

### **ACCION DE TUTELA - Noción y procedencia / ACCION DE TUTELA - Procede como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable**

En relación con la acción de tutela y su carácter subsidiario ante la existencia de otros medios o mecanismos de defensa judicial...se puede sostener que a la tutela sólo se puede acudir cuando hay ausencia de otro medio de defensa judicial para la protección del derecho invocado. No obstante, la norma establece como excepciones de esta causal que la tutela sea utilizada (i) como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable o (ii) como mecanismo principal cuando existiendo otro medio de defensa judicial este no es idóneo ni eficaz para la defensa de los derechos fundamentales conculcados o amenazados...Por tal razón, como la tutela constituye un mecanismo subsidiario frente a las acciones ordinarias, como se precisó en anteriores apartes, resulta, en principio, que la presente acción es improcedente. No obstante, también se señaló que la tutela puede ser invocada como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable, excepción que a pesar de que en el escrito de tutela no se invocó, de las pruebas arrimadas al proceso se puede inferir su existencia, pues es evidente que el demandante como pescador artesanal, actividad que acredita y que según el artículo 273 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, es aquella pesca que se realiza por personas naturales que incorporan a esta actividad su trabajo o por cooperativas u otras asociaciones integradas, cuando utilizan sistemas y aparejos propios de una actividad productiva de pequeña escala, al imponerse el decomiso de su motonave y unos aparejos de pesca para desarrollar la pesca artesanal, implica una afectación grave en su sostenimiento y el de su familia, en tanto que es la única actividad que conoce para sacar un provecho económico. Razón por la que la presente acción se torna procedente en aras de evitar un perjuicio de la magnitud antes referida por el trato de las autoridades demandadas

### **PARQUES NATURALES - Marco normativo / PARQUES NATURALES - El Estado tiene la potestad sancionadora en aras de garantizar y conservar el medio ambiente**

El Estado bajo el marco del principio de Estado social de derecho concede a ciertas zonas que tienen una relevancia para el desarrollo sostenible de la sociedad una protección especial, es así que establece en el artículo 79 de la Constitución Política que el ambiente sano, por un lado, constituye un derecho de todas las personas y, por otro, un deber del Estado que se concreta en la protección de la diversidad e integridad del mismo en la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y en el fomento de la educación y el logro de estos fines. Como también el artículo 63 superior prescribe que, entre otros bienes, los parques naturales tienen carácter jurídico de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que el medio ambiente (su goce, protección y conservación) es un derecho fundamental, aunque su protección se ha restringido a medios policivos y a las acciones populares. De igual manera, ha precisado que son titulares de este derecho todos los individuos y que el Estado es el encargado de su protección y conservación...Con respecto al Parque Nacional Tayrona, se puede rescatar que fue declarado y delimitado mediante la Resolución No. 191 de 1964, expedida por la Junta Directiva del INCORA, aprobada por la Resolución No. 255 del 29 de septiembre de 1964, refrendado por el Acuerdo No. 04 del 24 de abril de 1969 del INDERENA, y aprobado por la Resolución Ejecutiva No. 292 del 18 de agosto de 1969 del Ministerio de Agricultura, con el objeto de conservar la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales, con fines científicos, educativos, recreativos o estéticos. Por medio de la Resolución No. 0234 del 17 de diciembre de 2004, la

Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial determinó la zonificación del Parque Nacional Natural Tayrona y su régimen de usos y actividades como componente del plan de manejo del área. Con la Resolución 026 del 26 de enero de 2007, se definieron los siguientes objetivos de conservación sobre la zona: 1. Conservar el mosaico ecosistémico terrestre y sus especies asociadas presentes en el Parque, que incluye el matorral espinoso y los bosques seco tropical, húmedo y nublado y sus servicios ambientales. 2. Conservar el mosaico ecosistémico marino costero y sus especies asociadas presentes en el área protegida, que incluye las formaciones coralinas, litoral rocoso, manglares, praderas de fanerógamas, fondos sedimentarios, playas y lagunas costeras y sus servicios ambientales. 3. Mantener las diferentes fuentes de agua como autorreguladores ecosistémicos del área del Parque. 4. Conservar y proteger los ecosistemas asociados a los puntos de Línea Negra dentro del área, como parte constitutiva del territorio indígena del complejo de la Sierra Nevada de Santa Marta, y los vestigios arqueológicos como Chairama o Pueblito, considerado monumento y patrimonio nacional...El Estado, como se señaló anteriormente, es el titular de la potestad sancionadora por la afectación del medio ambiente, sin perjuicio de que otras autoridades lo puedan ejercer...Con base en estas normas, se puede entender que el Estado tiene la potestad sancionadora en aras de garantizar y conservar el medio ambiente, potestad que se deriva del principio de Estado Social de Derecho o en virtud de lo que la Corte Constitucional sostiene acerca de la Constitución Ecológica

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULOS 63 Y 79 / LEY 1333 DE 2009 - ARTICULO 1

**NOTA DE RELATORIA:** Acerca el alcance y aplicación del Sistema de Protección del Medio Ambiente, ver Corte Constitucional sentencias T-411 de 1992, reiterada por la sentencia C-535 de 1996 y C-126 de 1998. Y sentencia T-666-02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Sobre el proceso sancionatorio ambiental y su ámbito de aplicabilidad, consultar Corte Constitucional sentencia C-703-10

**PARQUES NATURALES - Medidas preventivas / MEDIDAS PREVENTIVAS - Noción / MEDIDAS PREVENTIVAS - Deben aplicarse en virtud del principio de proporcionalidad / MEDIDAS PREVENTIVAS - Se deben implementar garantizando los principios del Estado de Derecho y Estado Social de Derecho**

La acción preventiva tiene como fundamento los principios de prevención y precaución, pues se parte del hecho de que el medio ambiente puede enfrentar la afectación, el daño, el riesgo, etc., por lo que la administración debe contar con instrumentos para contrarrestar estas situaciones en la que se puede encontrar el medio ambiente...La Ley 1333 de 2009...artículo 36, señala que las medidas preventivas que la autoridad ambiental puede imponer mediante acto administrativo motivado y de acuerdo con la gravedad de la infracción son: la amonestación escrita, el decomiso preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción, la aprehensión preventiva de especímenes, productos y subproductos de fauna y flora silvestres y la suspensión de obra o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente...De las pruebas referidas y de lo expuesto anteriormente, se puede observar que la Directora Territorial Caribe de Parques Nacionales Naturales de Colombia, en virtud del Decreto 3572 de 2011, la Ley 1333 de 2009 y la Resolución No. 476 de 2012, se encontraba facultada para expedir el auto No. 281 del 26 de abril de 2013, por el cual le impuso al demandante la medida preventiva

de decomiso preventivo y le abrió una investigación de carácter administrativo. Razón por la que se puede inferir que el decomiso de la motonave y de los aparejos de pesca por parte de la Directora Territorial Caribe de Parques Nacionales Naturales de Colombia se encuentra ajustada a la legalidad, pues de acuerdo con los motivos que establece en el referido auto y que deben estar presentes en los términos de la Ley 1333 de 2009, el hecho de que el demandante haya pescado en una zona protegida, actividad que se encuentra prohibida por el artículo 278 del Decreto 2811 de 1974, constituye una razón suficiente y de tal gravedad para imponer la medida preventiva de decomiso preventivo, hasta tanto se identifiquen los daños que pudo haber cometido con su conducta en el Parque Nacional Natural Tayrona y su responsabilidad...En esa medida, la actividad desarrollada por la Directora Territorial Caribe de Parques Nacionales Naturales, en principio, se encuentra ajustada a derecho. Sin embargo, si se analiza el auto antes referido y la situación expuesta por el demandante, pese a que esta actuación administrativa es legal y conforme al interés general como se señaló anteriormente, se puede evidenciar, de acuerdo a lo probado en el proceso, que la medida excede los límites que deben tenerse en cuenta cuando se adopta una medida preventiva, pues del contenido del artículo 36 de la Ley 1336 de 2009 se puede apreciar que la gravedad de la infracción debe ser establecida bajo criterios de proporcionalidad. En efecto, cuando se dispuso la medida preventiva de decomiso, la autoridad ambiental no valoró el hecho de que los implementos decomisados, como son la motonave y los aparejos de pesca, constituyen los medios de los cuales deriva su sustento el señor Bermúdez Creus, pues son indispensables para desarrollar su profesión de pescador artesanal. Se evidencia, entonces, que la actuación del decomiso preventivo, la cual se encuentra fundada en razones de legalidad y en razones de interés general, afecta de manera clara los derechos al mínimo vital y el trabajo del demandante, pues la autoridad administrativa debió tener en cuenta esta situación para determinar la gravedad de la conducta objeto de infracción, pues cabe recordar que dentro de los fundamentos de la función administrativa, el Estado se encuentra sometido a garantizar los principios de Estado de Derecho y de Estado Social de Derecho, razón por la que la administración, en relación con el medio ambiente, debe proteger la integridad de los recursos naturales y garantizar el derecho colectivo al ambiente sano, como también que estas conductas, en la mayor medida posible, no menoscaben los derechos fundamentales de los particulares

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 3572 DE 2011 / LEY 1333 DE 2009 / DECRETO 2811 DE 1974 - ARTICULO 278

**NOTA DE RELATORIA:** Respecto de la constitucionalidad y alcance de la ley 1333 de 2009, estudiar Corte Constitucional sentencia C-703-10

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

#### **SUBSECCION A**

**Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 47001-23-33-000-2013-00087-01(AC)**

**Actor: RAUL DEL CARMEN BERMUDEZ CREUS**

**Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL DE COLOMBIA**

Decide la Sala la impugnación formulada por el señor Raúl del Carmen Bermúdez Creus contra la sentencia del 9 de mayo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que declaró improcedente la acción de tutela.

### **ANTECEDENTES**

El señor Raúl del Carmen Bermúdez Creus, en nombre propio, presentó acción de tutela con el propósito de lograr la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, el mínimo vital, al trabajo, a la paz, la salud mental, la vida digna, la alimentación equilibrada de los niños, la libre escogencia de profesión u oficio de las minorías étnicas y de la diversidad cultural, presuntamente vulnerados por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional de Colombia.

Como hechos de la acción expuso que es oriundo de la población de Taganga y ejerce la profesión de pescador artesanal por más de 30 años en el espacio comprendido entre la Punta de Botín y Cañaveral.

Mencionó que el pueblo de Taganga tiene como tradición la pesca artesanal, por lo que el legado de esta práctica ha pasado por varias generaciones y existen entidades como la Corporación de Cinchorreros de Pescadores fundada desde 1873.

Agregó que pese a que ejercen la profesión de la pesca artesanal desde muchos años, las entidades demandadas han efectuado acciones represivas en contra de los pescadores de Taganga, en razón a que esta zona se encuentra prohibida por tratarse de una zona de reserva natural.

Señaló que el 2 de abril de 2013 cuando realizaba las labores de faena de pesca en el sitio llamado Bajo de Jairaca, la Guarda Costera de la Armada Nacional de Santa Marta lo detuvo y procedió a retirarlo de la embarcación la cual fue

incautada junto con los aparejos de pesca por encontrarse pescando sin autorización, dejándolo desprovisto de la labor de la que tradicionalmente deriva su sustento y el de su familia.

Resaltó que ha agotado todos los recursos para recuperar la embarcación.

Como pretensiones solicitó que se amparen los derechos antes mencionados, se ordene al Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional que le devuelvan la lancha y los aparejos de pesca retenidos y que se abstengan de prohibirle, acosarlo y retenerlo cuando realiza la pesca en los sitios que tradicionalmente sus ancestros lo han hecho y se prevenga a estas entidades para que no reincidan en actuaciones que menoscaben sus derechos fundamentales.

### **LA SENTENCIA IMPUGNADA**

El Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante providencia del 9 de mayo de 2013, declaró improcedente la tutela instaurada.

Luego de analizar el material probatorio allegado al proceso, consideró que dada la naturaleza de la acción, la que sólo procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial, el demandante hace mal en acudir a la tutela para que se dirima la violación de sus derechos fundamentales alegados, cuando en virtud del acto No. 281 del 26 de abril de 2013 se dio inicio al trámite administrativo frente a la situación de incautación de la nave de pesca y los elementos de trabajo.

Añadió que como el demandante alega que fue afectado su mínimo vital, en razón a que la pesca es la actividad de la cual deriva su sustento y el de su familia, y como las entidades demandadas no contrvirtieron tal situación, le asiste el derecho a la entrega provisional de los bienes incautados, como también a que se les informe a los pescadores de la población de Taganga las zonas precisas para realizar la pesca artesanal.

En atención a lo anterior, resolvió:

**“1º) DECLARAR** la improcedencia de la solicitud de tutela formulada por el señor RAÚL DEL CARMEN BERMÚDEZ CREUS por las razones esbozadas en la parte motiva de este proveído.

**2º) CONMÍNESE** a la UNIDAD ESPECIAL DE PARQUES NACIONALES NATURALES TAYRONA, para que en el término de cuarenta y ocho (48) días siguientes a la notificación de esta providencia, adelante los mecanismos y procedimientos necesarios a fin de que entre a decidir en torno a la pertinencia o no de ordenar como medida provisional la entrega de la nave de pesca y demás elementos de trabajo incautados al señor Raúl Bermúdez Creus. Asimismo, se le **ORDENA** la organización e instalación de mesas y programas pedagógicos de trabajo con los pescadores del sector de la Población de Taganga que ejerzan la actividad referida, las cuales tendrán como fin capacitar, orientar y poner en conocimiento a los distintos trabajadores de pesca las zonas marinas precisas en la que puedan realizar sin ningún impedimento la actividad pesquera artesanal sin afectar los recursos naturales de las áreas legalmente protegidas.

(...)” (Negrillas dentro del texto).

## LA IMPUGNACIÓN

El señor Raúl del Carmen Bermúdez Creus impugnó la decisión de instancia.

Solicitó dejar sin efectos el auto No. 281 del 26 de abril de 2013, por el cual se le impone la medida preventiva de decomiso y se abre una investigación en su contra, y que le permitan ejercer la pesca artesanal, en la medida en que de esta actividad deriva su sustento y el de su familia.

Trajo como apoyo de su dicho varias normas y pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, donde a su juicio se da protección a los derechos de los pescadores.

Para resolver, se

## CONSIDERA

El asunto objeto de estudio se centra a examinar dos problemas: (i) determinar si la presente acción es procedente ante la presencia de otro medio de defensa judicial para controvertir el auto No. 281 del 26 de abril de 2013 y; (ii) establecer, sólo en el evento de que sea procedente la acción, si esta actuación administrativa desconoce los derechos fundamentales alegados por el

demandante, al no permitirle ejercer la actividad de la pesca artesanal, a pesar de que las autoridades demandadas que profirieron la actuación lo hicieron en garantía de la protección de una zona protegida como reserva natural.

Para desarrollar lo anterior, se analizarán los siguientes aspectos: (I) la procedencia de la acción; (ii) las zonas protegidas y la potestad sancionadora del Estado frente a su afectación; (iii) las medidas preventivas y; (iv) el caso concreto.

### **La procedencia de la acción de tutela**

En relación con la acción de tutela y su carácter subsidiario ante la existencia de otros medios o mecanismos de defensa judicial, el artículo 86 de la Carta Política señala:

“ARTÍCULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

(...)

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. (...)” .

En desarrollo del referido artículo, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 6 consagra:

“ARTÍCULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella 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 encuentra el solicitante. (...)”

En atención a estas normas, se puede sostener que a la tutela sólo se puede acudir cuando hay ausencia de otro medio de defensa judicial para la protección del derecho invocado.

No obstante, la norma establece como excepciones de esta causal que la tutela sea utilizada (i) como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio

irremediable<sup>1</sup> o (ii) como mecanismo principal cuando existiendo otro medio de defensa judicial este no es idóneo ni eficaz para la defensa de los derechos fundamentales conculcados o amenazados.

El demandante alega que se desconocieron sus derechos a la dignidad humana, el mínimo vital, al trabajo, a la paz, la salud mental, la vida digna, la alimentación equilibrada de los niños, la libre escogencia de profesión u oficio de las minorías étnicas y la diversidad cultural, en razón a que las autoridades demandadas le decomisaron unos bienes que le permiten ejercer la pesca artesanal, actividad de la cual deriva su sustento y el de su familia, sobre una zona que tradicionalmente se ha utilizado para la pesca.

Del proceso se puede destacar las siguientes pruebas:

- Copia del carnet No. 29179, expedido por el INCODER, en el que figura el demandante como pescador artesanal (folio 12).
- Copia de una declaración del demandante ante el Inspector de Policía de la Alcaldía Mayor de Santa Marta, celebrada el 9 de abril de 2013, en la que señaló, bajo la gravedad de juramento, que *“soy pescador artesanal, ese es mi oficio desde hace treinta (30) años, como nativo de Taganga que soy, de esto deriva mi sustento y el de mi familia. La cual reside en (...) Taganga”* (folio 16).
- Copia del acta de incautación del 2 de abril de 2013, en la que se relaciona por parte del Teniente de Fragata Mora Valenzuela Rafael Enrique lo siguiente: que a las 1340R en el área de Neguanje (Santa Marta – Magdalena) en las coordenadas N. 11°21’00” W. 074°06’0.82” se procedió a la incautación de una motonave de nombre “Marlins” de color azul con blanco y otros elementos, quien figura como tenedor de los mismos el señor Raúl del Carmen Bermúdez Creus, por el incumplimiento de normas ambientales (folio 14).
- Copia de la protesta No. 007 MD-CGFM-CARMA-JONA-COGAC-GUCA-CEGSAM-29.57 del 3 de abril de 2013, por la cual se comenta la visita, inspección e incautación de la motonave de nombre “Marlins”, por parte del Comandante Guardia Interceptora I EGSAM, Teniente de Fragata Mora

---

<sup>1</sup> El perjuicio irremediable ha sido entendido como aquel que presente las características de: inminente, esto es que amenaza o está por suceder; urgente, en relación con las medidas a adoptar para evitar la consumación del mismo aplicando para el efecto un criterio de proporcionalidad; grave, relacionado con el bien jurídico protegido por el ordenamiento y que es objetivamente (determinado o determinable) relevante para el afectado; e, impostergabilidad, lo que determina que la tutela sea adecuada para el restablecimiento del orden social justo en su integridad.

Valenzuela Rafael Enrique, al Capitán de Fragata Guillermo Díaz Peña (folio 13).

- Copia del informe de incautación del 10 de abril de 2013, por el cual el Teniente de Fragata Mora Valenzuela Rafael Enrique pone en conocimiento los bienes incautados del demandante al comandante de la Estación de Guardacostas Santa Marta, María José Cely Charris (folio 49).
- Copia del oficio No. 083 MD-CG-CARMA-SECAR-JONA-COGAC-CGUCA-CEGSAM-29.57 del 10 abril de 2013, por el cual se pone en conocimiento la incautación de la motonave "Marlins" por parte del Comandante de la Estación de Guardacostas de Santa Marta a la Jefe de Área Protegida del Parque Natural Nacional "Tayrona" (folio 48).
- Auto No. 281 del 26 de abril de 2013, por el cual se impone y se mantiene una medida preventiva de decomiso preventivo y se abre una investigación de carácter administrativo – ambiental contra el señor Raúl del Carmen Bermúdez Creus y Raúl Bermúdez Mattos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia en forma clara que existe otro medio de defensa judicial para invocar lo solicitado en la presente acción, como bien lo consideró el a quo.

Si se analiza el acto administrativo No. 281 del 26 de abril de 2013, se puede inferir que contiene dos decisiones: una referente a la apertura de una investigación para determinar si el demandante incurrió con su conducta en una infracción ambiental y la otra en relación con la medida preventiva de decomiso de unos bienes que son de su pertenencia, decisiones que no son susceptibles de recurso alguno.

Frente a la primera, se puede resaltar que el demandante no ha agotado el trámite administrativo respectivo para invocar lo alegado en la presente acción, es decir el procedimiento establecido en la Ley 1333 de 2009, con el fin de que exponga las razones ante la autoridad ambiental competente de que la zona que comprende la reserva natural "Tayrona" ha sido utilizada tradicionalmente para la pesca y que al limitarse esta actividad afecta los intereses de su comunidad y las razones para demostrar que con su conducta no causó un daño ambiental.

De igual forma, respecto de la segunda decisión se puede observar que puede acudir a la acción contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho, incluso

puede pedir la figura de la medida cautelar, para reclamar la protección de los derechos de esta acción y la reparación del daño causado.

Por tal razón, como la tutela constituye un mecanismo subsidiario frente a las acciones ordinarias, como se precisó en anteriores apartes, resulta, en principio, que la presente acción es improcedente.

No obstante, también se señaló que la tutela puede ser invocada como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable, excepción que a pesar de que en el escrito de tutela no se invocó, de las pruebas arrojadas al proceso se puede inferir su existencia, pues es evidente que el demandante como pescador artesanal, actividad que acredita y que según el artículo 273 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, es aquella pesca que se realiza por personas naturales que incorporan a esta actividad su trabajo o por cooperativas u otras asociaciones integradas, cuando utilizan sistemas y aparejos propios de una actividad productiva de pequeña escala, al imponerse el decomiso de su motonave y unos aparejos de pesca para desarrollar la pesca artesanal, implica una afectación grave en su sostenimiento y el de su familia, en tanto que es la única actividad que conoce para sacar un provecho económico<sup>2</sup>.

Razón por la que la presente acción se torna procedente en aras de evitar un perjuicio de la magnitud antes referida por el trato de las autoridades demandadas.

#### **Las zonas protegidas y la potestad sancionadora del Estado frente a su afectación**

El Estado bajo el marco del principio de Estado social de derecho concede a ciertas zonas que tienen una relevancia para el desarrollo sostenible de la sociedad una protección especial, es así que establece en el artículo 79 de la Constitución Política que el ambiente sano, por un lado, constituye un derecho de todas las personas y, por otro, un deber del Estado que se concreta en la protección de la diversidad e integridad del mismo en la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y en el fomento de la educación y el logro de estos fines. Como también el artículo 63 superior prescribe que, entre otros bienes, los parques naturales tienen carácter jurídico de inalienables,

---

<sup>2</sup> Como se deduce de la declaración juramentada, tampoco las autoridades demandadas contrvirtieron tal situación.

imprescriptibles e inembargables.

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que el medio ambiente (su goce, protección y conservación) es un derecho fundamental, aunque su protección se ha restringido a medios policivos y a las acciones populares. De igual manera, ha precisado que son titulares de este derecho todos los individuos y que el Estado es el encargado de su protección y conservación. Al respecto, estableció:

“La Carta Política tiene un amplio y significativo contenido ambientalista. Así, a partir de lo establecido en distintos preceptos constitucionales puede confirmarse la existencia de un ordenamiento constitucional ecologista que ordena defender y conservar el medio ambiente, tanto como proteger los bienes y riquezas ecológicas indispensables para obtener un desarrollo sostenible, como la forma de asegurar el derecho constitucional a gozar de un medio ambiente (...)”<sup>3</sup>.

En este sentido, la protección del medio ambiente obliga al Estado a adoptar medidas encaminadas a evitar o minimizar su deterioro y a que el desarrollo económico y social se realice de manera armónica con el ambiente.

“El mandato de conservación impone la obligación de preservar ciertos ecosistemas. Estos no están sometidos a la obligación de garantizar un desarrollo sostenible, sino a procurar su intangibilidad. De ahí que únicamente sean admisibles usos compatibles con la conservación y esté proscrita su explotación.

Las áreas de especial importancia ecológica, en este orden de ideas, 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 especial importancia ecológica y (ii) otorga a los individuos el derecho a disfrutar –pasivamente- de tales áreas, así como a que su integridad no se menoscabe.”<sup>4</sup>

Con respecto al Parque Nacional Tayrona, se puede rescatar que fue declarado y delimitado mediante la Resolución No. 191 de 1964, expedida por la Junta Directiva del INCORA, aprobada por la Resolución No. 255 del 29 de septiembre de 1964, refrendado por el Acuerdo No. 04 del 24 de abril de 1969 del INDERENA, y aprobado por la Resolución Ejecutiva No. 292 del 18 de agosto de 1969 del

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-411 de 1992, reiterada por la sentencia C-535 de 1996 y C-126 de 1998. En estas providencias como en muchas otras ha subrayado la Corte la existencia de un Sistema de Protección del Medio Ambiente que se desprende de lo establecido en distintos preceptos constitucionales y que da lugar a una Constitución Ecológica.

<sup>4</sup> Sentencia de la Corte Constitucional T-666-02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Ministerio de Agricultura, con el objeto de conservar la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales, con fines científicos, educativos, recreativos o estéticos.

Por medio de la Resolución No. 0234 del 17 de diciembre de 2004, la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial determinó la zonificación del Parque Nacional Natural Tayrona y su régimen de usos y actividades como componente del plan de manejo del área.

Con la Resolución 026 del 26 de enero de 2007, se definieron los siguientes objetivos de conservación sobre la zona: 1. Conservar el mosaico ecosistémico terrestre y sus especies asociadas presentes en el Parque, que incluye el matorral espinoso y los bosques seco tropical, húmedo y nublado y sus servicios ambientales. 2. Conservar el mosaico ecosistémico marino costero y sus especies asociadas presentes en el área protegida, que incluye las formaciones coralinas, litoral rocoso, manglares, praderas de fanerógamas, fondos sedimentarios, playas y lagunas costeras y sus servicios ambientales. 3. Mantener las diferentes fuentes de agua como autorreguladores ecosistémicos del área del Parque. 4. Conservar y proteger los ecosistemas asociados a los puntos de "Línea Negra" dentro del área, como parte constitutiva del territorio indígena del complejo de la Sierra Nevada de Santa Marta, y los vestigios arqueológicos como "Chairama" o Pueblito, considerado monumento y patrimonio nacional.

El Estado, como se señaló anteriormente, es el titular de la potestad sancionadora por la afectación del medio ambiente, sin perjuicio de que otras autoridades lo puedan ejercer, como se desprende del artículo 1 de la Ley 1333 de 2009<sup>5</sup>, norma que señala:

Artículo 1. El Estado es el titular de la potestad sancionatoria en materia ambiental y la ejerce sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades a través del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, los establecimientos públicos ambientales a que se refiere el artículo 13 de la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, Uaesppn, de conformidad con las competencias establecidas por la ley y los reglamentos.

PARÁGRAFO. En materia ambiental, se presume la culpa o el dolo del infractor, lo cual dará lugar a las medidas preventivas. El infractor será

---

<sup>5</sup> Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones.

sancionado definitivamente si no desvirtúa la presunción de culpa o dolo para lo cual tendrá la carga de la prueba y podrá utilizar todos los medios probatorios legales.

En el artículo 5 de la citada ley se consagran las infracciones al medio ambiente:

“ARTÍCULO 5o. *INFRACCIONES*. Se considera infracción en materia ambiental toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto-ley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes en que las sustituyan o modifiquen y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente. Será también constitutivo de infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria, a saber: El daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil.

PARÁGRAFO 1o. En las infracciones ambientales se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla.

PARÁGRAFO 2o. El infractor será responsable ante terceros de la reparación de los daños y perjuicios causados por su acción u omisión.”

Con base en estas normas, se puede entender que el Estado tiene la potestad sancionadora en aras de garantizar y conservar el medio ambiente, potestad que se deriva del principio de Estado Social de Derecho o en virtud de lo que la Corte Constitucional sostiene acerca de la Constitución Ecológica<sup>6</sup>.

### **Las medidas preventivas**

La acción preventiva tiene como fundamento los principios de prevención y precaución, pues se parte del hecho de que el medio ambiente puede enfrentar la afectación, el daño, el riesgo, etc., por lo que la administración debe contar con instrumentos para contrarrestar estas situaciones en la que se puede encontrar el medio ambiente.

Sobre el alcance y contenido de estos principios, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

---

<sup>6</sup> C-703-10

“En materia ambiental la acción preventiva tiene distintas manifestaciones y su puesta en práctica suele apoyarse en variados principios, dentro de los que se destacan los de prevención y precaución. Aunque son invocados y utilizados con frecuencia, el contenido y alcance los mencionados principios no es asunto claramente definido en la doctrina y tampoco en la jurisprudencia producida en distintos países o en el ámbito del derecho comunitario europeo.

Ciertamente, cuando se habla de prevención o de precaución como principios del derecho ambiental, no se hace alusión a la simple observancia de una actitud prudente o al hecho de conducirse con el cuidado elemental que exige la vida en sociedad o el desarrollo de las relaciones sociales, puesto que su contenido y alcance adquieren rasgos específicos, a tono con la importancia del bien jurídico que se busca proteger y con los daños y amenazas que ese bien jurídico soporta en las sociedades contemporáneas.

La afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente constituyen el punto de partida de la formulación de los principios que guían el derecho ambiental y que persiguen, como propósito último, dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante esas situaciones que comprometen gravemente el ambiente y también los derechos con él relacionados.

Tratándose de daños o de riesgos se afirma que en algunos casos es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente puede adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarlas y cuando tal hipótesis se presenta opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente.

El previo conocimiento que caracteriza al principio de prevención no está presente en el caso del principio de precaución o de cautela, pues tratándose de éste el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual por ejemplo, tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos.

En el ejemplo que se acaba de dar, el avance de la ciencia puede desvirtuar la existencia de un riesgo o la producción de un daño que en un estadio anterior del conocimiento eran tenidos por consecuencias ciertas del desarrollo de una actividad específica, pero también puede acontecer que la ciencia, al avanzar, ponga de manifiesto los riesgos o los daños derivados de una actividad o situación que antes se consideraba inofensiva, lo cual demuestra que las fronteras entre el principio de prevención y el de precaución no son precisas.

Así pues, pese a que un sector de la doctrina insiste en la diferenciación trazada de conformidad con el criterio que se acaba de exponer, otra parte hace énfasis en la proximidad de los principio de prevención y precaución e indica que, como su diferenciación no es total, cabe un tratamiento genérico basado en la cercanía y en la convicción de que los contenidos asignados a cada uno, lejos de dar lugar a la disparidad, los tornan complementarios e incluso los hacen intercambiable.

En cualquier caso, la labor preventiva tiene que ver tanto con los riesgos o daños cuyo efecto no pueda ser conocido anticipadamente, como con aquellos en los cuales resulta posible conocer el efecto antes de su producción y, conforme lo apunta la Universidad del Rosario en su intervención, pese a la anotada diferencia, en Colombia se suele hacer referencia a ambos fenómenos a propósito del denominado principio de precaución que, con esa misma connotación genérica, también es mencionado en la intervención del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.”<sup>7</sup>

La Ley 1333 de 2009, en el artículo 4, establece que las medidas preventivas tienen como *“función prevenir, impedir o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana”*.

En el artículo 1, se prescribe que la presunción de culpa o dolo del infractor dará lugar a las medidas preventivas.

El artículo 36, señala que las medidas preventivas que la autoridad ambiental puede imponer mediante acto administrativo motivado y de acuerdo con la gravedad de la infracción son: la amonestación escrita, el decomiso preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción, la aprehensión preventiva de especímenes, productos y subproductos de fauna y flora silvestres y la suspensión de obra o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana o cuando el proyecto, obra o actividad se haya iniciado sin permiso, concesión, autorización o licencia ambiental o ejecutado incumpliendo los términos de los mismos.

De acuerdo con lo anterior, se puede entender que las justificaciones que rodean las medidas preventivas, teniendo en cuenta el principio de precaución, se establecen con el fin de hacer frente a una afectación derivada de un hecho o para conjurar un riesgo grave que amenaza con dañar el medio ambiente en forma

---

<sup>7</sup> C-703-10

irreparable. Razón por la que el objeto de las medidas preventivas difiere del análisis de responsabilidad y sanción del infractor. Al respecto, la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 1333 de 2009 expuso:

“La Corporación llama la atención acerca de la diferencia fundada en las circunstancias que justifican la adopción de medidas temporales y la imposición de sanciones y reitera que el estado de incertidumbre que acompaña a la medida preventiva difiere, sustancialmente, de la certeza que se debe tener acerca de la responsabilidad y de la sanción, una vez se ha surtido el procedimiento administrativo correspondiente, como quiera que medidas y sanciones obedecen a dos momentos distintos en el actuar de la administración.

(...)

El mismo demandante admite que este último reparo “guarda estrecha relación con el primer cargo de la demanda” y, por lo tanto, conviene recordar que, al resolver ese primer cargo, la Corporación demostró que, en razón de las circunstancias y del momento en que se adoptan, las medidas preventivas no son sanciones. En efecto, en un estado de incertidumbre y aunque no haya una plena certeza acerca de una situación, el principio de precaución le permite a la administración, como primer paso, adoptar medidas preventivas para hacer frente a una afectación derivada de un hecho o situación o para conjurar un riesgo grave que amenaza con dañar el medio ambiente en forma irreparable o de muy difícil tratamiento, mientras que la sanción se impone al culminar el procedimiento administrativo regulado por la ley y siempre que se haya demostrado la infracción ambiental y establecido la correspondiente responsabilidad.”<sup>8</sup>

#### **El caso concreto**

De las pruebas referidas y de lo expuesto anteriormente, se puede observar que la Directora Territorial Caribe de Parques Nacionales Naturales de Colombia, en virtud del Decreto 3572 de 2011, la Ley 1333 de 2009 y la Resolución No. 476 de 2012, se encontraba facultada para expedir el auto No. 281 del 26 de abril de 2013, por el cual le impuso al demandante la medida preventiva de decomiso preventivo y le abrió una investigación de carácter administrativo.

Razón por la que se puede inferir que el decomiso de la motonave y de los aparejos de pesca por parte de la Directora Territorial Caribe de Parques Nacionales Naturales de Colombia se encuentra ajustada a la legalidad, pues de acuerdo con los motivos que establece en el referido auto y que deben estar presentes en los términos de la Ley 1333 de 2009, el hecho de que el demandante

---

<sup>8</sup> Ibídem.

haya pescado en una zona protegida, actividad que se encuentra prohibida por el artículo 278 del Decreto 2811 de 1974<sup>9</sup>, constituye una razón suficiente y de tal gravedad para imponer la medida preventiva de decomiso preventivo, hasta tanto se identifiquen los daños que pudo haber cometido con su conducta en el Parque Nacional Natural "Tayrona" y su responsabilidad.

Esta actuación que se enmarca en la norma antes citada, la cual consagra como zonas de especial protección las reservas naturales, se configura bajo justificaciones de interés general, conforme lo expresa el artículo 79 de la C.P., por lo que los intereses particulares y concretamente los derechos del demandante deben ceder ante la protección del medio ambiente. En esa medida, la actividad desarrollada por la Directora Territorial Caribe de Parques Nacionales Naturales, en principio, se encuentra ajustada a derecho.

Sin embargo, si se analiza el auto antes referido y la situación expuesta por el demandante, pese a que esta actuación administrativa es legal y conforme al interés general como se señaló anteriormente, se puede evidenciar, de acuerdo a lo probado en el proceso, que la medida excede los límites que deben tenerse en cuenta cuando se adopta una medida preventiva, pues del contenido del artículo 36 de la Ley 1336 de 2009 se puede apreciar que la gravedad de la infracción debe ser establecida bajo criterios de proporcionalidad.

En efecto, cuando se dispuso la medida preventiva de decomiso, la autoridad ambiental no valoró el hecho de que los implementos decomisados, como son la motonave y los aparejos de pesca, constituyen los medios de los cuales deriva su sustento el señor Bermúdez Creus, pues son indispensables para desarrollar su profesión de pescador artesanal<sup>10</sup>.

Se evidencia, entonces, que la actuación del decomiso preventivo, la cual se encuentra fundada en razones de legalidad y en razones de interés general, afecta de manera clara los derechos al mínimo vital y el trabajo del demandante, pues la autoridad administrativa debió tener en cuenta esta situación para determinar la gravedad de la conducta objeto de infracción, pues cabe recordar que dentro de los fundamentos de la función administrativa, el Estado se encuentra sometido a

---

<sup>9</sup> Norma que establece que las faenas de pesca, los pescadores tendrán derecho al uso de playas marinas y fluviales, siempre que éstas no constituyan áreas de reproducción de especies silvestres, parques Nacionales o balnearios públicos.

<sup>10</sup> Profesión que se encuentra acreditada y que no fue controvertida por las autoridades demandadas, como también que es la única actividad que se vale para obtener un provecho económico.

garantizar los principios de Estado de Derecho y de Estado Social de Derecho, razón por la que la administración, en relación con el medio ambiente, debe proteger la integridad de los recursos naturales y garantizar el derecho colectivo al ambiente sano, como también que estas conductas, en la mayor medida posible, no menoscaben los derechos fundamentales de los particulares.

Así las cosas, si bien el decomiso de los bienes antes aludidos es el mecanismo idóneo para conjurar el riesgo, la afectación, la amenaza o el daño del medio ambiente, no es el más ajustado, pues desborda las facultades de que trata el artículo 36 de la Ley 1333 de 2009, al desconocerse evidentemente los derechos al mínimo vital y el trabajo del demandante por desestimar su condición de pescador artesanal<sup>11</sup> y que esta actividad es la única de la que deriva su sustento.

En estas circunstancias, se revocará el fallo impugnado, se concederá el amparo de los derechos fundamentales al trabajo y el mínimo vital y se ordenará al Director Territorial del Caribe, Parques Nacionales Naturales de Colombia, que levante la medida preventiva de decomiso de los bienes objeto de custodia, impuesta en el auto No. 281 del 26 de abril de 2013, y proceda a la entrega de los mismos al demandante, con la previsión de no continuar con la pesca en las zonas protegidas por el Estado y especialmente en el Parque Nacional Natural “Tayrona”, por lo que se le brindará información acerca de las zonas permitidas para realizar la labor de la pesca artesanal, con el fin de que no se desconozcan las garantías establecidas en el artículo 79 de la C.P., advirtiéndole que no debe reincidir en la conducta establecida en el artículo 278 del Decreto 2811 de 1974.

Por otro lado, cabe resaltar que los demás derechos alegados en la presente acción, concretamente los derechos de las minorías étnicas y de la diversidad cultural, los cuales tienen como fundamento el hecho de que la pesca sobre el Parque Nacional Natural “Tayrona” hace parte de una zona donde desarrolla los usos y costumbres de su comunidad, pueden ser invocados dentro de la investigación que se adelanta en su contra, para que la autoridad ambiental tenga a su consideración los mismos al momento de tomar una decisión definitiva en el caso del demandante. Razón por la que esta Sala no comparte la decisión del a quo en cuanto declaró la improcedencia de la tutela y conminó a la demandada a adelantar mecanismos y procedimientos necesarios, cuando no declaró la

---

<sup>11</sup> La cual se encuentra definida por el artículo 273 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente

vulneración de un derecho y menos cuando las autoridades demandadas no han adoptado una sanción por la conducta del demandante, pues, como se expuso en anteriores apartes, la medida preventiva y la sanción responden a dos momentos distintos y guardan justificaciones diferentes.

De igual forma, no es viable traer al presente asunto las sentencias señaladas en el escrito de impugnación<sup>12</sup>, pues si bien en estas providencias se reconoce la tensión de los derechos de pescadores artesanales y las zonas protegidas por el Estado, las situaciones fácticas son distintas, en la medida en que en el presente asunto no existe una decisión definitiva acerca de la responsabilidad y la sanción, en tanto que el Director Territorial Caribe, Parques Nacionales Naturales de Colombia, sólo adoptó una medida preventiva frente a la conducta del demandante, decisiones que, como se señaló, son diferentes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**REVÓCASE** la sentencia del 9 de mayo de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena. En su lugar, se dispone:

**CONCÉDESE** el amparo de los derechos fundamentales al trabajo y el mínimo vital del señor Raúl del Carmen Bermúdez Creus. En consecuencia:

**ORDÉNASE** al Director Territorial Caribe, Parques Nacionales Naturales de Colombia, para que dentro del término de 48 horas contados a partir de la notificación de la presente sentencia, levante la medida preventiva de decomiso de los bienes objeto de custodia, impuesta en el auto No. 281 del 26 de abril de 2013, y proceda la entrega de los mismos al demandante, previniéndolo en no continuar con la pesca en las zonas protegidas por el Estado y especialmente en el Parque Nacional Natural "Tayrona", por lo que le brindará la información necesaria acerca de las zonas permitidas para realizar la labor de la pesca artesanal.

---

<sup>12</sup> Citó, entre otras la sentencias dictadas el 29 de junio de 2010, M.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, y el 8 de marzo de 2012, M.P.: **Víctor Hernando Alvarado Ardila**.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN**

**ALFONSO VARGAS RINCON**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**