

283

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL
Sala Octava de Revisión

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente T-5.315.942. Sentencia T-361 de mayo 30 de 2017.
Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS

En atención a la decisión adoptada, de forma mayoritaria, por la Sala Octava de Revisión, el día 30 de mayo de 2017, me permito presentar Salvamento de Voto.

En el presente asunto considero que no se satisfacen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela relativos a su ejercicio oportuno (numeral 1) y subsidiario (numeral 2). Además, si en gracia de discusión se admitiera que ellos se encuentran satisfechos, no comparto las razones de fondo (numeral 3) con fundamento en las cuales se amparan los derechos fundamentales *“a la participación ambiental, acceso a la información pública, debido proceso y derecho de petición”* (pág. 282) ni la orden que se dicta, de manera consecuente, mediante la cual se deja sin efectos el acto administrativo reglamentario, contenido en la Resolución 2090 de 2014, proferida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (pág. 283)¹. A continuación explicaré las razones de mi desacuerdo.

1. No se satisfizo el requisito de inmediatez en el trámite de tutela

1. La sentencia justifica el cumplimiento de este requisito, con fundamento en las siguientes dos razones: (i) que la vulneración de los derechos fundamentales de los tutelantes es actual, por cuanto, *“la ausencia de participación y presunto desconocimiento continúa vigente, en la medida en que podría materializarse una supuesta vulneración en la implementación de la Resolución 2090 de 2014”* (pág. 135); y (ii) que los accionantes *“carecen de medio de control para solicitar la protección de sus derechos fundamentales quebrantados y restaurar esa situación inconstitucional”* (pág. 135).

2. La definición acerca de cuál es el término “razonable” que debe mediar entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela no ha sido pacífica en la

¹ Para efectos metodológicos, cada uno de los párrafos se identifica con un número consecutivo. En este salvamento de voto los denomino *fundamentos jurídicos* y, de manera abreviada, me refiero a ellos con la notación “fj”.

Ar
30/05/17

jurisprudencia². Por tal razón, de manera abstracta y previa, este solo puede catalogarse como *prima facie*, pues su valoración concreta está sujeta a las circunstancias específicas del caso, a las condiciones del tutelante (en especial a su situación concreta de vulnerabilidad), a los intereses jurídicos creados a favor de terceros por la actuación que se cuestiona y a la jurisprudencia constitucional en casos análogos. El término que *prima facie* se ha considerado como razonable para tal efecto es de 6 meses. Sin embargo, según la jurisprudencia constitucional, por la razón antes mencionada, en casos este término puede considerarse como *excesivo* o *insuficiente*³.

3. Me aparto de la decisión mayoritaria, al considerar que, en el presente asunto, no se satisface el requisito de inmediatez de la acción de tutela, por las siguientes razones:

4. En primer lugar, los tutelantes no acreditaron ser personas en situación de vulnerabilidad o sujetos de especial protección constitucional, circunstancias a partir de las cuales pudiera interpretarse la exigencia de inmediatez de manera flexible.

5. En segundo lugar, los tutelantes no justificaron las razones por las cuales, a pesar de contar a su disposición con el medio de control de nulidad simple (aspecto al que se hace referencia en el numeral 2 de este Salvamento), que puede interponerse en cualquier tiempo, no lo agotaron para cuestionar la constitucionalidad y legalidad de la Resolución 2090 de 2014 ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por la presunta violación de los derechos fundamentales, cuya protección exigen.

6. En tercer lugar, no comparto el argumento según el cual la vulneración del derecho a la participación en el procedimiento administrativo que dio lugar a la expedición de la Resolución 2090 de 2014 sea actual. Si en gracia de discusión se considerara este aspecto, lo máximo que podría existir es una *carencia actual de objeto por daño consumado*, que, en todo caso, haría improcedente el ejercicio de la acción de tutela, tal como dispone el numeral 4 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Esto es así, por las siguientes razones: (i) Ni la acción de tutela ni la sentencia cuestionan el procedimiento de “*implementación de la Resolución 2090 de 2014*”, en cuanto a una posible afectación actual del principio de participación. (ii) Si se admitiera el argumento mayoritario, según el cual, una vulneración pasada del derecho a la participación en la expedición de un acto administrativo se perpetúa en el tiempo, llevaría a la inaceptable conclusión de que, al menos en este tipo de casos, no sería procedente evaluar la inmediatez de la acción de tutela. Esta inferencia *ad absurdum* muestra que en realidad la presunta vulneración del derecho a la participación, alegada en el caso concreto, ya se consumó.

² En el presente asunto, dicho término fue de 7 meses. Esto es, la acción de tutela se presentó 7 meses después de que se hubiese publicado el acto administrativo que se cuestiona (a saber, la Resolución 2090 de 2014).

³ *Cfr.* Entre otras, las sentencias T-001 de 1992, C-543 de 1992, SU-961 de 1999, T-575 de 2002, T-526 de 2005, T-033 de 2010 y T-060 de 2016.

7. En cuarto lugar, las excepciones o matizaciones que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha llevado a cabo respecto del requisito de inmediatez derivan de circunstancias excepcionales, que en el presente asunto no se acreditan, tales como aquellas que se citan en el pie de página 156 (pág. 134) de la sentencia de la cual disiento. Ellas se relacionan con casos de *“acceso a una defensa técnica, a un recálculo del monto base de la pensión, a la indemnización por daños y perjuicios, a la sustitución pensional, a la pensión de sobreviviente, a la pensión de invalidez, reintegro derivado de estabilidad laboral reforzada y pago de acreencias laborales a trabajadores sindicalizados”*.

2. No se acreditó el ejercicio subsidiario de la acción de tutela

8. Como lo consideraron los jueces de instancia, no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela. En el caso concreto es procedente, para la protección idónea y eficaz de los derechos a la participación (incluso, de su especie de *“participación ambiental en la delimitación de los ecosistemas paramunos”* –pág. 273- o, como se indica en la sentencia, al presentar los 4 argumentos que fundamentan la satisfacción del requisito de subsidiariedad, el *“derecho fundamental de la participación ambiental en la delimitación de los ecosistemas paramunos”* –pág. 116-) y al debido proceso⁴, el medio de control de nulidad simple, tal como a continuación se explica.

9. La postura mayoritaria considera que en el presente asunto se satisface el requisito de subsidiariedad con fundamento en las siguientes 4 razones, *“dado que observa varias de las excepciones de la regla de improcedibilidad de acciones de tutela contra actos administrativos abstractos”* (pág. 116):

10. En primer lugar, se indica: *“[...] i) el asunto objeto de debate es de naturaleza constitucional, en la medida en que se discute sobre el alcance y la aplicación del derecho fundamental de la participación ambiental en la delimitación de los ecosistemas paramunos, hecho que supone la ausencia de idoneidad del medio de control de nulidad simple para proteger ese principio en su dimensión subjetiva”* (pág. 116). El fundamento fáctico que da soporte a esta razón es el siguiente:

⁴ Con relación a la presunta vulneración de los derechos fundamentales de petición y de acceso a la información, sin perjuicio de lo que más adelante se señala, no se considera que dicha presunta vulneración pueda servir de fundamento para dejar sin efecto la Resolución 2090 de 2014. Con relación a ellos, los actores pudieron ejercer, en su momento, no solo las acciones judiciales de que tratan el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1712 de 2014 (en cuanto a la procedencia de la acción de tutela en supuestos de negativa de acceso a la información, que expresamente lo consagra) y 26 del CPACA (relativo al *recurso de insistencia*, que puede tramitarse de manera expedita y eficaz ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo) sino también, como la ha reconocido esta Corporación, la acción de tutela. Esto es así en la medida en que cada uno de estos dos derechos tiene un ámbito de protección delimitado y, para el presente asunto, su protección pudo lograrse de manera independiente durante el procedimiento administrativo que se gestó para la expedición de la Resolución 2090 de 2014.

“[...] Los petentes señalaron que el MADS desconoció sus derechos, debido a que impidió que participaran en dicho procedimiento, y ésta se realizó de manera inadecuada. La autoridad adujo que la intervención de la comunidad y de las peticionarias se adelantó de acuerdo con lo establecido en la ley. Inclusive, enfatizó que la participación se había concentrado a la que exige el ordenamiento jurídico en los actos reglamentarios, verbigracia la respuesta de los derechos de petición y la publicidad de los documentos preparatorios. En efecto, la disputa versa sobre la vigencia y aplicación de un derecho fundamental en específico, escenario que torna inidónea [sic] el medio de control de nulidad simple” (pág. 116).

11. En segundo lugar, se señala: *“[...] ii) la aplicación del acto cuestionado posiblemente se encuentra vulnerando los derechos fundamentales de la participación, del debido proceso, de petición y de acceso a la información de los petentes” (pág. 116).*

12. En tercer lugar, se expresa: *“[...] iii) la resolución atacada tiene la probabilidad de causar un perjuicio irremediable a los derechos de los actores” (pág. 116).*

13. En cuarto lugar, se indica: *“[...] iv) el asunto involucra un conflicto social que amerita la intervención y ponderación del juez constitucional” (pág. 116).* Con relación a esta razón, más adelante, se expresa: *“[...] Este Tribunal debe cerciorarse que los ecosistemas estratégicos para el país y la vida económica de sus habitantes sean gestionados con los estándares de intervención que exige la Carta Política. Se trata que la Corte ocupe el lugar de mediador en el foro de discusión pública que permita resolver los conflictos sociales” (pág. 123).*

14. La protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela⁵. Con fundamento en la obligación que el artículo 2 de la Constitución impone a las autoridades de la República, de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, los distintos mecanismos judiciales previstos en la ley han sido establecidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la Constitución defina la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son, entonces, los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos⁶. En todo caso, el juez constitucional debe valorar, en cada situación, la idoneidad y eficacia de estos otros mecanismos judiciales, para efectos de garantizar una protección cierta y suficiente de las

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-150 de 2016.

⁶ En efecto, tanto el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, como el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, respectivamente, disponen: *“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*; *“Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: || 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”*.

garantías especificadas en la Constitución, por medio de la acción de tutela⁷. Asimismo, para garantizar la igualdad material que estipula el artículo 13 de la Constitución, según la jurisprudencia constitucional, este análisis se debe flexibilizar cuando el accionante sea una persona en situación de *vulnerabilidad*⁸. Esta última condición permite al juez de tutela atemperar el análisis acerca de la acreditación de la idoneidad y eficacia de esos otros mecanismos de defensa, tal como dispone el inciso final del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991⁹. En caso de que se acredite la condición de vulnerabilidad del accionante, debe considerarse que la acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad. En esta hipótesis, la acción de tutela procede, por regla general, como mecanismo transitorio -siempre y cuando, además, se acredite la existencia de un perjuicio irremediable- para la garantía del derecho y, excepcionalmente, como mecanismo definitivo¹⁰.

15. Con fundamento en el argumento general precedente, que seguidamente justifico en el caso en concreto, en mi concepto, las razones señaladas de forma mayoritaria por la Sala de Revisión no son suficientes para considerar satisfecho el requisito de subsidiariedad en el ejercicio de la acción de tutela.

2.1.El medio de control de nulidad simple es idóneo

16. Para garantizar la protección de los derechos de las personas y preservar la integridad del ordenamiento jurídico, en aquellos supuestos en que aquellos se afecten como consecuencia de las decisiones que adopten las autoridades públicas, sean estas particulares o generales, se ha institucionalizado la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal como lo disponen los artículos 237 de la Constitución y 103 del CAPCA¹¹. En el presente asunto, el medio de control de nulidad simple que especifica el artículo 137 del CPACA es *idóneo* y *eficaz* para la protección de los derechos fundamentales a la participación, en general y en su vertiente ambiental, y al debido proceso, que se invocaron en la demanda de tutela.

17. La *idoneidad* del otro medio judicial, en materia de acción de tutela, impone considerar su entidad para remediar la situación jurídica infringida o, en otros términos, para resolver el problema jurídico, de rango constitucional, que se plantea¹².

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-186 de 2017.

⁸ *Ibid.*

⁹ De conformidad con este apartado, “[...] *La existencia de dichos medios [otros recursos o medios de defensa judiciales] será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante*”.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-355 de 2015.

¹¹ “*Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico*”; de otra parte, se señala que, “*En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal*”.

¹² Este, para el caso objeto de estudio en la sentencia, corresponde al siguiente: “[...] *¿el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible vulneró los derechos fundamentales de la participación, del debido proceso, del acceso a la información y de petición de [...] en el procedimiento de expedición de la Resolución 2090 de 2014, acto administrativo que delimitó el páramo de jurisdicciones de Santurbán-Berlín, porque esa*

18. El medio de control de nulidad simple no se limita a ser un control formal¹³, pues, en virtud de lo dispuesto por el artículo 103 del CPACA, “[l]os procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.” En consecuencia, el control que lleva a cabo el Juez Administrativo es también un control relativo a su compatibilidad con la Constitución.

19. El artículo 137 del CPACA prevé como causal para el ejercicio del medio de control de nulidad contra actos de carácter general, la expedición irregular de los actos administrativos cuando estos “*hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia [...]*”. Los siguientes son vicios que la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha considerado se fundamentan en esta disposición: ausencia de garantía a la participación previa a la expedición de los actos administrativos generales o reglamentos¹⁴, expedición irregular por desconocimiento de las garantías propias que integran el debido proceso administrativo, o por desconocimiento de los principios constitucionales que garantizan la publicidad, transparencia o participación en la toma de decisiones. Su garantía no solo deriva de lo dispuesto en los artículos 209, 29 y 79 constitucionales, relativos a los principios que orientan la función administrativa, el debido proceso y la garantía, en los términos que disponga la ley, “*de la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo*” en materia ambiental, sino también a aquellos particulares que regulan los procedimientos administrativos especiales, como los que se

autoridad. a) no promovió la participación de todos los afectados con la decisión; b) no decretó las audiencias públicas para debatir la reglamentación, diligencias establecidas en los artículos 35 y 38 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; c) convocó a la comunidad a mesas de concertación después de que ella había tomado una determinación sobre la delimitación del páramo; d) no invitó a los actores a los diálogos en las mesas de concertación; y e) no permitió a los demandantes el acceso a los documentos preparatorios de la Resolución 2090 de 2014?” (pág. 96). De manera más general, en el acápite de “Análisis del caso concreto”, se plantea en los siguientes términos: “16.4. En este contexto, la Corte deberá evaluar si la actividad del MADS en la expedición de la Resolución 2090 de 2014 respetó los espacios de participación adecuados, que sujetan el trámite de delimitación del páramo de Santurbán” (pág. 234). Esta aproximación general, se reitera, pero en los siguientes términos, en la última parte de la decisión: “18. El presente caso entraña una discusión sobre el alcance y la vigencia del derecho a la participación en actos administrativos reglamentarios y abstractos; en concreto en la delimitación de los ecosistemas de páramo” (pág. 241).

¹³ En la sentencia, se plantea, en las páginas 106 y 272, que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se limita a ser un control formal.

¹⁴ A modo ilustrativo, mediante el auto de febrero 15 de 2016, dentro del proceso con radicado 110010327000201600008-00, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sala unitaria, señaló que no se cumplió con la divulgación y publicidad previa a la adopción de un acto administrativo general, lo que configuraba un vicio por expedición irregular. En consecuencia, ordenó la suspensión provisional de la decisión administrativa.

desarrollan en materia ambiental¹⁵, así como aquellos genéricos que integran, en caso de vacíos normativos, estos procedimientos especiales¹⁶.

¹⁵ En materia ambiental, según lo dispuesto en los numerales 12 y 13 del artículo 1 de la Ley 99 de 1993, son principios generales ambientales, que orientan la política ambiental colombiana, relevantes para el presente asunto, los siguientes: “12. El manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Nacional, será descentralizado, democrático y participativo” y “13. Para el manejo ambiental del país, se establece un Sistema Nacional Ambiental, SINA, cuyos componentes y su interrelación definen los mecanismos de actuación del Estado y la sociedad civil”. Igualmente, son relevantes los siguientes contenidos normativos: en virtud del inciso 2º del artículo 2 de la Ley 99 de 1993, le corresponde al Ministerio del Medio Ambiente (hoy, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) “formular, junto con el Presidente de la República y garantizando la participación de la comunidad, la política nacional ambiental y de recursos naturales renovables, de manera que se garantice el derecho de todas las personas a gozar de un medio ambiente sano y se proteja el patrimonio natural y la soberanía de la Nación”; y su Título X regula “los modos y procedimientos de participación ciudadana”.

¹⁶ De conformidad con lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 2 del CPACA, las disposiciones contenidas en este Código se aplican en aquellos aspectos no regulados, de manera específica, en “los procedimientos regulados en leyes especiales”.

Entre los principios orientadores de las actuaciones administrativas, sean estas iniciadas a petición de parte, o de oficio (como fue el caso del procedimiento que dio lugar a la expedición de la Resolución 2090 de 2014 – en los términos dispuestos por el numeral 4 del artículo 4 del CPACA-), son aplicables entre otras, relevantes para el *sub lite*, las siguientes disposiciones: su artículo 1, que regula la finalidad del procedimiento administrativo, según el cual, “Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares”; los numerales 6, 8, 9, 11, 12 y 13 del artículo 3, según los cuales, “6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública”; “8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal”; “9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma”; “11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa”; “12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas” y “13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas”; finalmente, lo dispuesto en su artículo 10, en virtud del cual “Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”. Esta última disposición fue declarada exequible por parte de la Corte Constitucional, en el sentido de que, “las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad” (Sentencia C-634 de 2011).

Es especialmente relevante, para el presente asunto, lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 38 del CPACA. En virtud del primero, las actuaciones administrativas, como aquellas que se inician de manera oficiosa para la regulación abstracta, general y con vocación de permanencia en el tiempo (como fue el caso de la Resolución 2090 de 2014) deben sujetarse al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes, tal como se indicó y se reitera en esta disposición, son aplicables las disposiciones de esta Parte Primera del CPACA. En virtud de la segunda disposición, los procedimientos administrativos que se

20. Además, la práctica jurisprudencial de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han admitido, de manera pacífica, la competencia del juez contencioso administrativo para declarar, incluso de oficio la nulidad de los actos administrativos que vulneren derechos fundamentales, supuesto de aplicación en el presente asunto¹⁷. Esta es una excepción al carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que reconoce la supremacía constitucional y la garantía de uno de sus pilares fundamentales: la protección de los derechos fundamentales.

21. Finalmente, no comparto el argumento en virtud del cual, para aducir que el medio de control de nulidad simple no es un medio de defensa judicial idóneo se señala que *“el asunto objeto de debate es de naturaleza constitucional, en la medida en que se discute sobre el alcance y la aplicación del derecho fundamental de la participación ambiental en la delimitación de los ecosistemas paramunos”* (pág. 116). El argumento supone, por tanto, justificar la existencia de un novísimo derecho fundamental, el *“derecho fundamental de la participación ambiental en la delimitación de los ecosistemas paramunos”* (pág. 116) para justificar la inexistencia de un medio judicial principal de defensa. Esta fundamentación, en mi concepto, no es apropiada, de conformidad con el siguiente razonamiento: (i) el artículo 94 de la Constitución es la fuente normativa que posibilita la fundamentación de

inicien de manera oficiosa, únicamente pueden realizarse mediante escrito y, en caso de que existan personas afectadas, se le impone a las autoridades competentes el deber de *“informar de la iniciación de la actuación al interesado para el ejercicio del derecho de defensa”*. Adicionalmente, prescribe que, la autoridad que inicia la actuación puede *“decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones”*. Finalmente, de conformidad con la tercera disposición, es procedente la participación de terceros en estos procedimientos administrativos, *“Cuando sus derechos o su situación jurídica puedan resultar afectados”* o *“cuando la decisión que sobre ella recaiga pueda ocasionarles perjuicios”*. Finalmente, en virtud del párrafo de esta disposición, se impone a la autoridad administrativa el deber de resolver la petición en que se solicite dicha participación, de tal forma que sus derechos sean garantizados en el trámite de la actuación administrativa, se reitera, con independencia de que tenga por objeto la expedición de una norma general.

¹⁷ Así lo consideró la Corporación en la sentencia C-197 de 1999, en la que analizó el último apartado del numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984– (que hoy se consagra en el numeral 4 del artículo 162 del CPACA), en virtud del cual se imponía a la parte demandante que, cuando se tratara de la impugnación judicial de un acto administrativo debía indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación. Con fundamento en esta disposición se atribuía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo su carácter de *jurisdicción rogada*. La Corte Constitucionalidad declaró la exequibilidad condicionada de la disposición en los siguientes términos: *“Declarar EXEQUIBLE el aparte demandado del numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, bajo la condición de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución”*. En esta sentencia se invoca, además, el precedente contenido en la sentencia SU-039 de 1997, en virtud del cual, *“en caso de violación de derechos fundamentales es posible, aplicando directamente la Constitución y una norma jurídica suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se invoquen expresamente como fundamento de la suspensión las respectivas normas”*. La *ratio decidendi* de aquella sentencia (C-197 de 1997) ha sido reiterada, incluso, de manera reciente, por parte de la jurisprudencia de la Corporación, entre otras, en las sentencias C-415 de 2012 y C-400 de 2013.

752

derechos fundamentales innominados¹⁸. (ii) De conformidad con la disposición, únicamente se habilita el reconocimiento de aquellos *inherentes a la persona humana*, tal como ha reconocido la jurisprudencia constitucional¹⁹. (iii) La sentencia no presenta razones que permitan justificar la *inherencia a la persona humana* del presunto “*derecho fundamental de la participación ambiental en la delimitación de los ecosistemas paramunos*”. Ahora, si bien el artículo 94 de la Constitución permite que el juez constitucional pueda reconocer nuevos derechos fundamentales, en las condiciones que la disposición específica, esta competencia supone una exigente carga argumentativa, en la medida en que, en principio, dadas sus colisiones y sus costos de realización, cuantos más derechos fundamentales se reconozcan, menor tiende a ser su eficacia.

2.2.El medio de control de nulidad simple es eficaz

22. La *eficacia* del mecanismo judicial alternativo hace referencia a la capacidad, en concreto, del recurso o medio de defensa judicial para proteger los derechos fundamentales cuya protección se solicita, en atención, tal como lo dispone el último apartado del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, a “*las circunstancias en que se encuentre el solicitante*”, o como se ha planteado por esta Corte, a las condiciones particulares de la parte actora²⁰, o, en definitiva, a su situación de *vulnerabilidad*²¹.

23. Con relación a la *eficacia* del medio de control de nulidad simple, en el caso concreto, se trata de un mecanismo judicial de carácter público, lo que permite que cualquier persona, incluidos los tutelantes, impugnen la decisión contenida en la Resolución 2090 de 2014. Además, el medio de control no está sujeto a caducidad²²; en consecuencia, aún puede ser propuesto por los accionantes como medio idóneo para la protección efectiva de los derechos invocados. Además, si ya estuviese en curso un proceso cuya pretensión principal fuese declarar la nulidad de la delimitación del páramo de Santurbán - Berlín, los accionantes pueden intervenir en calidad de coadyuvantes, en los términos que señala el artículo 223 del CPACA, lo que les permitiría proponer nuevos cargos en contra de la Resolución 2090 de 2014, cuya constitucionalidad se discute, asociados a aquellos propuestos en el proceso en curso.

24. La eficacia del medio de control, además, deriva de la posibilidad de solicitar las medidas cautelares que dispone el Capítulo XI del CPACA, en

¹⁸ El artículo dispone lo siguiente: “*La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*”.

¹⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-227 de 2003.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-044 de 2011.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-186 de 2017.

²² Cfr., literal a) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA.

especial, la suspensión provisional del acto administrativo general²³ y que, en los términos de la jurisprudencia constitucional, no necesariamente deben ser invocados en la demanda o coadyuvancia, dada la vinculatoriedad de los derechos fundamentales y lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución²⁴, lo que permite su declaratoria de oficio.

2.3. Los tutelantes no son personas en situación de vulnerabilidad

25. Para garantizar la igualdad material que consagra el artículo 13 de la Constitución, en los términos dispuestos por el inciso 2° del artículo 86 de la Carta y 6.1 y 8 del Decreto 2591 de 1991, el análisis acerca de la existencia de un medio de defensa judicial principal debe ser apreciado *“en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*. Este concepto, según la jurisprudencia constitucional, supone flexibilizar el análisis del requisito de subsidiariedad (en cuanto a su idoneidad y eficacia), cuando el accionante sea una persona en condición de vulnerabilidad²⁵.

26. La sentencia no analiza si la situación particular de los tutelantes pueda llevar a considerar que se trata de personas en situación de vulnerabilidad, según lo especificado por la jurisprudencia constitucional. Tampoco demuestra que, de presentarse dicha condición, ella les impida acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para cuestionar la constitucionalidad y legalidad de la Resolución 2090 de 2014. Por el contrario, de la caracterización de los accionantes que se lleva a cabo en la acción de tutela, se infiere que no se está en presencia de personas en situación de vulnerabilidad. Por ejemplo, uno de los tutelantes tiene la calidad de *“representante legal de la Corporación Colectivo de Abogados Luís Carlos Pérez”* (pág. 5) y otros actúan en nombre propio y en representación de los miembros del *“Comité por la Defensa del Páramo de Santurbán”* (pág. 5). Ello supone, por tanto, la representación de intereses de corporaciones y

²³ De hecho, en el auto de febrero 15 de 2016, de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, previamente citado, se decretó esta medida, en atención a la falta de publicidad y participación en el procedimiento de expedición del acto administrativo general que allí se cuestionó.

²⁴ La Corte Constitucional, en la sentencia C-069 de 1995, al analizar la exequibilidad del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo (cuyo análogo contenido se contiene hoy en el artículo 91 del CPACA), declaró su exequibilidad, *“con la advertencia expresa de la observancia que debe darse al mandato constitucional contenido en el artículo 4°, según el cual ‘La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’*”. Para fundamentar esta advertencia, contenida en la parte resolutive de la sentencia, la Corte indicó lo siguiente: *“Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares ‘salvo norma expresa en contrario’ como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, [...], sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones”*.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-186 de 2017.

asociaciones a las que, en principio, sería cuestionable atribuir una condición de vulnerabilidad²⁶.

2.4.No se está en presencia de un supuesto de perjuicio irremediable

27. El estudio relativo a la existencia de un supuesto de perjuicio irremediable, en los términos de los artículos 6.1 y 8 del Decreto 2591 de 1991, es procedente siempre y cuando exista un medio de defensa judicial idóneo y eficaz, para la eventual procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio. Sobre este aspecto, en la sentencia parece existir una tensión. Por una parte, se señala que no existe un medio idóneo para la protección del “*derecho fundamental de la participación ambiental en la delimitación de los ecosistemas paramunos*” (pág. 116). Sin embargo, por otra parte, se analiza si existe un supuesto de perjuicio irremediable. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, este último análisis solo es procedente, cuando existe un medio idóneo para la protección del derecho fundamental cuya vulneración se aduce. Por tanto, en la sentencia parece aceptarse, al mismo tiempo, que existe y que no existe un medio idóneo para la protección del mencionado derecho.

28. Con independencia de lo anterior, y sin perjuicio de considerar que el medio de control de nulidad simple es idóneo en el presente asunto, tal como se justificó en el numeral 2.1 *supra*, no comparto la argumentación, según la cual, en el presente asunto se está en presencia de un supuesto de perjuicio irremediable.

29. Para justificar la configuración del supuesto de perjuicio irremediable, de que tratan el numeral 1 del artículo 6 y el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, en coherencia con las exigencias de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad, que ha enunciado la jurisprudencia²⁷, se señala por la Sala, en relación con cada una de ellas, lo siguiente:

30. Se indica que “[...] *la lesión es: (i) inminente, pues el acto administrativo ha comenzado a implementarse sin que se hubiese permitido la participación de los actores ni adoptado medidas para proteger el agua y el ambiente*” (pág. 122). Esta fundamentación tiene dos contenidos: el relativo a que el perjuicio es inminente, por cuanto “*el acto administrativo ha comenzado a implementarse sin que se hubiese permitido la participación de los actores*”; el segundo, relativo a que, no se han “*adoptado medidas para proteger el agua y el ambiente*”. El primer contenido es evidencia de la inexistencia de un perjuicio irremediable. Si el acto administrativo ya se expidió sin la alegada participación, en caso de que de este hecho derivara un perjuicio –tal como los tutelantes aducen–, este ya se habría consumado. La

²⁶ Este análisis, claro está, es diferente del propuesto para acreditar la legitimación en la causa por activa de los accionantes.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 1993.

aseveración de que un perjuicio se ha consumado es incompatible con aquella según la cual, su consumación es inminente (cfr., la explicación contenida en el f.j. 6, *supra*). Con relación al segundo contenido, la sentencia afirma que se vulneran los derechos “*al agua y al ambiente*”. Sin embargo, esta afirmación es irrelevante para efectos de la procedencia de la acción de tutela. La dimensión de estos derechos aducida en la sentencia, es la de derechos colectivos y no la de derechos fundamentales. Para la protección de la dimensión de derechos colectivos, el medio idóneo es la acción popular y no la de tutela. Además, no se desprende del acto administrativo que se impugna que su contenido hubiese sido contrario a estos derechos. Por el contrario, su objeto fue precisamente lograr la conservación y preservación del ambiente, mediante la delimitación de una zona de páramo, en la que no es jurídicamente posible desarrollar actividades que pongan en peligro el recurso hídrico, que es objeto de tales derechos.

31. Se señala que la lesión a los derechos fundamentales que se invoca por los tutelantes es “*(ii) grave, ya que de llegarse a concluir que la entidad accionada tenía la obligación de adelantar de cierta manera el proceso de elaboración de la Resolución 2090 de 2014, se habría vulnerado los derechos fundamentales de los petentes. Además, se podría afectar otros principios en la aplicación del cuestionado acto administrativo, por ejemplo el agua y el ambiente*” (pág. 122). Con relación a la primera parte de la fundamentación, se trata de un razonamiento que justifica que el medio de control de nulidad simple sea un mecanismo judicial idóneo en el presente asunto. De comprobarse la vulneración del derecho constitucional de participación en materia ambiental, es el juez de lo contencioso administrativo quien tiene competencia para anular la Resolución 2090 de 2014. Con relación a la segunda parte de la fundamentación, reitero que la acción popular es el medio idóneo para proteger los derechos al agua y al ambiente, en su dimensión colectiva.

32. Igualmente, la sentencia señala que “*(iii) las medidas que se requerirían para conjurar el perjuicio irremediable serían urgentes, pues con la implementación de la resolución se consumaría la conculcación de los derechos de la participación, de debido proceso, de petición y al acceso de la información, al igual que el agua y el ambiente*” (pág. 122). Este razonamiento refuerza la idea, según la cual, en el presente asunto se está en presencia de un supuesto de carencia actual de objeto por daño consumado. Primero, en caso de haberse presentado una afectación a los derechos fundamentales a la participación y al debido proceso, esta se encuentra consumada. Por tanto, la forma idónea de obtener una *reparación* es mediante la anulación del acto administrativo que presuntamente los vulneró, eso sí, reitero, tal decisión debe ser adoptada por el juez de lo contencioso administrativo. Segundo, el acto administrativo que se cuestiona, fue expedido el día 19 de diciembre de 2014. En la fecha en que se expide esta sentencia (año de 2017), es claro que la alegada vulneración del derecho a la

759

participación en la expedición del mencionado acto administrativo, ya produjo sus efectos. Esto lleva consigo, necesariamente, la *ineficacia* de una supuesta acción de tutela que pretendiera enervar tales efectos.

33. Además, se indica que, “(iv) la acción de tutela es impostergable, dado que se requiere restablecer el orden social justo en toda su integridad, el cual pudo quebrantarse en caso que se concluya que la administración debía haber proferido el acto con el acompañamiento de ciertos mecanismos de participación. El juez de tutela sería el único que podría impedir la consumación de un daño irreparable a los derechos fundamentales de los tutelistas” (pág. 122). Esta razón, sin embargo, es análoga a la justificación de la existencia de las diferentes jurisdicciones, lo que impide que se considere una razón válida para admitir la intervención prevalente del juez de tutela –y no, del juez contencioso administrativo, que es el competente-. En efecto, una de las aproximaciones a la justicia, como institución procesal, es la búsqueda de la paz social o la resolución de conflictos sociales. De admitirse este argumento de la sentencia, habría que concluir que la acción de tutela *siempre* se torna en medio principal, a pesar de la existencia de otros mecanismos judiciales principales, en la medida en que todos o casi todos los supuestos de desconocimiento de derechos fundamentales suponen una cierta situación de conflicto social, que pretende resolver el juez constitucional²⁸. Por el efecto de irradiación de los derechos fundamentales respecto del ordenamiento jurídico, en general, las actuaciones que adelantan las autoridades administrativas (como es el caso del MADS) deben protegerlos, sin que de ello se siga que la única visión válida acerca de su protección es la del juez constitucional. Igual sucede con las demás acciones previstas en el ordenamiento jurídico. Por tanto, aducir que la acción de tutela es la única que tiene por objeto la cierta protección de esta categoría especial de derechos desconoce la idoneidad de aquellos otros remedios judiciales que permiten proteger especiales dimensiones o facetas de los derechos fundamentales.

34. De conformidad con las razones que anteceden, considero que, en el presente asunto, no se está en presencia de un supuesto de perjuicio irremediable. En todo caso, considero relevante indicar que la acción de tutela no puede sustituir los procedimientos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los jueces que la integran cuentan con la competencia y tienen la experticia necesaria para resolver con una visión constitucional e integral estos conflictos jurídicos. La acción de tutela no se puede ejercer para pretermitir los mecanismos judiciales dispuestos por el legislador para la controversia de la constitucionalidad o legalidad de los actos administrativos, pues daría lugar a que la jurisdicción constitucional sustituyera siempre o casi siempre a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

²⁸ Se resalta que esta fundamentación es análoga a la cuarta razón que se expone para considerar satisfecho el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, a que se hizo referencia en el *f.j.* 5.4. Por tanto, las razones aquí indicadas son igualmente aplicables para justificar mi disconformidad con dicha razón.

3. Razones de disentimiento en relación con el análisis de fondo del caso

35. Si en gracia de discusión se admitiera que los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, en especial, los relativos a la inmediatez y a la subsidiariedad se acreditan en el caso concreto, de todas maneras no comparto las razones de fondo con fundamento en las cuales se amparan los derechos fundamentales invocados, tal como paso a explicar.

36. A juicio de la Sala Octava de Revisión, el caso *sub examine* planteó un problema respecto del “alcance y la vigencia del derecho de la participación en actos administrativos reglamentarios y abstractos; en concreto, en la delimitación de los ecosistemas de páramos” (pág. 241). Así, al resolver el caso, concluyó que el MADS “desconoció varios de los elementos esenciales de ese principio, a saber: (i) el acceso a la información, al no suministrar el proyecto de la Resolución 2090 de 2014 [...]; y (ii) la participación pública y deliberativa de la comunidad [...]. La administración renunció a buscar el consentimiento libre de la ciudadanía, a través de un consenso razonado, y acudió a las mesas de concertación con una decisión ya tomada” (pág. 244) (subraya fuera de texto).

37. Disiento de la solución propuesta en la Sentencia, en cuanto al estándar de participación con fundamento en el cual se valoró la afectación de este derecho en el caso concreto (numeral 3.1), la falta de análisis acerca de la garantía del derecho en el caso concreto, otorgada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Social (numeral 3.2), y el análisis acerca del presunto desconocimiento del derecho de acceso a la información pública, y del derecho de petición (numeral 3.3).

3.1.El estándar de participación con fundamento en el cual se valoró la afectación de este derecho en el caso en concreto fue inadecuado por ser contrario a la jurisprudencia constitucional

38. La Sala de Revisión, de manera mayoritaria, concluyó que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible vulneró el derecho a la participación ambiental de los tutelantes y de los demás miembros del área de influencia de la regulación sobre el Páramo de Santurbán – Berlín, al desconocer varios de sus componentes básicos:

“[...] i) el acceso a la información, al no suministrar el proyecto de la Resolución 2090 de 2014 para que los accionantes cuestionaran o conocieran esa provisional conformación de voluntad de la administración; y ii) la participación pública y deliberativa de la comunidad, al omitir realizar una convocatoria amplia y abierta que incluyera a todos los afectados con la delimitación de ese bioma, y ano construir espacios de diálogo y deliberación que permitieran a la colectividad intervenir de manera efectiva y significativa en l delimitación y regulación de ese nicho ecológico. La administración renunció a buscar el consentimiento libre e informado de la ciudadanía, a

760

través de un consenso razonado, y acudió a las mesas de concertación con una decisión de delimitación ya tomada” (pág. 244).

“[...] i) no convocó a todas las personas que podrían salir afectadas con esa decisión ni efectuó una convocatoria pública y abierta para entablar un diálogo; y ii) no generó espacios de participación en donde se buscara el consentimiento libre y razonado de la comunidad, por lo que las mesas de concertación jamás se identificaron con escenarios deliberativos en los que los agentes incidieran efectivamente en la determinación final” (pág. 246).

39. Para la Sala Octava, de forma mayoritaria, el derecho a la participación ambiental debe *“buscar el consentimiento libre de la ciudadanía, a través de un consenso razonado”*. Esta afirmación resulta equivocada a la luz de la jurisprudencia constitucional, por los motivos que expongo.

40. Los escenarios de participación que garantiza la Constitución tienen un fundamento genérico en el mandato previsto en su artículo 2²⁹. Tal como ha considerado la Corte, la participación busca *“el aseguramiento de una interacción efectiva y constante entre los ciudadanos y la actividad del Estado”*³⁰. Por esta razón, el derecho a la participación ampara varias de sus manifestaciones específicas³¹: (i) el derecho a la participación política (artículo 40); (ii) el derecho a la participación ambiental (artículo 79); y, (iii) el derecho a la participación de las comunidades étnicas (artículo 330 y Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-), bien (iii.i) de forma general, cuando existe una afectación indirecta a las comunidades, o (iii.ii) de manera específica, mediante el derecho a la consulta previa, cuando existe una afectación directa a las comunidades.

41. De todos estos escenarios de participación, la jurisprudencia constitucional solo ha admitido que la participación tenga por finalidad alcanzar un *“consentimiento previo, libre e informado”* con las comunidades, en el caso de la consulta previa. Esta, también, se ha considerado, aún dentro de la garantía del derecho a la consulta previa, una regla excepcional (el estándar de participación que pretenda lograr el *“consentimiento previo, libre e informado”*). En efecto, la Corte ha precisado que *“la consulta previa a las comunidades indígenas es el estándar general, el consentimiento previo, libre e informado es un estándar excepcional que procede en los eventos descritos por la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional, asociados al traslado o reubicación de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios”*³². Asimismo, se exige este estándar excepcional en los casos en se pueda presentar *“un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma”*³³. En el

²⁹ Según este, son fines esenciales del Estado: “[...] facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación [...]”.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2011.

³¹ Corte Constitucional, Sentencias C-366 de 2011, T-666 de 2002, T-129 de 2011, C-389 de 2016, C-180 de 1994, C-035 de 2016, entre otras.

³² Corte Constitucional, Sentencia C-389 de 2016.

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-129 de 2011.

presente asunto no se acreditan los supuestos para que, de manera consecuente con la normativa y jurisprudencia constitucional, hubiese sido exigible del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial, a saber, que en el procedimiento de expedición de la Resolución 2090 de 2014 hubiese debido garantizar el estándar de participación relativo al “*consentimiento previo, libre e informado*” de las comunidades.

42. De lo anterior se deduce que la Sentencia de la cual me aparto desconoce la jurisprudencia constitucional, en cuanto al sentido y alcance del derecho a la participación ambiental. El nuevo estándar que impone la decisión de la Sala Octava exige que durante el procedimiento administrativo de delimitación de páramos sea necesario contar con el “*consentimiento previo, libre e informado*” de la comunidad. Es decir, instituye para la participación ambiental la consecuencia excepcional que la jurisprudencia constitucional ha previsto solo para supuestos límite en el caso de la consulta previa. Para llegar a esta conclusión, la Sentencia no tuvo en cuenta que este estándar cualificado de participación es una garantía particular de la consulta previa, en razón de “*la confluencia del principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación*”³⁴ que, como se señaló en el *f.j.* anterior, solo opera ante afectaciones graves al territorio ancestral y que no se acreditan en el supuesto objeto de tutela. Antes bien, el caso concreto versa sobre un aspecto netamente técnico y científico, como es el de la delimitación de los páramos.

43. Por tanto, de una parte, la presente acción de tutela no reúne los requisitos que ha exigido la jurisprudencia constitucional para que sea exigible el máximo estándar de garantía del derecho a la participación ambiental. De otra parte, la Sentencia de la cual me aparto tampoco justifica, desde una perspectiva constitucional, las razones por las cuales debe exigirse el “*consentimiento previo, libre e informado*” de las comunidades durante los procesos de delimitación de los ecosistemas de páramo. De la afirmación general acerca de que “*la participación ambiental es imprescindible para una adecuada y eficaz gestión de los ecosistemas de páramo, biomas que tienen una importancia estratégica para la regulación de los recursos hídricos y la captación [sic] de carbono*” (pág. 244), no se sigue la proporcionalidad y razonabilidad que justifique la exigencia de dicho máximo estándar, en consonancia con la jurisprudencia constitucional relativa a la consulta previa. En efecto, en la Sentencia C-389 de 2016 se precisó que “[l]a consulta es entonces un balance adecuado para ese potencial conflicto en la mayoría de los casos. El consentimiento expreso, libre e informado, sin embargo —y siempre dentro de la lógica de la proporcionalidad—, es un balance constitucionalmente diverso, en el cual los derechos de los pueblos indígenas y tribales obtienen una garantía reforzada, debido a que la medida bajo discusión puede afectar más intensamente sus derechos”³⁵.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2011.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-389 de 2016.

3.2. La Sentencia no valoró adecuadamente los escenarios de participación que fomentó la autoridad demandada para verificar si, en el caso concreto, y no de manera general y abstracta –como se hizo en la decisión–, dicha autoridad, en ejercicio de su potestad restringida de configuración concreta de este derecho fundamental, garantizó sus elementos definitorios

44. Me aparto de la decisión mayoritaria en lo que guarda relación con los otros contenidos del derecho a la participación ambiental que se le atribuyen en el caso en concreto. La Sentencia concluyó que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible vulneró el derecho a la participación ambiental de la comunidad, *“porque desconoció facetas esenciales de ese principio”*. Dentro de estas señaló que el Ministerio: (i) no facilitó ni divulgó el proyecto de la Resolución 2090 de 2014; (ii) la participación ciudadana no incluyó a todos los posibles afectados; (iii) no se garantizaron *“escenarios de participación previos, eficaces y efectivos”*, que permitieran *“lograr un consenso razonado”*.

45. Considero que la Sala Octava, al determinar estos criterios como parte del contenido del derecho a la participación ambiental, no tuvo en cuenta el objeto y finalidad de la Resolución 2090 de 2014. A diferencia de las circunstancias fácticas que rodearon los precedentes de la Corte Constitucional citados en la sentencia de la que me aparto, el acto administrativo del caso *sub examine* no tenía por propósito permitir una intervención directa o indirecta en el territorio para la explotación de los recursos naturales. Por el contrario, la Resolución tenía por objeto lograr la conservación y preservación del ambiente en la zona de páramo delimitada. En consecuencia, la Sala debió analizar que, en el caso *sub examine*, existía una posible colisión entre dos de las garantías previstas por el artículo 79 de la Constitución. Por un lado, el derecho a la participación ambiental. Por el otro, el *“derecho abstracto a gozar de un ambiente sano [...] y la obligación de conservar áreas de especial importancia ecológica”*³⁶. La Sala Octava debió ponderar ambas garantías, bajo el entendido de que ninguna de estas erige un derecho absoluto, irrestricto e ilimitado. En efecto, la Sentencia advirtió en varias ocasiones que *“ponderará todos los aspectos relevantes de la causa revisada, por lo que evitará las posiciones extremas que desconozcan algunos de los valores constitucionales que están en juego y que deben ser protegidos”* (pág. 255). Sin embargo, tal ejercicio argumentativo no se llevó a cabo en la sentencia. A mi juicio, esta omisión fue problemática, toda vez que la jurisprudencia constitucional ha señalado que:

“Las áreas de especial importancia ecológica [...] están sometidas a un régimen de protección más intenso que el resto del medio ambiente. Dicha protección tiene enormes consecuencias normativas, en la medida en que (i) se convierte en principio interpretativo de obligatoria observancia cuando se está frente a la aplicación e interpretación de normas que afecten dichas áreas de

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-666 de 2002.

*especial importancia y (ii) otorga a los individuos el derecho a disfrutar – pasivamente – de tales áreas, así como a que su integridad no se menoscabe*³⁷.

46. El razonamiento contenido en este precedente debió considerarse como un parámetro de interpretación en el momento de evaluar el deber de intervención estatal respecto de los recursos naturales. En lo que concierne a esta actividad, tal como ha considerado la jurisprudencia constitucional, “*el margen de la libertad de decisión de los particulares es significativamente menor que para el desarrollo de otras actividades económicas*”³⁸. Por consiguiente, la Sala Octava de Revisión debió analizar si las instancias de participación previstas por la Ministerio, en consideración a la finalidad de la medida y al tipo de ecosistema a proteger, eran o no suficientes en el caso en concreto y no, por el contrario, circunscribirse a fijar un estándar previo y abstracto de *cuál habría debido ser el contenido del derecho a la participación*³⁹.

47. Además de lo anterior, de manera necesaria, luego, la sentencia ha debido examinar si dicha circunstancia era acorde con la exigencia de la obtención del “*consentimiento libre de la ciudadanía*”, como estándar de garantía del derecho fundamental a la participación. O, por el contrario, si el contenido y alcance de este derecho se debía analizar a luz de lo que la Administración había previsto en casos similares. En concreto, la Sala ha debido considerar cuáles eran los estándares de participación exigibles ante la declaratoria de un área protegida⁴⁰ o de un área de especial importancia ecológica. A partir de ello, ha debido evaluar: (i) si el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible había cumplido con dicho parámetro; o, (ii) si, dadas las circunstancias específicas del caso, era necesario desarrollar nuevos parámetros de participación, dentro de los cuales se incluyera el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades que habitaban en la zona de influencia de la delimitación del páramo. Todo lo anterior, máxime, si se tiene en cuenta que parte de las zonas que quedaron comprendidas dentro de la delimitación ya habían sido declaradas como un área protegida⁴¹. Por tanto, la Sentencia no valoró adecuadamente los escenarios de participación que fomentó la autoridad demandada para verificar si, en el caso concreto, y

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-666 de 2002.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2016.

³⁹ Dicho estándar, general y abstracto, fue desarrollado ampliamente por parte de la Sala de Revisión en los 7 pasos descritos en las págs. 228 a 232. Estos fueron el fundamento para ordenar que, de manera concreta, el Ministerio cumpliera con ellos, en la decisión que tuviese por objeto sustituir el acto administrativo que se dejó sin efectos, y que se desarrollaron, de manera concreta, en el numeral 19.2 de la decisión (págs. 257 a 260).

⁴⁰ Decreto 2372 de 2010. “*Artículo 10. Áreas protegidas del SINAP. Las categorías de áreas protegidas que conforman el SINAP son: Áreas Protegidas Públicas: a) Las del Sistema de Parques Nacionales Naturales; b) Las Reservas Forestales Protectoras; c) Los Parques Naturales Regionales; d) Los Distritos de Manejo Integrado; e) Los Distritos de Conservación de Suelos; f) Las Áreas de Recreación*”.

⁴¹ Por ejemplo, mediante el Acuerdo 1236 de 16 de enero de 2013, fue declarado el Parque Natural Regional Páramo de Santurbán. Mediante el Acuerdo 020 de 2013, fue declarado el Parque Natural Regional Santurbán-Salazar-Las Palmas. Mediante el Acuerdo 008 de 2008, fue declarado el Parque Natural Regional Sisavita.

no de manera general y abstracta –como se hizo en la decisión–, dicha autoridad, en ejercicio de su potestad restringida de configuración concreta de este derecho fundamental, había garantizado sus elementos definitorios.

48. No puede perderse de vista que la delimitación, en todo caso, no puede obedecer solo al consentimiento o consenso logrado con la comunidad. Como señala el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011, *“la delimitación de ecosistemas de páramos y humedales deberán ser delimitados [...] con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente [...]”*⁴². Esta disposición también debió ser considerada por la Sala Octava para definir el alcance y contenido del derecho a la participación. Los derechos fundamentales pueden y deben ser desarrollados y garantizados, en el ámbito de sus competencias, por la Administración, el Legislador y los Jueces de la República, en cuanto a estos últimos, con independencia de la jurisdicción de la que formen parte. En el presente asunto, la Sala de Revisión debió valorar la forma en que el Ministerio, de manera concreta, garantizó el derecho a la participación, sobre todo porque, el objeto de la Resolución 2090 de 2014, era uno de alto contenido técnico y especializado.

49. Por último, considero que la Sentencia no valoró que el derecho a la participación implica la existencia de un proceso deliberativo frente a la toma de decisiones del Estado. En consecuencia, este no pudo ser analizado a la luz de un único escenario de participación –las mesas de concertación para la socialización de la Resolución 2090 de 2014– como parece proponerse en la Sentencia. Para la Sala Octava, la vulneración se concretó en el momento en que, *“la autoridad ambiental impidió que la participación de la comunidad fuese abierta y amplia, puesto que dictó directrices que cercenaron la intervención ciudadana, al restringir su mediación en las mesas de concertación. [...] [S]eñaló que las sesiones se realizarían en una metodología no superior a 40 personas del nivel local y global”* (pág. 248). Según la sentencia, tal circunstancia, *“impidió que en el diálogo sobre la delimitación del Páramo de Santurbán se expusieran todas las visiones requeridas [...] Sin la exposición de todos los sectores de la población es imposible implementar una política que promueva un desarrollo sostenible en la región”* (pág. 248). La sentencia debió analizar si este tipo de mesas podía considerarse un referente idóneo y suficiente para garantizar la participación en materia ambiental y, por tanto, referente de validez en la labor de las autoridades en la delimitación de áreas protegidas o zonas de importancia ecológica. Solo a partir de allí, habría podido cuestionarse la idoneidad y capacidad de la medida de asegurar *“una interacción efectiva y constante entre los ciudadanos y la actividad del Estado”*. Finalmente, era necesario analizar, como señalaron el Ministerio y varios de los intervinientes, si escenarios previos de participación, especialmente aquellos surtidos durante la etapa de realización y socialización de los estudios técnicos, económicos,

⁴² Vale la pena aclarar que esta disposición fue derogada por la Ley 1753 de 2015; sin embargo, se encontraba vigente al momento de expedición de la Resolución 2090 de 2014.

sociales y ambientales con las comunidades y reuniones realizadas por el Ministerio en el año 2013, cumplieron con las garantías exigibles en términos de participación ambiental. Todas estas omisiones de análisis, llevan a la conclusión de que no existe fundamento para amparar los derechos aducidos por los tutelantes.

3.3. Análisis acerca del presunto desconocimiento del derecho de acceso a la información pública

50. Para resolver el problema acerca de la presunta vulneración de los derechos de acceso a la información y de petición de los accionantes, la Sala debió realizar no solo un análisis acerca de la existencia de un deber de información concreto, sino también, si para el momento en que se profiere la sentencia, la acción de tutela era un mecanismo idóneo para su protección o se estaba en presencia de un supuesto de daño consumado, que la hacía improcedente.

51. La Sala debió analizar si el Ministerio tenía la obligación legal de entregar a las comunidades el proyecto de delimitación del Páramo de Santurbán - Berlín. En particular, la Sala debió analizar si la Resolución 2090 de 2014 estaba amparada bajo la presunción prevista por el literal k del artículo 6 de la Ley 1712 de 2014. Esta norma dispone que “[n]o será considerada información pública aquella información preliminar y no definitiva, propia del proceso deliberatorio de un sujeto obligado en su calidad de tal”. Asimismo, la Sentencia debió estudiar si las razones expuestas por el Ministerio cumplieron con las condiciones para que hubiese sido aplicable dicha presunción. Es decir, verificar que dicha reserva hubiese obedecido a “(i) un fin constitucionalmente legítimo [y] (ii) la medida resulte razonable, proporcionada y necesaria”⁴³. Este análisis resultaba ineludible para demostrar la vulneración de los derechos fundamentales invocados. La carencia de esta demostración deja sin fundamento el amparo concedido por la sentencia.

52. Finalmente, la Sala debió valorar si, en el momento actual en que se expide la sentencia, tres años después de la expedición de la Resolución 2090 de 2014, la intervención del juez de tutela es *pertinente* y *eficaz* o, por el contrario, de cara al caso concreto, se trata de un daño consumado, en cuanto a la garantía de los derechos de acceso a la información y petición.

Atentamente,


CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-274 de 2013.