conforme a los conceptos técnicos aportados por CORPONARIÑO y del Departamento Administrativo de Sostenibilidad de la Alcaldía Municipal de Ipiales, siendo diferentes respecto al área de impacto del proyecto, frente a los afloramientos de agua cercanos como a los predios colindantes. En consecuencia, el Ad quem, confirmó la decisión de primera instancia.

Por todo lo anterior, considera que el municipio de El Contadero, no debe realizar la consulta previa que fue ordenada, pues conforme el Ministerio del Interior, no existen comunidades étnicas en el sitio donde se pretende efectuar el proyecto, y por ende sus derechos fundamentales no se verían afectados.

Afirma que los Juzgados accionados no tenían la competencia para ordenar la consulta previa, pues la misma es exclusiva del Ministerio del Interior, conforme lo establece el Decreto 2613 de 2013, la Directiva presidencial 10 del 7 de noviembre de 2013, el Convenio 169 de la OIT y los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

Complementariamente, informa que la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales PTAR, se encuentra incluida en el Plan de Ordenamiento del Recurso Hídrico Río

Boquerón desde el año 2011 elaborado por CORPONARIÑO, planteando como meta la descontaminación, la reducción de cargas contaminantes para los principales causes del río, agregando que el municipio al cual representa no solo se encuentra protegiendo un recurso hídrico como lo es el río Boquerón, sino que además prevé la necesidad de preservar los derechos fundamentales como la salud, vida, dignidad humana, desarrollo social, económico y cultural de otras regiones como Ipiales, Pupiales, Gualmatán e igualmente El Contadero, pues el río Boquerón es sobre el cual se vierten de manera directa las aguas residuales provenientes de las viviendas del casco urbano que desembocan en otras fuentes hídricas como Doña Juana y Totoral.

(...)

En armonía con los hechos que fundamentan la presente demanda tutelar, la apoderada judicial del municipio accionante, solicita salvaguardar su derecho fundamental al debido proceso, y en consecuencia revocar las decisiones proferidas por los Jueces Constitucionales dentro del proceso de tutela 2018 00023 01 o 2018 00034 por ser arbitrariamente contrarias a la Constitución y a la Ley.

Señala que la acción de tutela es procedente, para evitar la consumación de un perjuicio irremediable para los habitantes del municipio de El Contadero, pese a que no se ha instituido cosa juzgada, pues la Corte Constitucional no ha adquirido conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia».

III. DEL FALLO RECURRIDO

3. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante sentencia de 6 de julio de 2018, declaró improcedente la dispensa de las prerrogativas solicitadas por el demandante, al considerar que no están satisfechos los requisitos jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela contra un diligenciamiento de la misma naturaleza, pues adujo que no están acreditadas situaciones

fraudulentas en la adopción de determinaciones al interior del trámite constitucional atacado.

IV. DE LA IMPUGNACIÓN

4. Fue presentada por la apoderada especial del Burgomaestre del municipio de El Contadero (Nariño), quien realizó el mismo recuento fáctico y jurídico expuesto en libelo introductorio con la finalidad de lograr la protección de los derechos fundamentales que estima vulnerados, pues, en su criterio, el fallo adoptado por el A-quo desestimó los argumentos que demuestran que los fallos censurados son contrarios a derecho, toda vez que «la facultad y competencia para ordenar la ejecución de una consulta previa se encuentra endilgada al Ministerio del Interior a través de la dirección de Consulta Previa».

V. CONSIDERACIONES

5. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente la Corporación para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la sentencia de tutela adoptada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto.

6. En el caso concreto, se advierte que el problema jurídico a resolver se contrae en determinar si el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales, al confirmar la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de la misma urbe, lesionó los derechos fundamentales invocados por JAIRO ANCISAR ESCOBAR ORBES, Alcalde del municipio de El Contadero (Nariño), toda vez que, supuestamente, valoró equivocadamente los elementos de prueba que allegó al expediente donde se demuestra la ausencia de trasgresión de las garantías constitucionales de la Comunidad Indígena de San Juan, por no llevar a cabo la consulta previa para la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales de la aludida localidad, habida cuenta que, en su criterio, tal deliberación únicamente puede ser ordenada por el Ministerio del Interior.

7. Así las cosas, se aprecia con nitidez que el objetivo de la presente libelo consiste en dejar sin validez los fallos de primera y segunda instancia, proferidos al interior de aquel trámite constitucional e impedir que los mismos surtan los efectos que hoy mantienen.

8. Lo anterior conduce a afirmar, prima facie, que la actual petición de amparo resulta improcedente en virtud de la abundante jurisprudencia referente a la inviabilidad del mecanismo tuitivo que se dirige contra otro trámite de la misma índole¹.

9. Ahora bien, aunque de manera excepcional es posible ventilar asuntos de esa naturaleza en el evento que se cumplan varios presupuestos, se advierte que este instrumento también se torna inviable por la insatisfacción de los mismos, pues, según el precedente CC SU-627/15, se tiene que dichos requisitos son:

9.1. La demanda presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada, es decir, que no se está en presencia del fenómeno de cosa juzgada.

9.2. Debe probarse de manera clara y suficiente que la decisión adoptada en un anterior libelo de esa estirpe fue producto de una situación de fraude, que atenta contra el ideal de justicia presente en el derecho.

9.3. No exista otro mecanismo legal para resolver tal situación, esto es, que tiene un carácter residual.

10. Con el fin de verificar lo anterior, la Sala hizo seguimiento del trámite que surtió la acción tuitiva incoada por los ciudadanos Polivio Leandro Rosales Cadena y Luis Fernando López Sánchez, contra el municipio de El Contadero (Nariño), la cual conocieron en primera y segunda instancia los Juzgados Segundo Penal Municipal y Segundo Penal del Circuito, autoridades con sede en Ipiales, respectivamente, bajo el número 523564004002201800023, al interior de la Corte Constitucional, en sede de revisión²; y encontró que la referida actuación fue radicada el 21 de agosto de 2018 y remitida a Sala de

Selección el día 23 de igual mes y año; lo cual evidencia que dicha causa aún se encuentra en curso.

11. Por consiguiente, se advierte que JAIRO ANCISAR ESCOBAR ORBES, solicitante del presente amparo, ante la eventual desestimación del expediente de tutela por parte de la encargada de la guarda y supremacía de la Carta Magna para su análisis en sede de Revisión, ostenta la posibilidad de insistir en la disertación de aquel accionamiento, por las presuntas irregularidades cometidas por los despachos judiciales de primera y segunda instancia, al realizar el análisis del caso concreto.

12. Otro aspecto, no menos importante, es que para la observancia de los requisitos que habilitan la demanda de tutela, contra asuntos de idéntica esencia, es insuficiente con que el criterio adoptado por el juez cuestionado no sea compartido por quien formula el nuevo reproche, sino que el interesado debe acreditar en qué consistió el acto engañoso, ilegal y falaz del que fue producto el fallo atacado, lo que no fue demostrado en este evento.

13. Por esos motivos, se confirmará la negativa del amparo invocado, con el objeto de mantener incólume el juicio de improcedencia del instrumento constitucional frente a un asunto con las mismas características, así como preservar los principios de la seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad, porque eventualmente coexistirían pronunciamientos contrarios a la realidad, máxime cuando no está acreditada la generación de un perjuicio irremediable, conforme a sus características de urgencia, gravedad, inminencia y necesidad (CC T-225/93, reiterados en CC T SU 617/13 y CC T - 030/15), que permita la intromisión del juez constitucional.

14. En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, en SALA Nº 1 DE DECISIÓN EN TUTELA, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Ver, entre otras, CC SU-627/15.

2 Ver folio 3 y 4 del cuaderno de la Corte.