

**Acción de Tutela contra la Sección Primera
del Consejo de Estado por la violación
del Derecho Fundamental al Debido Proceso
(Proyectada diciembre 2015)**

Bogotá D.C.
SEÑORES MAGISTRADOS
CONSEJO DE ESTADO (REPARTO)
E. S. D.

Ref.: Acción de tutela contra la sección primera del Consejo de Estado

OSCAR JOSÉ DUEÑAS RUIZ identificado con la cédula de ciudadanía número 17.024.944 de Bogotá, y tarjeta profesional número 5027 del Consejo Superior de la Judicatura, mayor de edad, colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio, y; SEBASTIÁN SENIOR SERRANO, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.010.191.828 de Bogotá, y tarjeta profesional número 234.743 del Consejo Superior de la Judicatura, mayor de edad, colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio, obrando en condición de apoderado de PERLA MOLINA LÓPEZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.020.782.015 de Bogotá, mayor de edad, colombiana de nacimiento y ciudadana en ejercicio; nos permitimos presentar la acción de tutela contra la sección primera del Consejo de Estado por la violación del derecho fundamental al debido proceso:

I. HECHOS

1. En el año 2012 se presentó acción popular para la protección del Parque Histórico Puente de Boyacá.
2. El trámite del proceso de acción popular se encuentra en el Tribunal Administrativo de Boyacá con radicado No.15001233100420120012200 en el Despacho del Magistrado Félix Alberto Rodríguez Riveros.
3. En la demanda se invocó la protección del derecho colectivo al patrimonio cultural de la Nación, así como, la defensa del patrimonio público; el goce al espacio público; la utilización y defensa

- de los bienes de uso público; y finalmente, la realización de construcciones respetando las disposiciones jurídicas.
4. La mencionada acción se presentó contra el Ministerio de Transporte, la Agencia Nacional de Infraestructura, INVIAS y el Consorcio Solarte Solarte; posteriormente durante el trámite del proceso, fueron vinculados como demandados el Ministerio de Cultura, el Departamento de Boyacá, el Municipio de Tunja y el Instituto Colombiano de Antropología.
 5. De acuerdo a los hechos de la demanda, en el año 2002 se estableció para el Departamento de Boyacá, el desarrollo del Proyecto Vial Briceño - Tunja – Sogamoso bajo el Programa de Infraestructura Vial para el Desarrollo Regional, Plan 2500¹. El objeto general de este Programa fue la pavimentación, reconstrucción y repavimentación de carreteras del orden primario, secundario y terciario, distribuidas en 31 departamentos del territorio nacional.
 6. En el marco del Plan 2500, el Instituto Nacional de Vías (INVIAS) y el CONCESIONARIO Solarte Solarte celebraron el Contrato de Concesión N° 0377 del 15 de Julio de 2002, para la ejecución del Proyecto Vial Briceño-Tunja-Sogamoso, con el siguiente objeto: “el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que realice, por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento, la operación y el mantenimiento de los Trayectos, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INVIAS dados en concesión, para la cabal ejecución del Proyecto, bajo el control y vigilancia del INVIAS y demás entidades competentes que determine la ley”.
 7. Para la ejecución del contrato, el Consorcio presentó un proyecto que generaba una grave afectación al Parque Histórico Puen- te de Boyacá con la construcción de la vía de forma paralela al monumento, sin tener en consideración su importancia y carga histórica para la región y para la Nación en general. Ante el proyecto, el Consejo de Monumentos Nacionales (CMN) manifestó: “El tramo propuesto, que pasa por el Parque Histórico Puen- te de Boyacá, implica el movimiento de grandes volúmenes de tierra, transformando la topografía del campo de batalla y se proyecta a muy poca distancia de los monumentos conmemorativos presen- tes en el sector”².

¹ <http://www.contratos.gov.co>,

² Acta reunión ordinaria del 10 de Marzo de 2006, Consejo de Monumentos Naciona-

8. Así las cosas, el CMN solicita al consorcio Solarte Solarte retomar el diseño original del trazado vial por el costado oriental del Campo de Batalla, y también elaborar un proyecto paisajístico para la intervención, sin limitar el tema a una solución vial técnica³, “ya que los valores del lugar no se limitan a los elementos puntuales construidos, sino también al paisaje y la topografía”⁴.
9. Con base en los hechos de la demanda se formularon las siguientes pretensiones:
 - En primer lugar, la elaboración de un Plan de Manejo y Protección del Parque Histórico Puente de Boyacá y el desarrollo de un Plan de Manejo Arqueológico, ambos indispensables para determinar las acciones necesarias de protección, conservación y sostenibilidad del Parque e igualmente, necesarios para delimitar el nivel de intervención permitido en el campo.
 - En segundo lugar, la adopción de todas medidas necesarias para que el Proyecto Briceño-Tunja-Sogamoso no afecte la zona del campo histórico y, en consecuencia, las autoridades evalúen otras opciones, por ejemplo, la construcción de una variante a una distancia razonable que no afecte el área de influencia de este Bien de Interés cultural.
 - En tercer lugar, “la elaboración de campañas pedagógicas y de publicidad, a través de medios electrónicos, prensa o cualquier otro medio de difusión masiva, con el propósito de generar conciencia a nivel nacional sobre la importancia del monumento Parque Histórico Puente de Boyacá como patrimonio cultural de la Nación”⁵.
 - Por último, se requirió la conformación de un Comité de Verificación (artículo 34 de la Ley 472 de 1998), para lograr la efectividad del fallo. El comité estaría conformado por el “magistrado, las partes, los coadyuvantes, el Ministerio Público, las entidades encargadas de velar por los derechos colectivos amenazados y una organización no gubernamental”⁶.
10. Transcurrido el tiempo y ad portas de la decisión del Tribunal Administrativo de Tunja, el 22 de diciembre de 2014, el Ministerio de Cultura expidió la Resolución 3991 de 2014 que “autoriza el proyecto de intervención vial en inmediaciones del Conjunto

les, Anexos: Respuesta Derecho de Petición MinCultura.

³ Demanda para la protección del “Parque Histórico Puente de Boyacá”. Pagina 18

⁴ Acta reunión ordinaria del 10 de Marzo de 2006, Consejo de Monumentos Nacionales, Anexos: Respuesta Derecho de Petición MinCultura.

⁵ Demanda para la protección del “Parque Histórico Puente de Boyacá”.

⁶ Demanda para la protección del “Parque Histórico Puente de Boyacá”.

del Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá, declarado bien de interés cultural del ámbito Nacional mediante Resolución 1066 del 2 de Agosto de 2006”. Esta autorización se constituyó en un hecho nuevo para la acción popular debido a que permite “la ampliación en los costados opuestos en los que se presentan los monumentos que conforman el conjunto de inmuebles del parque histórico puente de Boyacá”⁷

11. En vista de la resolución, el 25 de mayo de 2015, mi poderdante junto con María Alejandra Salazar, presentaron un escrito de coadyuvancia ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, apoyando la demanda y resaltando:
 - Pese a que la resolución 3991 de 2014, establece una nueva ubicación de la vía de doble calzada, no deja de afectar los derechos colectivos que se buscan proteger con la acción. Esto pues, la acción popular presentada busca la protección del campo de batalla en su totalidad, es decir, de todo el Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá, y no solo la protección de algunos de los monumentos incluidos en este.
 - De acuerdo a lo anterior, el fallo que se profiera, por parte del Tribunal Administrativo de Boyacá, debe ser extensivo a todo el campo de protección del Parque Histórico
 - Asimismo, con la acción popular también se busca el establecimiento de un plan de manejo arqueológico para el parque, el cual aún no se ha hecho. Este plan de manejo arqueológico es exigido por la Ley 1185 de 2008 y “sin este no se puede llevar a cabo proyectos y obras que requieran licencia ambiental, registros o autorizaciones equivalentes ante la autoridad ambiental”.
12. Frente a esta autorización expedida por el Ministerio de Cultura, el Magistrado Félix Alberto Rodríguez Riveros mediante auto del 8 de mayo de 2015, con base en las facultades oficiosas previstas en el artículo 26 de la ley 472 de 1998, decretó las siguientes medidas cautelares:
 - Suspender la aplicación de la Resolución 3991 de 22 de diciembre de 2014. Esta suspensión se mantendrá, hasta tanto el Ministerio de Cultura, con fundamento en el Plan Especial de Manejo y Protección (En adelante PEMP) del Bien de Interés Cultural de la Nación- que deberá elaborar en cumplimiento de las normas de la Ley 397 de 1997, expida una nueva autorización a solicitud del Consorcio Solarte y Solarte o de

⁷ Resolución N° 3991 de 2014.

- cualquier entidad interesada en la continuación de la obra de construcción de la doble calzada BTS.
- Ordenar la inmediata cesación de los trabajos de construcción de la doble calzada BTS, a la altura del Conjunto del Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá hasta que, con fundamento en el estudio especial de manejo y protección que debe ejecutar el Ministerio de Cultura, este ente expida una nueva autorización, y además haya obtenido el constructor la correspondiente licencia ambiental.
13. Contra el auto de medidas cautelares fue interpuesto recurso de reposición y en subsidio apelación por la Agencia Nacional de Infraestructura, el Consorcio Solarte y Solarte, la Gobernación de Boyacá, el Instituto Nacional de Vías y por la representante del Ministerio Público. También recurso de súplica por el apoderado judicial del Ministerio de Cultura.
 14. Mediante auto de 5 de junio de 2015, el Magistrado Félix Alberto Rodríguez Riveros decidió no reponer el auto del 8 de mayo de 2015. Y por consiguiente concedió, en efecto devolutivo, el recurso de apelación ante el Consejo de Estado.
 15. El 12 de noviembre de 2015, dentro del trámite de la apelación en el Consejo de Estado⁸, el Magistrado Guillermo Vargas Ayala, decide revocar las medidas cautelares. Por considerar entre otras cosas, que la decisión de elaborar un plan de manejo especial era discrecional del Ministerio de Cultura y que no existía pruebas ciertas y objetivas sobre el riesgo inminente de una transformación irreversible, que justificara la necesidad de la medida cautelar.
 16. Lo cierto es que, en razón a la decisión del Magistrado Vargas Ayala de revocar la medida cautelar, se dio inicio a las obras de construcción de la doble calzada en las inmediaciones del Parque Histórico Puente de Boyacá pese a haber una acción popular en curso. Tal revocatoria de las medidas cautelares genera que sea imposible cumplir un futuro fallo a favor de los derechos colectivos invocados en la demanda. Adicionalmente, las obras afectan el paisaje del Parque Histórico, tal afectación puede constituirse como irreversible.
 17. La providencia de 12 noviembre de 2015 del la sección primera del Consejo de Estado, incurre en un Defecto Sustantivo, bajo el entendido de lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia T- 781 de 2011, en tanto, la norma pertinente para el pre-

⁸ No. De Radicado Consejo de Estado: 15001 23 31 000 2012 00122 01 (AP)

sente es caso ha sido inobservada, y por ende, inaplicada. En la providencia aludida, se incurre en la inobservancia de la Ley 472 de 1998, la cual establece a través de su artículo 17, que en desarrollo “del principio de prevalencia del derecho sustancial, el juez competente que reciba la acción popular, tendrá la facultad de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos”. Así, a través de la providencia que levanta las medidas cautelares, se desconoce el “perjuicio irremediable” sobre el Parque Histórico Puente Boyacá, el cual surge ante la ausencia del PEMP que delimite la zona protegida del parque, en tanto el inicio de esta obra afecta de manera irreversible áreas que pueden ser parte de las esfera de protección del parque.

18. Así mismo, la providencia aludida incurre en un Defecto Fáctico, en la dimensión negativa de dicho concepto, en tanto la sección primera del Consejo de Estado, descartó la valoración de la Comunicación MC-012850-EE-2015 de la Dirección de Patrimonio del Ministerio de Cultura, mediante la cual se establece que ante la dificultad de localizar el plano del Parque Histórico Puente de Boyacá que se anuncia en la Resolución 1066 resulta necesario la realización del Plan Especial de Manejo y Protección –PEMP– para delimitar el área afectada y la zona de influencia del proyecto en mención.
19. Aunado a ello, esta decisión resulta violatoria de la tutela judicial efectiva, ello al estimar que la realización del PEMP no resulta obligatoria para los BIC, dado que a juicio del Consejo de Estado esta decisión es facultativa de la autoridad competente, esto es, del Ministerio de Cultura. Se desconoce el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, al denegar la posibilidad que tienen los ciudadanos de conocer a través del instrumento más idóneo, el alcance y delimitación de los parque históricos que conforman el patrimonio cultural de la Nación. Así, al establecer que el PEMP es discrecional para la Ministerio, se vulnera el artículo 8° de la Constitución Política de Colombia, el cual establece el derecho y deber ciudadano referente a la protección del patrimonio cultural.
20. Finalmente, esta providencia desconoce el alcance del patrimonio cultural, así como la importancia del Parque Histórico Puente Boyacá en la configuración de la nacionalidad de la República de Colombia. Ello en razón a que con el levantamiento de las medidas cautelares, se deja en desprotección uno de los símbolos más im-

portante de la independencia de Colombia, afectando la estrecha relación que existe entre la nacionalidad colombiana y el espacio donde se desarrolló la batalla del Puente de Boyacá.

II. PRETENSIONES

Solicito respetuosamente a su Despacho que se sirva tutelar mi derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, derechos fundamentales que en la actualidad se encuentran vulnerados por la Sección Primera del Consejo de Estado. En consecuencia, proceda a:

DEJAR SIN EFECTO la providencia del 12 de noviembre de 2015 proferida por la Sección primera del Consejo de Estado dentro de la Acción de Popular No.15001233100420120012200, instaurada por el señor Oscar José Dueñas Ruiz, Juliana Castro Londoño, Juan Felipe Lozano Reyes y María Estela Quintero Espitia

III. MEDIDAS PROVISIONALES

Sobre las medidas provisionales en la acción de tutela, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “la medida provisional de suspensión de un acto concreto que presuntamente amenaza o vulnera un derecho fundamental, pretende evitar que la amenaza al derecho se convierta en violación o que la violación del derecho produzca un daño más gravoso que haga que el fallo de tutela carezca de eficacia en caso de ser amparable el derecho”⁹.

Con base en lo anterior, solicito las siguientes medidas provisionales, dado se está interviniendo el Parque histórico Puente de Boyacá:

1. Ordenar la inmediata cesación de los trabajos de construcción de la doble calzada BTS, a la altura del Conjunto del Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá.
2. Ordenar la suspensión provisional de la resolución 3991 de 2010 emitida por el Ministerio de Cultura.

IV. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO

PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La acción de tutela contra providencias judiciales es un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias de relevancia constitucional, las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución. En este sentido, “la

⁹ Corte Constitucional. Auto 207/12. Mp. Luis Guillermo Guerrero Pérez

acción de tutela contra decisión judicial es concebida como un juicio de validez y no como un juicio de corrección del fallo cuestionado, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación normativa, que dieron origen a la controversia¹⁰.

La posibilidad de accionar en contra de providencias judiciales se encontraba consagrada en el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, declarado inexecutable mediante sentencia C-543/92, sin embargo, la Corte Constitucional en la misma providencia aceptó la procedencia de este mecanismo en los casos de “actuaciones de hecho imputables al funcionario”, caso en el cual no es un acto judicial sino un acto de poder. Lo cual no atenta contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.

El Consejo de Estado mediante sentencia del 31 de julio de 2012, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación, aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, conforme con las reglas que ha fijado la Corte Constitucional. Es decir, la Sala Plena admitió que la tutela procede de manera excepcional para controvertir providencias judiciales, siempre que exista violación flagrante de algún derecho fundamental.

Dada la excepcionalidad de la tutela, la doctrina de la Corte Constitucional ha definido a través de fallos de constitucionalidad y fallos de tutela, los requisitos de procedibilidad que pueden distinguirse así: 1) de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela y 2) de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto.

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE CARÁCTER GENERAL

La Corte Constitucional en la Sentencia T-916 de 2014 reitera la jurisprudencia frente al procedimiento de la acción de tutela contra providencias judiciales. En dicha providencia, la Corte recurre a la Sentencia C-595 de 2005 que establece las causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales que son las siguientes:

- Que el asunto que se discuta implique una evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes, exigencia que busca evitar que la acción de tutela se torne en un instrumento apto para involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-094 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial ordinarios o extraordinarios excepto cuando lo que se pretende es evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.
- Que se cumpla el requisito de la inmediatez, lo que significa que la tutela debe interponerse en un término razonable a partir del hecho que originó la vulneración. Lo anterior, con el objeto de preservar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.
- Si lo que se alega es la existencia de una irregularidad procesal, debe ser evidente que la misma tiene a) un efecto decisivo en la sentencia que se impugna y b) afecta los derechos fundamentales del accionante, salvo cuando se trate de una prueba ilícita obtenida con violación de esos derechos.
- Que el demandante identifique tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado dentro del proceso judicial tal vulneración si ello hubiese sido posible.
- Que no se trate de fallos de tutela, de forma tal que se evite que las controversias relativas a la protección de los derechos fundamentales se prolonguen de forma indefinida¹¹.

En el caso concreto se cumple con las causales genéricas de procedencia de la acción de tutela:

- *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.*

La cuestión discutida en esta acción de tutela es de gran relevancia constitucional porque involucra la protección del patrimonio cultural e histórico amparado por diversas disposiciones de la constitución política como los Artículos 2, 8, 72, 95.8, 313.9 y 333.

Los asuntos aquí planteados son susceptibles de protección por vía de tutela, puesto que ameritan la defensa y garantía de derechos fundamentales. Se entiende que la labor del juez de tutela gira alrededor de la protección real y efectiva del derecho invocado, en este caso, los derechos al debido proceso y la tutela judicial efectiva. Es necesaria, la intervención del juez constitucional porque el auto de la Sección Primera del Consejo de Estado se sustenta en argumentos que desconocen las

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-916 de 2014. M.P. Martha Victoria Sánchez

pruebas y contrarían la constitución, e interpretan de forma errada la ley 472 de 1998.

- *Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.*

En cuanto a la subsidiariedad de la acción de tutela, no existe recurso alguno, ordinario o extraordinario, contra el auto que resolvió el recurso de apelación contra el que se dirige la acción de amparo.

- *Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.*

Tampoco pueden interponerse acciones de tutela que vulneren el requisito de la inmediatez es decir que se presenten más allá de un término razonable. En éste caso la providencia acusada fue proferida el 12 de noviembre del año 2015 razón por la cual aún se encuentra el accionante dentro de término razonable para la presentación de la misma.

- *Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.*

Los hechos que generan la vulneración que acuso se encuentran identificados en el acápite I. HECHOS.

- *Que no se trate de sentencias de tutela.*

La providencia accionada se surtió dentro del proceso de acción popular y es un auto de dicho proceso, por lo tanto no se trata de un fallo de tutela lo que permite que se interponga una acción de tutela en contra de dicha providencia.

De esta forma, como se evidencia de los hechos, la providencia objeto de este debate fue proferida en segunda instancia por la sección primera del Consejo de Estado, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por los demandantes frente al auto del 8 de mayo de 2015, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Tunja decreta medidas cautelares sobre las inmediaciones del Parque Histórico Puente de Boyacá.

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE CARÁCTER ESPECIAL

En Sentencia T-916 de 2014, la Corte reiterando jurisprudencia establece los defectos que permiten aducir la procedencia de una acción de tutela en contra de una providencia judicial. De acuerdo con ésta:

Una vez establecido el cumplimiento de los anteriores requisitos, el juez de tutela sólo podrá conceder el amparo cuando halle probada la ocurrencia de alguno(s) de los defectos constitutivos de las que han sido llamadas causales específicas de procedibilidad de la tutela contra sentencias, a saber:

(i) Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.

(ii) Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el Juez actuó al margen del procedimiento establecido.

(iii) Defecto material o sustantivo, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.

(iv) Error inducido, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.

(v) Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.

(vi) Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

(vii) Violación directa de la Constitución¹².

Se considera que en el mencionado auto se configuran defectos tanto sustantivos como fácticos y violaciones directas a la constitución que se expondrán a continuación.

DEFECTO SUSTANTIVO

En la Sentencia T. 781 de 2011, la Corte Constitucional dice que se está ante un defecto sustantivo cuando

(i) la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, por ejemplo, ora porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional;

(ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos *erga omnes* que han definido su alcance;

(iii) cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras dis-

¹² Ídem

posiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática;

(iv) cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada; o finalmente,

(v) en el evento en que, no obstante la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.¹³ (Subrayado fuera del texto)

En el caso concreto nos encontramos frente a una inobservancia de la Ley 472 de 1998 que desarrolla las acciones populares para la protección de los derechos colectivos. Pues ésta norma dispone que en el curso de dichas acciones:

En desarrollo del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el juez competente que reciba la acción popular tendrá la facultad de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos¹⁴.

Lo anterior, implica que el juez de la acción popular tiene la facultad de tomar las medidas cautelares para impedir perjuicios irremediables e irreparables como al que está expuesto el Parque Histórico Puente de Boyacá.

La Sala al momento de fallar la apelación de la medida cautelar dispone que

Finalmente, es preciso considerar la falta de pruebas ciertas y objetivas sobre el riesgo inminente de una transformación irreversible y de magnitud considerable del Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá, lo cual impide a esta Sala dudar de la idoneidad del examen efectuado por Min Cultura al evaluar el impacto de las obras de la segunda calzada BTS sobre el Parque y autorizarlas. Esto, toda vez que, como se expuso de manera precedente, la decisión discrecional de la autoridad competente de abstenerse de efectuar dicha exigencia no solo es legal, sino que además, salvo prueba en contrario, que no se ha allegado, se presume legítima y, por ende, adecuada para la protección del patrimonio histórico cultural.

Es imposible acreditar el riesgo de la transformación del Parque Histórico y de lo que debe protegerse de él, porque no se sabe con seguridad cuál es la dimensión ni la influencia que tendría la obra en el bien de interés

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-781 de 2011. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴ Artículo 17 de la Ley 472 de 1998

cultural. Esto podría realizarse con base al PEMP, sin embargo, al afirmar que es una decisión discrecional de Ministerio de Cultura se admite la posibilidad de nunca determinar el área de protección y por lo tanto admitir obras que pueden afectarla.

Es decir, en la medida en que el PEMP es el único mecanismo jurídico que permite establecer la verdadera extensión de un monumento identificado como patrimonio histórico y cultural, al no existir este último para el caso concreto del Parque Histórico del Campo de la Batalla de Boyacá, es imposible establecer cuál es la verdadera magnitud de la afectación que tiene la obra. Sin el PEMP, no existe una determinación limítrofe del monumento, así como tampoco una determinación exacta de cuáles son los elementos históricamente relevantes que se encuentran en la zona que será, o está siendo, afectada por la obra pública.

Se debe tener en cuenta que el Artículo 17 de la Ley 472 de 1998, dota al juez de la acción popular con la facultad de decretar medidas cautelares, dice que lo podrá hacer para impedir un “perjuicio irremediable”. En el presente caso, si se continúa con la obra será imposible que en un futuro se repare el daño. En caso de probarse con el PEMP, se podría llegar a dar que la vía ocasionaría, un perjuicio irremediable, pues una vez se intervenga la zona protegida del Parque Histórico Puente de Boyacá sería imposible devolver las cosas al estado anterior pues con cualquier intervención la afectación al patrimonio cultural es inminente.

Este pronunciamiento desconoce la naturaleza preventiva de la acción popular que según la Sentencia C-215 de 1999, establece:

Significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. Desde su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño¹⁵.

Como se observa en el aparte citado, la finalidad de la acción popular es precaver un perjuicio que afecte intereses superiores de carácter público que no pueden arriesgarse durante el trámite del proceso. Si bien, en éste caso aún no se ha configurado el daño, con el levantamiento de la medida cautelar se admite que los hechos que configuran el riesgo al patrimonio cultural, —que es lo que quiere precaverse— afecten la efectividad de un posible fallo a favor de los derechos colectivos invocados en la acción popular. Por lo tanto, sería imposible que la acción popular cumpliera con su

15 Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano

función preventiva pues se permite que el perjuicio que se quería prevenir se genere. Dando lugar simplemente a medidas de reparación, en lugar de evitar que el perjuicio se cause que es lo ideal.

DEFECTO FÁCTICO

De conformidad con la Corte Constitucional, se está en presencia del defecto fáctico en aquellos casos en los que examinada la decisión judicial que es objeto de tutela “resulta incuestionable que el juez carece de apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”¹⁶.

La Corte ha identificado en su jurisprudencia dos dimensiones del defecto fáctico: una dimensión negativa y una positiva. “La primera tiene lugar cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, o simplemente omite su valoración, y sin razón valedera por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. Y la dimensión positiva, se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes para la definición del caso, que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudados (Artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión”¹⁷.

En la providencia, se incurrió en la dimensión negativa del defecto fáctico porque la sección primera del Consejo de Estado descartó valorar la comunicación MC-012850-EE-2015 emitida por la Dirección de Patrimonio del Ministerio de Cultura. En ese documento, el Director de Patrimonio responde un derecho de petición elevado por la Academia Colombiana de Historia, en donde le solicita a la entidad el plano conforme al cual se realizó la declaratoria del Parque Histórico.

Sobre la solicitud la Dirección de Patrimonio manifestó:

(...) en procura de localizar el plano que se anuncia en la resolución 1066 de 2006, mediante el cual se declaró el conjunto histórico como bien de interés cultural de carácter Nacional, fue realizada una consulta al Grupo de Investigación y Documentación de la Dirección de Patrimonio, con el fin de aportar una copia del mismo y atender la solicitud que en reiteradas oportunidades ha hecho la Academia Colombiana de Historia, pero efectuada la búsqueda en el centro de documentación de la Dirección de Patrimonio no se encontró dicho documento (...)

16 Corte Constitucional. Sentencia T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

17 Corte Constitucional. Sentencia T-781/11. M.P. Humberto Sierra Porto.

Ante la falta del plano enunciado en la Resolución 1066, el Ministerio de Cultura agregó:

En este sentido, esta Dirección espera que el Plan Especial de Manejo y Protección –PEMP– sea el instrumento que permita establecer de manera contundente y definitiva la delimitación del área afectada y de la zona de influencia del BIC NAL mediante el levantamiento de una cartografía actualizada, debidamente georreferenciada, y con el fin de que sean definidos y determinados los lineamientos y alcances para su protección.

Aunado a lo anterior, en la misma comunicación la Dirección de Patrimonio en relación con la extensión del parque afirma:

Asimismo, la reconstrucción histórica y espacial que se tiene previsto realizar por parte de un grupo interdisciplinario e interinstitucional enunciado en su comunicación, se constituye en un importante aporte en la delimitación definitiva, en razón a que el área reconocida mediante la declaratoria como bien de interés cultural considera como el contenedor de aquellos valores históricos y simbólicos excepcionales (...); sin embargo, dicha zona declarada no pretende acotar la zona específica de la batalla ni de los hechos, dado que históricamente se ha podido evidenciar que el territorio real donde se presentaron los hechos históricos corresponde a un área de mayor extensión.

La citada comunicación resulta ser de gran importancia por las siguientes razones:

En primer lugar, muestra que no existe certeza de las dimensiones del Parque porque entre otras cosas, el plano conforme al cual se realizó su declaratoria está perdido. Así, la resolución 1066 de 2006 por la cual se declara el conjunto del Parque Histórico como Bien de Interés Cultural de Carácter Nacional reza:

Artículo 1º. Declarar el conjunto del Parque Histórico, la Piedra de Barreiro, las Ruinas del Antiguo Molino Hidráulico y el área de mayor enfrentamiento entre los ejércitos, justo al norte de la carretera que conduce a Samacá, que se encuentran asociados a la Batalla del Puente de Boyacá, localizados en los municipios de Tunja y Ventaquemada, Departamento de Boyacá, como Bien de Interés Cultural de carácter Nacional, delimitado en el plano adjunto que hace parte integral de la presente resolución.

Incluso, la Dirección de Patrimonio acepta la necesidad del Plan de Manejo Especial para determinar la delimitación del área afectada y de la zona de influencia del BIC (Bien de interés Cultural) Nacional. En este or-

den de ideas, la Sala debió tener en cuenta esta posibilidad y garantizar la integridad de la zona hasta que conforme a un Plan de Manejo Especial, y el área del BIC fuera delimitada claramente. Dada la falta de certeza en cuanto a la extensión del Bien de Interés Cultural, no se sabe con seguridad qué se está protegiendo con su declaratoria y en consecuencia, no es posible medir cual es la real afectación que se genera con la obra en el Bien de Interés Cultural.

De hecho, la evaluación de la afectación de movilización de tierras se hace conforme a los planos realizados por el Consorcio Solarte sin tener en cuenta que el área del enfrentamiento del grueso de los ejércitos es más extensa de la que se contempla en la declaración de 1066 de 2006¹⁸.

En el mismo sentido, al existir la posibilidad que el área del parque no este enteramente cobijada por la declaratoria de BIC, con la intervención existe la posibilidad de que se vulneren los derechos colectivos evocados en la acción popular. Así, la construcción de la calzada adosada puede generar daños en áreas que deberían estar protegidas pero que efectivamente no lo están. Lo anterior, teniendo en cuenta que la conservación y protección del parque radica en que fue el escenario de la Batalla de Boyacá de 1819.

Ante la situación reseñada, le corresponde al Ministerio de Cultura, determinar un Plan de Manejo completo, que establezca definitivamente la extensión del Parque, y su protección antes de emitir cualquier autorización de intervención.

En tercer lugar, el 2% de afectación que da por probada la Sala, es una estimación técnica que hace el Consorcio Solarte, no obstante, falto pedir y evaluar conceptos técnicos de peritos imparciales. De tal forma, la Sala debió contrastar la afectación que argumenta el Consorcio con otros conceptos de profesionales no vinculados al proceso de acción popular y no dar por sentado de plano que la afectación es del 2%.

Con todo, la valoración de las pruebas sobre la afectación correspondía hacerse dentro del proceso de acción popular, en donde se contara con suficientes elementos probatorios para valorar el nivel de afectación al Bien de Interés Cultural. Teniendo en cuenta que la resolución 3991 de 2015 es un hecho nuevo, que se constituye como una amenaza a la integridad del Parque y por lo tanto a los derechos al patrimonio cultural y el espacio público, que se buscan proteger con la acción popular.

El hecho de tener solo en cuenta la prueba del Consorcio Solarte hizo que no tuviera en cuenta los efectos de otras especificaciones técnicas como: la movilización de tierras, la altura de los taludes, chaflanes y las

¹⁸ Mapa de la resolución 1060 de 2006 elaborada por Luis Horacio López (Miembro de la Academia Colombiana de Historia)

obras de contención de los rellenos que pudieron ser señaladas por otros profesionales.

VIOLACIÓN DIRECTA A LA CONSTITUCIÓN

El defecto por violación directa a la constitución se presenta cuando el juez adopta una decisión que desconoce los mandatos de la Carta Política. En palabras de la Corte, “existe violación directa a la constitución cuando se infringen directamente una o varias disposiciones o normas razonablemente vinculables a la Constitución”¹⁹.

En ese sentido, el Tribunal constitucional ha dicho en su jurisprudencia que:

*el desconocimiento del Estatuto Superior se puede dar, al menos, en dos clases de casos: (i) cuando las reglas o los principios que deben ser extraídos de su texto son por completo desobedecidos y no son tomados en cuenta, en el razonamiento jurídico (ni explícita ni implícitamente), o (ii) cuando las reglas y los principios constitucionales son tomados en cuenta al menos implícitamente, pero a sus prescripciones se les da un alcance insuficiente*²⁰.

En el caso concreto, la sección primera del Consejo de Estado incurrió en las dos posibilidades de violación directa a la Constitución: (I) En la primera porque desconoció completamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (II) la segunda porque, aunque reconoce la relevancia del patrimonio cultural, desconoce su alcance de bien constitucionalmente privilegiado.

VULNERACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En la providencia del 12 de noviembre de 2015, la sección primera del Consejo de Estado estima que la adopción del PEMP para los BIC no es obligatoria “por tratarse de una decisión que legalmente es discrecional de la autoridad competente”²¹.

Asimismo, concluye:

la ausencia de una obligación legal en cabeza de Min Cultura de exigir la aprobación de un PEMP como condición previa para la autorización de cualquier intervención que se pretenda efectuar sobre el Par-

19 Corte Constitucional. Sala de revisión. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. (Sentencia Número C-082/14), pág. 25. Copia tomada directamente de la Corporación.

20 Ibídem. Página 25

21 Consejo de Estado. Sección Primera. Providencia del 12 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Copia tomada directamente de la Corporación. Página 56.

que; pues, como se expuso líneas atrás, al no establecer ni la ley ni el reglamento dicho mandato, se trata de una decisión discrecional de la autoridad competente que en este caso no lo ha estimado procedente²².

En el mismo sentido, el magistrado afirma que:

la decisión discrecional de la autoridad competente de abstenerse de efectuar dicha exigencia (refiriéndose al PEMP) no solo es legal, sino que, además, salvo prueba en contrario, que no se ha allegado, se presume legítima y, por ende, adecuada para la protección del patrimonio cultural²³.

De los apartes anteriores se evidencia que la sección primera del Consejo de Estado considera como discrecional del Ministerio de Cultura, la decisión de elaborar un plan de manejo especial (PEMP) para los bienes de interés cultural, en este caso, para el Parque Histórico Puente de Boyacá.

Sin embargo, tal interpretación se constituye como una violación directa a la constitución porque al calificar como discrecional del Ministerio la elaboración del Plan Especial de Manejo para el Parque Histórico, se está despojando a los ciudadanos de la posibilidad de ejercer la tutela judicial efectiva sobre esta decisión. En otras palabras, se está negando el control ciudadano y judicial sobre la determinación de elaborar o no el PEMP.

La tutela Judicial efectiva —también denominada como el derecho de acceso a la justicia— ha sido definida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1083 de 2005 de la siguiente manera:

la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.

Es claro que todos los ciudadanos tenemos derecho al patrimonio cultural, es más, la constitución nos atribuye el deber de protegerlo. Así, el artículo 8 establece como “obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación”. En vista de esto, afirmar la discrecionalidad de la elaboración del PEMP constituye negarle al ciudadano la posibilidad de acudir a la justicia para propugnar que se respete su derecho al patrimonio cultural.

²² Ibídem. Página 60.

²³ Ibídem. Página 61.

Es necesario resaltar, que el Ministerio de Cultura no se pronunció oficialmente sobre la necesidad de elaborar un PEMP en virtud a que la declaratoria se efectuó en el 2006. Es decir, con anterioridad a la expedición de la ley 1185 de 2008. Sin embargo, como se vio en la comunicación MC-014667-EE-2015, el Ministerio de Cultura ha reconocido la necesidad de un PEMP para el Parque Histórico Puente de Boyacá.

Sin embargo, es importante resaltar que anteriormente a la expedición de la 1185, el Ministerio de Cultura diseñó un pre- diagnóstico del 2007 titulado “Elaboración de la primera fase de los planes especiales de protección de los centros Históricos de Villa de Leyva, Monguí, Turmequé e Iza, y el Monumento Puente de Boyacá, localizados en el Departamento de Boyacá”²⁴. Esto, evidencia que existió la intención de elaborar un plan.

De hecho, no se entiende cómo la adopción del PEMP —un instrumento de gestión tan importante para un Bien de Interés Cultural— dependa solamente de la decisión discrecional del Ministerio de Cultura. Teniendo en cuenta su objetivo, es decir, establecer acciones necesarias con el fin de garantizar la protección, conservación y sostenibilidad de los BIC o de los bienes que pretendan declararse como tales si a juicio de la autoridad competente dicho Plan se requiere (Artículo 14 del Decreto 763 de 2009).

Igualmente, la discrecionalidad implica que no se puedan conocer las razones por las cuales no se elaboró el PEMP y además, cuando se considere necesaria la elaboración de dicho plan, no se garantiza al ciudadano que sus observaciones serán tenidas en cuenta.

De esta forma, se evidencia que el Ministerio de Cultura nunca motivo tal determinación de no hacer el PEMP, solo caprichosamente no lo hizo, a pesar de tratarse de una decisión tan importante que impacta el derecho al patrimonio cultural e histórico de los ciudadanos. Porque, cabe resaltar, que cuando existe PEMP, cualquier autorización de intervención sobre el BIC tiene que hacerse conforme a dicho Plan. Es más, el Ministerio de Cultura omitió hacer el PEMP cuando manifestó su importancia. Esta omisión, aleja a cualquier ciudadano de ejercer la tutela judicial efectiva a la que tiene derecho para solicitar una protección completa al derecho de patrimonio cultural e histórico blindando jurídicamente al Ministerio de cualquier reclamación.

DESCONOCIMIENTO DEL ALCANCE DEL DERECHO AL PATRIMONIO CULTURAL

El patrimonio cultural es un bien constitucional privilegiado por nuestra constitución. Esto se evidencia en que la cultura es “reconoci-

²⁴ Derecho de petición MC-014667-EE-2015 el Ministerio de Cultura.

da por la Carta Política como un pilar fundamental del Estado y como valor, principio, derecho y deber que requiere especial protección, fomento y divulgación por parte de las autoridades públicas e incluso por los particulares”²⁵. De ahí que, el patrimonio cultural se constituye como “expresión de la diversidad de las comunidades, de la riqueza humana y social de los pueblos y como instrumento para construir sociedades organizadas”²⁶.

Tal es su importancia, que la jurisprudencia constitucional ha denominado como “constitución cultural” a aquellas disposiciones de la carta que protegen la cultura, su diversidad y el patrimonio cultural como valores esenciales de la Nación. El Tribunal constitucional identifica como disposiciones que integran la constitución cultural, las siguientes:

*(i) en el artículo 2º, que señala como fin esencial del Estado facilitar la participación de todos en la vida cultural de la Nación; (ii) en los artículos 7º y 8º, que le imponen al Estado el deber de proteger la diversidad y las riquezas culturales de la Nación; (iii) en el artículo 44, que define la cultura como un derecho fundamental de los niños; (iv) en el artículo 67, que reconoce la educación como un derecho que busca afianzar los valores culturales de la Nación; (v) en el artículo 70, que obliga al Estado a promover y fomentar el acceso a la cultura de los colombianos, y que reconoce la cultura en sus diversas manifestaciones como fundamento de la nacionalidad; (vi) en el artículo 71 que también le impone al Estado la obligación de crear incentivos para fomentar las manifestaciones culturales; (vii) en artículo 95-8 que señala como uno de los deberes de la persona y el ciudadano la protección de los recursos culturales y naturales; y (viii) en los artículos 311 y 313-9, que encomiendan de manera especial a los municipios, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes*²⁷.

Igualmente, sobre el patrimonio cultural y arqueológico, así como el fundamento de su protección, la Corte Constitucional destaca:

(...) el (ix) artículo 63, en el que se consagra que el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables; y, de manera especial, del (x) artículo 72, que prevé que el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado, al tiempo que establece que el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la

²⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sala de revisión. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. (Sentencia Número C-082/14), pág. 25. Copia tomada directamente de la Corporación.

²⁶ *Ibidem*. Página 25.

²⁷ *Ibidem*. Página 25.

*identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. En plena armonía con las citadas disposiciones, (xi) el artículo 313-10 del mismo ordenamiento Superior, le atribuye a los Concejos Municipales la función de expedir las normas necesarias para el control, la preservación y la defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio, mientras que (xii) el artículo 333 deja en manos de la ley la delimitación del alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación*²⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, existe una violación directa a la Constitución en tanto el Magistrado al considerar que la medida cautelar supone la “afectación seria de otro bien colectivo como el desarrollo de la infraestructura vial de transporte, que en este evento resultaría perjudicado sin una justificación suficiente”²⁹; demerita que la medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo de Boyacá tiene el único objetivo de salvaguardar la integridad del Parque Histórico, mientras se resuelve la acción popular. Esto significa, que con la medida cautelar se estaba privilegiando el derecho al patrimonio cultural e histórico que tenemos todos los colombianos.

De esta forma, el bien colectivo de la infraestructura vial de transporte no puede anteponerse a la protección del patrimonio cultural, más aún cuando hablamos del lugar donde se forjó el nacimiento de la República Colombiana y tal como se evidenció, la Constitución protege el patrimonio cultural de manera preferente.

En ese sentido, es importante recordar que la zona del parque histórico puente de Boyacá, fue el escenario, no solo de la Batalla de Boyacá, sino del fin del dominio español y el comienzo del control criollo sobre el territorio neogranadino. De hecho, la Batalla de Boyacá facilitó el desarrollo y triunfo para las campañas de Venezuela, Quito, Perú y Alto Perú, que llevaron a la independencia definitiva de las colonias americanas en relación con la metrópoli española. Asimismo, el triunfo de la batalla de Boyacá causó la huida del virrey Sámano, asentado en Santafé, uno de los españoles más sanguinarios de la época.

En conclusión, la violación a la constitución se evidencia en que se reconoce el patrimonio cultural como un bien relevante de la constitución, pero el magistrado prefiere anteponer el derecho colectivo de transporte sobre el patrimonio cultural, que quedó totalmente desprotegido con la revocatoria de la medida cautelar. Así, cualquier sentencia a favor de los derechos colectivos contemplados en la acción popular sería inútil porque

²⁸ Ibídem. Página 25.

²⁹ Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Providencia del 12 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Copia tomada directamente de la Corporación. Página 62.

con dicha acción se pretendía proteger la integridad del parque que resulta intervenida con las obras que ya se están adelantando, sin un fallo de fondo del proceso de acción popular en curso.

Para finalizar, la Sala consideró que “la protección del BIC se sustancia, en lo fundamental”³⁰ porque cumple con el Régimen de Protección de los Bienes de Interés Cultural. Sin embargo, se refleja que la protección que existe sobre el Parque es insuficiente por la indeterminación de su extensión. De tal forma, no se garantiza las disposiciones constitucionales que consagran al patrimonio cultural como un bien constitucional privilegiado. En pocas palabras, el Magistrado no tuvo en cuenta las enormes responsabilidades que le impone la constitución al Ministerio de Cultura. Por lo tanto, esta entidad al fijar un régimen de protección a los BIC debe procurar por que dicha conservación del bien sea la más completa.

Frente a esta situación, al ser el Ministerio de Cultura la entidad encargada de “proteger, conservar, rehabilitar y divulgar el Patrimonio Cultural de la Nación como testimonio de la identidad cultural nacional, tanto en el presente como en el futuro” según el decreto 1746 de 2003; debía mantener actualizada y completa la protección del Parque y no emitir autorizaciones que no garanticen el máximo la preservación de la zona, más aún cuando falta delimitarla claramente. En ese sentido, autorización debió basarse conforme a un Plan de Manejo que determinara de forma contundente el área afectada; la zona de influencia del BIC NAL; y los lineamientos y alcances para su protección”³¹.

Importancia de la Identidad Nacional

La concepción cultural de nación implica un espacio no solo geográfico sino histórico-social, máxime si lo acontecido fue determinante para la independencia y la formación de la nacionalidad (el Preámbulo de la C. P. habla de Nación, de una nación que no se puede entender si no se conoce la Carta de Jamaica). Los signos de la Nación no pueden ser mutilados. Existe una relación estrecha entre la nacionalidad colombiana y el espacio donde se desarrolló la batalla del Puente de Boyacá para derrotar el absolutismo, buscándose la independencia, la unidad, la integración y el anticolonialismo.

Con fundamento en lo anterior se ha instaurado una acción popular en la cual el tema de fondo es el de la protección del Parque histórico de la nación: Puente de Boyacá, lugar de confrontación básico en la guerra de independencia de América del Sur y culminación de la estrategia de

³⁰ Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Providencia del 12 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Copia tomada directamente de la Corporación. Página 57.

³¹ Respuesta Derecho de petición MC-012850-EE-2015.

Simón Bolívar, cuando determinó y logró que su ejército, después de 77 días de campaña, traspasara Los Andes y obtuviera la independencia del Virreinato de la Nueva Granada (no se requirió, con posterioridad, de otra confrontación armada en la goteras de Santafé de Bogotá porque el virrey Sámano huyó precipitadamente hacia Cartagena de Indias).

Ahí tuvo realización la concepción de nación, como la concebía el Libertador, luego la batalla del Puente de Boyacá desligada de Bolívar es algo impensable, no se trata de un Bolívar ortodoxo y de consumo, sino de un Bolívar siempre vivo, necesario para construir y mantener la República. El Bolívar mantenido que se nutrió con las enseñanzas de la Ilustración. Su legado pertenece a los pueblos y a la causa americana. El ideario Bolívariano no puede cederse, es inalienable, hace parte de la cultura nacional, es inescindible con lo acontecido en el Puente de Boyacá.

La batalla se desarrolló alrededor del puente sobre el río Teatinos, el 7 de agosto de 1819, culminó hacia las cuatro de la tarde y, al día siguiente, desde Ventaquemada, Bolívar dictó el decreto de la Orden de Boyacá para enaltecer a quienes participaron en la batalla que viabilizó el concepto de la nacionalidad colombiana. Una idea fuerza que identifica nuestra patria. Es un episodio histórico que proyectó el futuro y que, inicialmente, concretó la idea de nación en su versión jacobina, ligada, se supone, a la finalización de la era feudal y colonial.

La batalla del Puente de Boyacá no fue un episodio sino una gran historia real. Los ideales de igualdad y de libertad se materializaron en un proyecto racional triunfante en la gesta libertadora que va desde cruzar los Andes hasta el último rincón de ese gran escenario ubicado en las dos márgenes del río Teatinos. Olvidar lo anterior es miopía histórica, por no emplear otro calificativo.

No existe ninguna incompatibilidad entre la concepción republicana de Bolívar y la definición que la actual Constitución hace de un Estado Social de Derecho. Ese Estado Social de Derecho, como modelo de Estado, tiene su desenvolvimiento en un territorio y los bienes que de él forman parte pertenecen a la Nación (artículo 102 C.P.). Bienes que son inalienables, inembargables e imprescriptibles (artículo 72 C.P.). Esta visión fortalece la unidad de la Nación (Preámbulo de la Constitución).

Actualmente, la mayor parte del escenario donde se desarrolló la batalla del Puente de Boyacá hace parte de la jurisdicción municipal de Tunja. Es un amplio espacio que no se puede recortar. Allí escribieron la epopeya Santander, en la vanguardia, Anzoátegui en la retaguardia, Soubllette era el jefe del estado mayor y Simón Bolívar se ubicó entre el Puente y la Casa de Teja para dirigir y concretar el gran proyecto de la libertad de la Nueva Granada.

En aquella época la provincia de Tunja era muy importante, sus límites llegaban hasta Venezuela. Hoy a buena parte de las autoridades nacio-

nales y departamentales están preocupadas por mantenerle el contrato a un constructor de carreteras, a costa de romper el parque histórico. Y, el alcalde de Tunja, mutis por el foro. Cuando hace más de quince años el Concejo de Tunja determinó que la bandera de la ciudad estuviera en el parque, solamente se permitió que fuera muy pequeña y pronto desapareció.

El Parque Histórico del Puente de Boyacá merece respeto. No tiene sentido afectar, aún más, un signo de la nacionalidad. El escenario ha sido mancillado en varias ocasiones: un presidente de la república, queriendo llegar a su pueblo natal (Santa Rosa de Viterbo) hizo trazar la angosta vía conocida como la “carretera central del norte” por el lugar neurálgico de la batalla. Con ocasión del sesquicentenario, en el año 1969, el gobernador de Boyacá acabó con los jardines que embellecían el histórico sitio y, el mencionado gobernador, levantó en el Valle de Tenza, un enorme gallinero. El actual puente, el que sale en las postales, fue un obsequio del dictador Francisco Franco. El entorno fue afectado por un templo que levantó un párroco. La actual vía que comunica a Bogotá con Tunja no fue cuestionada en el momento de su construcción. Y, ahora, se somete el terreno perteneciente al Puente de Boyacá a los intereses señalados en un contrato como si se tratara de un pleito civil o comercial y para eso se ha prestado el llamado Ministerio de Cultura, que expidió una norma a medida del contratista y no de la soberanía nacional. Norma que el Tribunal Administrativo de Boyacá se negó a aplicar pero que el Consejo de Estado tuvo en cuenta.

Como ciudadano era explicable reclamar. La acción popular ha seguido su curso. El caso está para sentencia y se dictó medida cautelar por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 8 de mayo de 2015, medida revocada por el Consejo de Estado el 12 de noviembre del año 2015. Estuvieron en contra de la medida cautelar sabiamente decretada por el Tribunal, las siguientes entidades: el Ministerio de Cultura, INVIAS, el departamento de Boyacá, la Procuraduría (aunque en otro escrito el Ministerio Público pidió lo contrario), la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la Agencia Nacional de Infraestructura, el Consorcio Solarte S. A. Estuvieron a favor de la protección del Parque Histórico de la Nación: la Academia Colombiana de Historia, la Universidad del Rosario, Oscar Dueñas Ruiz, Perla Molina, Luis Eduardo Wiesner.

El Consejo de Estado, olvidando la matriz de la nacionalidad, ha viabilizado el rompimiento del Parque. Y, cuando, con posterioridad, el Tribunal Administrativo de Boyacá, ordenó una inspección judicial y dictámenes de entidades que merecen respeto, entonces, se interpone recurso contra este decreto de pruebas para rápidamente viabilizar la obra del contratista.

Protección del Patrimonio Cultural de la Nación

Conforme al artículo 4 de la Ley 397 de 1997 modificado por el artí-

culo 1 de la Ley 1185 de 2008 se entiende que:

El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, *así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico*, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, filmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico. (subrayado fuera del texto).

De acuerdo con esto, se entiende que el Parque Histórico Puente de Boyacá hace parte del patrimonio cultural de la Nación en virtud de la Resolución N° 1066 de 2006 del Ministerio de Cultura que considera al conjunto conformado por el Parque Histórico Puente de Boyacá, la Piedra de Barreiro, las Ruinas del Antiguo Molino Hidráulico y el área de mayor enfrentamiento entre los ejércitos al norte de la carretera que conduce a Samacá, a la Batalla del Puente de Boyacá, como Bien de Interés Cultural de Carácter Nacional.

Es por éste motivo que como bien de interés cultural de la Nación y hacer parte del patrimonio cultural que se encuentra cobijado por el deber de protección impuesto al Estado por el artículo 72 de la Constitución Política de Colombia conforme al cual:

El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

Es en virtud de dicho deber que el Estado a través de sus instituciones debe preservar el parque histórico a través del PEMP que indique la zona que se encuentra cobijada como bien de interés cultural y por consiguiente no es posible que se admitan obras que lleven a una afectación del mismo.

De hecho, el Artículo 11 de la Ley 397 de 1997 modificado por el Artículo 7 de la Ley 1185 de 2008 expone el Plan Especial de Manejo como un instrumento que materializa la protección que ejerce el Estado sobre los bienes que integran el patrimonio cultural de la Nación.

Artículo 11. Régimen Especial de Protección de los bienes de interés cultural. Los bienes materiales de interés cultural de propiedad pública y privada estarán sometidos al siguiente Régimen Especial de Protección: 1. Plan Especial de Manejo y Protección. La declaratoria de un bien como de interés cultural incorporará el Plan Especial de Manejo y Protección –PEMP–, cuando se requiera de conformidad con lo definido en esta ley. El PEMP es el instrumento de gestión del patrimonio cultural por medio del cual se establecen las acciones necesarias para garantizar su protección y sostenibilidad en el tiempo. (...)

Es por esto que se hace necesario que la medida cautelar se mantenga hasta tanto exista dicho –PEMP–, pues una vez las obras inicien la afectación será imposible que el Estado pueda llegar a proteger una zona que debía estar dentro de la preservada pero sobre la cual ya se admitió la intervención.

El deber de protección a los bienes culturales se encuentra desarrollado por la Observación General No. 21 del Comité DESC de las Naciones Unidas sobre el derecho de todas las personas a tomar parte en la vida cultural, elaborada en la sesión No. 23 de noviembre de 2009; se reconoce la plena promoción y respeto por los derechos cultural como elemento esencial para el mantenimiento de la dignidad humana y la interacción social entre individuos y comunidades en un mundo diverso y multicultural. Además se aclara que del derecho a participar en la vida cultural (artículo 15 del PIDESC) se deriva la obligación de promover la vida cultural, el acceso y la protección de los bienes culturales, entre otros³².

Mientras a nivel nacional encontramos pronunciamientos de la Corte Constitucional que se refieren al mismo afirmando que:

En lo que se refiere específicamente a la defensa del patrimonio cultural y arqueológico y al régimen constitucional de protección, su fundamento surge directamente del (ix) artículo 63, en el que se consagra que el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables; y, de manera especial, del (x) Artículo 72, que prevé que el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado, al tiempo que establece que el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. En plena armonía con las citadas disposiciones, (xi) el Artículo 313-10 del mismo ordenamiento Superior, le atribuye a los Concejos Municipales la función de expedir las normas necesarias para el control,

³² Corte Constitucional. Sentencia C-434 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

la preservación y la defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio (...)

Acorde con ello, en diversas oportunidades, la Corte ha resaltado, no sólo la importancia del referido régimen constitucional de protección, sino también la obligación que asiste a todos, y en particular al Estado, de asegurar la conservación y recuperación de los bienes que conforman dicho patrimonio cultural y arqueológico. Ha recordado este Tribunal que, para tales efectos, es la propia Carta Política la que le impone al Estado el deber de proteger el patrimonio cultural de la Nación (C.P. Art. 72), al tiempo que le reconoce a los bienes que hacen parte del mismo el carácter de inalienables, inembargables e imprescriptibles³³.

Por lo tanto, al desconocerse la necesidad de un –PEMP– para el Parque Histórico Puente de Boyacá y admitir que se ejecuten obras que puedan llegar a afectar la zona de amplia importancia histórica se está obviando la obligación que como dice la Corte nos asiste a todos pero especialmente al Estado a través de sus instituciones de protección del patrimonio cultural de la Nación. Dicha negativa constituye una violación directa de la Constitución especialmente en el Artículo 72 de que reconoce la obligación y los demás artículos citados por la corte previamente.

VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La Constitución de 1991 adoptó el modelo de democracia participativa. “Bajo este modelo se extendieron los espacios en los cuales los ciudadanos podrían tener incidencia en la toma de decisiones”³⁴.

El concepto de democracia participativa implica que los principios democráticos expanden la práctica política a esferas diferentes de la electoral. “Comporta una revaloración del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional. No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida”³⁵. Asimismo, la participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas que les incumben directamente.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-082 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-T-066/15. M.P. Gloria Stella Ortiz delgado.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-180/94. M.P. Hernando Herrera Vergara.

De esta forma la participación es uno de los pilares fundamentales del Estado Social y Constitucional de Derecho³⁶, y dentro de la concepción general es entendida como el derecho fundamental de las personas, a ser tenido en cuenta en las decisiones que les afectan.

Tal relevancia de la participación ciudadana se refleja en su consagración en el “Preámbulo” de la Carta. Así, debe entenderse como un valor, con plena eficacia interpretativa. Asimismo,

el Artículo 1 establece el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado, y en el Artículo 2 se determina la participación de todos en las decisiones que los afectan, motivo por el cual además de ser utilizado como un valor es también un principio y, como tal, además de parámetro de interpretación, también sirve para resolver conflictos de naturaleza constitucional e incluso en otras áreas del derecho cuando se trate de casos complejos o difíciles³⁷ (Dworkin, 1984, 75-78).

Igualmente, el artículo 95 de la Constitución prevé que la participación como un derecho y a un deber de los ciudadanos participar en la vida política, cívica y comunitaria del país.

El derecho a la participación resultó gravemente lesionado por la Sección Primera del Consejo de Estado porque de manera anticipada decidió dar vía libre a la intervención del Parque Histórico Puente de Boyacá, sin tener en cuenta que el proceso de la acción popular no ha concluido. Es importante resaltar que el derecho a la participación de los ciudadanos también se ejerce a través de la interposición de acciones públicas que les permiten ejercer control sobre las autoridades e inferir en la toma de decisiones.

Así, se descarto de manera tajante la preocupación que la construcción de la doble calzada genera en los ciudadanos al concluir que la decisión de elaborar el PEMP es discrecional y que la autorización dada por el Ministerio de Cultura es suficiente para proteger el Parque. En pocas palabras, la decisión que tomo el Magistrado debió tener en cuenta el estado del proceso y salvaguardar un posible derecho colectivo vulnerado. Teniendo en cuenta que se trata del un territorio de gran valor para los colombianos que resulta ser irremplazable.

³⁶ Artículo 1. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” Constitución Política de Colombia. 1991.

³⁷ Pardo Schlesinger, Cristina. “Retos de la Democracia y la Participación ciudadana”. Capitulo: reflexiones sobre el carácter participativo de nuestra democracia. Editorial Universidad del Rosario. Pág.63

Uno de los derechos de los ciudadanos es la potestad de interponer acciones públicas para la protección de los derechos colectivos (Artículo 40 constitución)³⁸, esto implica que dichas acciones se resuelvan de fondo y su cumplimiento sea eficaz.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la elaboración del PEMP permite la participación de la comunidad académica así como de otros actores interesados, a través de talleres que permiten una construcción de dicho plan. Tales espacios nunca se dieron con la decisión discrecional de Ministerio de Cultura ni siquiera existió la oportunidad de recurrir tal decisión³⁹.

V. PRUEBAS

De la manera más respetuosa, solicito señor juez que tenga en cuenta los siguientes documentos como pruebas dentro de este proceso (tal como se relacionan en los hechos de la demanda):

Demanda de Acción popular presentada en 2012 por Oscar José Dueñas Ruiz, Juliana Castro Londoño, Juan Felipe Lozano Reyes y María Estela Quintero Espitia.

Resolución 3991 de 2015 emitida por el Ministerio de Cultura.

Auto de medidas cautelares del 3 de mayo de 2015 (Tribunal Administrativo de Tunja).

Providencia del 12 de noviembre de 2015 que revoca la medida cautelar (Sección primera del Consejo de Estado).

Respuesta Derecho de petición MC-012850-EE-2015.

Escrito de Coadyuvancia radicado el 25 de mayo de 2015.

Mapa de la resolución 1060 de 2006 elaborada por Luis Horacio López (Miembro de la Academia Colombiana de Historia). Donde se ilustra que en la declaratoria se excluyó el área de enfrentamiento del grueso de los ejércitos.

Comunicación Ministerio de Cultural. Respuesta MC-014667-EE-2015.

VI. NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones téngase en cuenta las siguientes direcciones, aparte de la secretaria de su despacho:

³⁸ Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

³⁹ Comunicación Ministerio de Cultural. Respuesta MC-014667-EE-2015. Pág.5

Accionantes:

Oscar José Dueñas Ruiz
Carrera 7 No. 17 – 01 Of. 701.
Tel: 3422575
Perla Molina López
Avenida Jiménez No. 8-49 Piso 3.

Apoderado:

Sebastián Senior Serrano
Avenida Jiménez No. 8-49 Piso 3.

Accionado:

Sección Primera Consejo de Estado

VII. ANEXOS

Lo establecido en el acápite V. PRUEBAS
Poder especial otorgado a Sebastián Senior Serrano

VIII. JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento afirmo no haber interpuesto otra acción de tutela por los mismos hechos, protegiendo los mismos derechos y con las mismas pretensiones.

Cordialmente,

OSCAR JOSÉ DUEÑAS RUIZ
CC. 17.024.944 de Bogotá
TP. 5027 del CSJ

SEBASTIÁN SENIOR SERRANO
CC. 1.010.191.828 de Bogotá
TP. 234.743 del CSJ
Grupo de Acciones Públicas – GAP
Universidad del Rosario