# **CONSEJO DE ESTADO**

###### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

## SECCIÓN SEGUNDA

## SUBSECCIÓN B

## Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número:**  **11001-03-15-000-2021-01522-01**

**Actor: Asociación de Armadores Pesqueros de Colombia**

**Demandados: Presidencia de la República y otros**

##### ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de segunda instancia

La Sala decide la impugnación presentada por la parte actora contra el fallo de 4 de junio de 2021, proferido por el Consejo de Estado- Sección Tercera- Subsección C, por medio del cual se declaró improcedente el amparo solicitado por la Asociación de Armadores Pesqueros de Colombia (Asoarpescol).

## ANTECEDENTES

1. **La solicitud y pretensiones**

La Asociación de Armadores Pesqueros de Colombia (en adelante Asoarpescol), en ejercicio de la acción de tutela, mediante apoderado judicial y actuando como agente oficioso de pescadores artesanales, comunidades negras, afrodescendientes, raizales palenqueros y comunidades indígenas, solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la diversidad étnica y cultural, a la vida, a la igualdad, de petición, al trabajo y a la “especial protección en la producción de alimentos” (Sic), que estimó vulnerados por la Presidencia de la República, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca; al proferir, el Decreto 281 de 18 de marzo de 2021 *“Por el cual se adiciona el Decreto 1076 de 2015, con una nueva sección en lo relacionado con el establecimiento de medidas para la protección y conservación de Tiburones, Rayas Marinas y Quimeras en Colombia”.*

En el escrito de tutela, la parte actora solicita:

“PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales a la diversidad étnica y cultural, vida, igualdad ante la ley, derecho de petición, debido proceso, trabajo y especial protección del estado en la producción de alimentos.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, suspender y dejar sin efectos de manera definitiva o subsidiariamente de manera provisional el Decreto No. 281 del 18 de marzo de 2021 expedido por el Presidente de la República, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible”. (Sic)

1. **Los hechos y consideraciones del actor**

El accionante expuso como fundamento de la solicitud de amparo, los hechos y consideraciones que se resumen a continuación:

Indicó que el 30 de diciembre de 2020, Asoarpescol radicó ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible sus observaciones al proyecto de decreto que adicionaba el Decreto 1076 de 2015, relacionado con la prohibición, exportación, importación, reexportación y comercialización nacional de especímenes de tiburones, rayas marinas y quimeras, sus productos y subproductos en todo el territorio nacional.

Señaló que el 8 de marzo de 2021, Asoarpescol presentó un nuevo escrito ante el mencionado Ministerio, con observaciones a un nuevo proyecto de decreto sobre el mismo asunto.

Afirmó que ninguna de las anteriores peticiones fue respondida, en tanto que el 18 de marzo de 2021, el Presidente de la República expidió el Decreto 281 de 2021 *“Por el cual se adiciona el Decreto 1076 de 2015, con una nueva sección en lo relacionado con el establecimiento de medidas para la protección y conservación de Tiburones, Rayas Marinas y Quimeras en Colombia”.*

**2.1 Consideraciones de la parte actora**

Manifestó que las observaciones presentadas el 30 de diciembre de 2020 y el 8 de marzo de 2021, en ejercicio del derecho de petición, no fueron respondidas por la respectiva autoridad.

Indicó que con la expedición del Decreto 281 de 2021, se afectaron sus derechos en la medida en que genera un impacto negativo en la población que tiene como sustento la pesca de tiburones, rayas marinas y quimeras de Colombia, esto es, alrededor de un millón de personas que viven en la costa pacífica, y que se encuentran en estado de pobreza y desnutrición, quienes se constituyen en sujetos de especial protección, por lo que impedirles la actividad pesquera implica que se genere un perjuicio irremediable.

Por otro lado, precisó que la expedición del citado decreto, en su procedimiento, tuvo ciertas irregularidades, ya que no cumplió con los términos previstos para la presentación de observaciones, no realizó consulta previa a los afectados, no tuvo soporte científico o técnico y desconoció la sentencia de 6 de septiembre de 2012, dentro del expediente con radicado número 88001-23-31-002-2011-0009-00.

Adujo que pese a existir otros mecanismos de defensa judicial, tales como la nulidad simple o la nulidad por inconstitucionalidad, las personas afectadas consideran que se les está causando un perjuicio irremediable.

1. **Trámite**

Mediante auto de 14 de abril de 2021, se admitió la demanda, se ordenó la notificación a los accionados, esto es, a la Presidencia de la República, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca, y se puso en conocimiento el escrito de tutela a los terceros interesados en las resultas del proceso, esto es, a la Procuraduría General de la Nación, para que realizaran las manifestaciones correspondientes.

Ahora bien, La Federación Nacional de Pesca Acuicultura y Maricultura de Colombia-

FENALPESCA en escrito allegado al expediente**[[1]](#footnote-1),** manifestó lo siguiente: *“en nuestra calidad de organización sin ánimo de lucro de carácter privado, líder gremial del sector pesquero artesanales de Colombia (…) solicitamos se nos vincule como coadyuvantes del accionante”.*

Pese a dicha solicitud, el juez de primera instancia decidió no reconocerlo como coadyuvante, en tanto que no acreditó ni explicó su interés legítimo en el resultado del proceso, en los términos del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991.

1. **Intervenciones**

**4.1 El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible**[[2]](#footnote-2)**,** solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela y para tal fin indicó:

Que no se cumplió con el requisito de procedibilidad de subsidiariedad, en tanto que los accionantes pretenden que se retire definitivamente del ordenamiento jurídico o que se suspenda provisionalmente, la aplicación de un decreto expedido por el Gobierno Nacional; habida cuenta que existen otros mecanismos para lograr dicho cometido, como los son la nulidad simple o la nulidad por inconstitucionalidad, y no se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable que lo haga procedente de manera transitoria.

* 1. **La Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca- AUNAP[[3]](#footnote-3),** solicitó que se declare

improcedente el amparo solicitado o en su defecto se nieguen las pretensiones, con base en lo siguiente:

Indicó que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para lograr lo pretendido por la parte actora, ya que se trata de un acto administrativo general, el cual puede ser atacado mediante el medio de control de simple nulidad o nulidad por inconstitucionalidad, establecidos en el CPACA.

* 1. **La Presidencia de la República**[[4]](#footnote-4)**,** a través del Secretario Jurídico del

Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solicitó que se le desvincule del presente trámite y que se declare improcedente el amparo tutelar, y señaló que:

El accionante carece de legitimación en la causa por activa, ya que no demostró el estado de vulnerabilidad del titular de los derechos de quien está representando.

Adujo que no cumplió con el requisito de procedibilidad de la subsidiariedad, en tanto que cuenta con otros mecanismos para cuestionar el acto administrativo acusado y no probó la existencia de un perjuicio irremediable.

* 1. **El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Sostenible[[5]](#footnote-5),** pidió que se declare

improcedente la acción de tutela, con base en lo siguiente:

La existencia de otros medios de defensa judiciales para suspender o dejar sin efectos de manera definitiva o provisional el Decreto 281 de 2021, que al ser un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto debe ser cuestionado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en sede ordinaria y no en acción de tutela.

* 1. Los demás intervinientes guardaron silencio en esta etapa procesal.

1. **La providencia impugnada**

El Consejo de Estado- Sección Tercera- Subsección C, mediante sentencia de 4 de junio de 2021, declaró improcedente el amparo de tutela solicitado por la Asociación de Armadores Pesqueros de Colombia (Asoarpescol), argumentando lo siguiente:

Indicó que las inconformidades de la parte actora que se dirigen a cuestionar el trámite de los escritos del 30 de diciembre de 2020 y 8 de marzo de 2021, no deben regirse por las normas de la Ley 1437 de 2011, sobre el derecho de petición, por lo que tampoco es procedente que el juez de tutela realice el examen en los términos exigidos en la solicitud de amparo.

Precisó que las inconformidades con relación a lo dispuesto en el Decreto 281 de 2021 no pueden ser desarrolladas en sede de tutela, en la medida en que el Decreto 2591 de 1991, dispuso que este mecanismo constitucional no procede cuando haya otros recursos o medios de defensa judiciales o cuando se dirija contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, en este caso el medio de control idóneo es la nulidad simple dispuesta en el artículo 137 del CPACA.

Manifestó que la solicitud de amparo no superó el requisito de procedibilidad de la subsidiariedad, porque la parte actora cuenta con mecanismos de defensa judicial ordinarios para obtener la protección de sus derechos fundamentales.

1. **La impugnación**

La parte actora, impugnó[[6]](#footnote-6) la sentencia del Consejo de Estado- Sección Tercera- Subsección C, y solicitó la revocatoria de la decisión y conceder sus pretensiones, con base en lo siguiente:

Indicó que de forma indebida no se reconoció la actuación como agente oficioso, la cual según jurisprudencia de la Corte Constitucional está permitida bajo el principio de solidaridad *“el cual impone a los miembros de la sociedad velar por la defensa no sólo de los derechos fundamentales propios, sino también por la defensa de los derechos ajenos cuando sus titulares se encuentran en imposibilidad de promover su defensa”,* y en ese entendido cualquier persona natural o jurídica que tenga un permiso de pesca industrial o comercial en esa área geográfica –costa pacífica colombiana-, se encuentra en las mismas condiciones de afectación en sus derechos fundamentales como los de Asoarpescol.

Sobre la declaratoria de improcedencia del mecanismo constitucional señaló que pese a haber otro medio judicial *“es necesario determinar su eficacia”,* y manifestó que con el Decreto 281 de 2021 se busca *“prevenir, impedir o evitar la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra este recurso (…) las actividades que atenten contra el recurso hidrobiológico denominado tiburones, rayas marinas y quimeras, o vulneren los lineamientos establecidos en el Plan Ambiental serán acreedoras de las medidas preventivas y sancionatorias (…)”,* por lo tanto con el mismo se afecta no solo el trabajo sino la subsistencia de los pescadores industriales, artesanales, comunidades negras, afrodescendientes, raizales palenqueros, comunidades indígenas al no poder acceder a dicho recurso, lo cual les vulnera sus derechos y genera un perjuicio irremediable.

1. **CONSIDERACIONES**
2. **Competencia**

La Sala es competente para conocer la impugnación interpuesta contra el fallo de primera instancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el artículo 25 del Acuerdo Nº 080 de12 de marzo de 2019[[7]](#footnote-7).

1. **Generalidades de la acción de tutela**

Según lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona cuenta con la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que son elementos esenciales de esta acción constitucional su carácter subsidiario y excepcional, lo que implica que ésta sólo pueda ser ejercida frente a la violación de un derecho fundamental cuando no se disponga de otro mecanismo de defensa judicial o, en el evento en que aun existiendo otro medio de protección ordinario, sea necesario decretar el amparo en forma transitoria para evitar que se produzca un perjuicio irremediable, el cual debe estar debidamente acreditado en el proceso respectivo.

1. **Problema jurídico**

La Sala debe decidir si revoca la decisión de primera instancia proferida por el Consejo de Estado- Sección Tercera- Subsección C, que declaró improcedente el amparo solicitado por la Asociación de Armadores Pesqueros de Colombia (Asoarpescol), o si como lo alega el accionante, la Presidencia de la República, el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca, vulneraron sus derechos fundamentales al expedir el Decreto 281 de 2021.

1. **De la subsidiariedad de la acción de tutela**

De acuerdo con el principio de subsidiaridad que rige la acción de tutela, este instrumento constitucional en principio no puede ser empleado como mecanismo principal y definitivo para resolver controversias sobre las cuales el legislador ha previsto medios judiciales especializados y definitivos para su resolución, dentro de los cuales también se garantiza la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Una de las principales razones de lo expuesto, es que el legislador, teniendo en cuenta determinadas situaciones de hecho y de derecho, y por consiguiente, la naturaleza, ejercicio, garantía y protección de los derechos de las partes, intervinientes y/o de la comunidad en general, ha elaborado acciones y procedimientos judiciales especializados para el mejor proveer de cierto tipo de situaciones, de acuerdo a las directrices de la Constitución Política.

En este sentido, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha establecido como causales de improcedencia de la acción de tutela, las siguientes:

*“1.* ***Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante****.*

*2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*

*3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*

*4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*

*5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”* (Resaltado por la Sala)

De esta manera, se resalta que la Corte Constitucional en varios pronunciamientos ha señalado que la procedencia de esta acción constitucional se encuentra condicionada a la inexistencia o ineficacia de los medios ordinarios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, esta acción, como mecanismo residual y subsidiario, no puede remplazar las figuras procesales destinadas a obtener la satisfacción de sus derechos, ni puede subsanar la incuria o negligencia de las partes en hacer uso de la manera y dentro de los términos previstos legalmente[[8]](#footnote-8).

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: *“(…) (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional (…)"*[[9]](#footnote-9).

Asimismo, la Corte Constitucional ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, por lo que las medidas que se requieren para conjurarlo deben ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

1. **La procedencia de la acción de tutela para cuestionar actos administrativos**

La procedencia de la acción de tutela por mandato constitucional (artículo 86) y de conformidad con el Decreto 2591 de 1991 que reglamenta su ejercicio, es una acción de carácter excepcional y subsidiario para la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Lo anterior quiere decir, que la misma en principio no puede ser empleada como mecanismo principal y definitivo para resolver controversias sobre las cuales el legislador ha previsto mecanismos especializados y definitivos para su resolución, dentro de los cuales también se garantiza la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Una de las principales razones de lo expuesto, es que el legislador teniendo en cuenta determinadas situaciones de hecho y de derecho, y por consiguiente, la naturaleza, ejercicio, garantía y protección de los derechos de las partes, intervinientes y/o de la comunidad en general, ha elaborado acciones y procedimientos judiciales especializados para el mejor proveer de cierto tipo de situaciones, de acuerdo a las directrices de la Constitución Política.

Por lo anterior, la misma Carta Constitucional ha preceptuado que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario respecto de los medios ordinarios de defensa, porque de lo contrario, desaparecerían todas las acciones y procedimientos especialmente instituidos por el legislador para controvertir cualquier diferencia.

En este sentido, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha establecido como causales de improcedencia de la acción de tutela, cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales; cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus; cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política (ante la existencia de las acciones popular y de grupo); y cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto (en tanto los mismos son objeto de control mediante las acciones contencioso administrativas y de control constitucionalidad especialmente previstas para verificar la validez del referido acto).

Sin embargo, teniendo en cuenta el valor vinculante de la Constitución Política (artículo 4°), y la supremacía que la misma le asigna a los derechos fundamentales (artículo 5°), por el valor jurídico y axiológico que los mismos tienen dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el numeral primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha previsto que la acción de tutela es procedente a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, cuando con ella se persigue evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En ese orden de ideas, por regla general la acción de tutela contra actos administrativos es improcedente, porque el legislador ha establecido para verificar la legalidad de los mismos las acciones contencioso administrativas de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, que han sido especialmente diseñadas para garantizar y proteger los derechos fundamentales que podrían verse vulnerados o amenazados por manifestaciones de voluntad de la administración. Sin embargo, en casos excepcionales cuando dichos mecanismos judiciales de defensa por las circunstancias del caso en concreto no resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales, la acción de tutela por su carácter preventivo e inmediato se convierte en el mecanismo idóneo de protección.

Con el fin de preservar el carácter excepcional y residual de la acción de tutela, y por consiguiente evitar el uso abusivo de la misma, la Corte Constitucional en la sentencia T-359 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentaría, estableció las siguientes condiciones de procedencia contra actos administrativos como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable: “(1) Que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo; (3) que su ocurrencia sea inminente; (4) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (5) que la gravedad de los hechos, sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales[[10]](#footnote-10).

Los criterios antes descritos, han sido reiterados por la Corte Constitucional en la sentencia T-747 de 2010[[11]](#footnote-11), de la cual se transcriben los siguientes apartes, que considera la Sala de especial importancia para el caso de autos:

*“3.2.* ***De manera específica, la jurisprudencia de la Corte ha hecho referencia a la procedibilidad de la tutela contra los actos administrativos*[[12]](#footnote-12)*. En este sentido, como regla general se ha señalado que no es la acción de tutela la adecuada para discutirlos. Son más apropiados los procedimientos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*[[13]](#footnote-13)*.*** *En principio, es la jurisdicción contenciosa la llamada a estudiar y resolver los conflictos que se originen con ocasión de la expedición de un acto administrativo. Así pues por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que puedan ser vulnerados con ocasión de la expedición de un acto administrativo, toda vez que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para buscar su defensa.* ***No obstante, esta Corporación ha indicado que este no resulta un principio absoluto y, por tanto, ha creado excepciones claras y específicas, en las cuales procede la tutela como mecanismo transitorio, a saber*[[14]](#footnote-14)*:***

**(i) si las vías ordinarias no resultan eficaces para restablecer el derecho, (ii) si se hace necesaria la intervención inmediata del juez constitucional para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.**

3.3 Así las cosas, de acuerdo con la primera, es posible la protección por vía de tutela cuando el mecanismo judicial alterno no resulta eficaz para la protección de derechos. La Corte ha precisado esta regla manifestado que:

“La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, en este caso, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales”[[15]](#footnote-15).

**La segunda excepción se refiere a los casos en que el accionante logra demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, procede esta acción como mecanismo transitorio de protección[[16]](#footnote-16)**. Sobre este punto esta Corporación ha indicado *“(…) (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”* **[[17]](#footnote-17)***” (Destacado fuera de texto).*

Para la jurisprudencia constitucional otra interpretación de la procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra acto administrativo, consiste en que la entidad pública haya incurrido en una vía de hecho, el cual exige un análisis más intenso y riguroso que el llevado a cabo frente a decisiones judiciales[[18]](#footnote-18). Al respecto, frente al paralelo de esta figura en sede judicial y administrativa, la Corte en la sentencia T- 418 de 2003 desarrolló el problema así:

*“(…) tratándose de una vía de hecho en una sentencia judicial, debidamente ejecutoriada, el juez de tutela debe considerar que si se reúnen las características constitucionales de la vía de hecho atrás mencionadas, eventualmente puede proferir el amparo correspondiente, por estar agotado para el afectado cualquier otro medio de defensa judicial, frente a una decisión judicial que, incuestionablemente, es producto del capricho o de la arbitrariedad del funcionario judicial.*

*“Pero, si se trata de una decisión proferida en proceso administrativo, fiscal o disciplinario, en la que se alega la existencia de una vía de hecho en la decisión correspondiente, el examen del juez de tutela es distinto, pues, en estos casos, el afectado siempre puede acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En estos eventos, cuando existe indudablemente la vía de hecho, según las circunstancias del caso concreto, y frente a un perjuicio irremediable, debidamente sustentado, el juez de tutela puede conceder la acción de tutela, como mecanismo transitorio, o, excepcionalmente, en forma definitiva*”.

1. **Caso concreto**

La pretensión principal de la parte accionante en este recurso de amparo, se encamina a que se suspenda o deje sin efectos de manera definitiva, o de forma subsidiaria, el Decreto No. 281 del 18 de marzo de 2021 expedido por el Presidente de la República, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible *“Por el cual se adiciona el Decreto 1076 de 2015, con una nueva sección en lo relacionado con el establecimiento de medidas para la protección y conservación de Tiburones, Rayas Marinas y Quimeras de Colombia”;* porque aduce que con la expedición del mencionado decreto se le vulneraron sus derechos fundamentales.

Consideró que la acción de tutela es el mecanismo procedente en aras de evitar un perjuicio irremediable, y porque en su criterio con la prohibición contenida en el Decreto, se generó un impacto negativo en la población que tiene como sustento la pesca de tiburones, rayas marinas y quimeras de Colombia, esto es, alrededor de un millón de personas que viven en la costa pacífica,

Por otro lado, precisó que el procedimiento para la expedición del decreto, estuvo marcado por ciertas irregularidades, ya que no cumplió con los términos previstos para la presentación de observaciones, no realizó consulta previa a los afectados, no tuvo soporte científico o técnico y desconoció la sentencia de 6 de septiembre de 2012, emitida dentro del expediente con radicado número 88001-23-31-002-2011-0009-00.

También se resalta que el actor indicó que de forma indebida no se reconoció la actuación que adelantó en el marco de esta acción constitucional como agente oficioso, ejercida bajo el principio de solidaridad*,* y en el entendido cualquier persona natural o jurídica que tenga un permiso de pesca industrial o comercial en esa área geográfica –costa pacífica colombiana-, se encuentra en las mismas condiciones de afectación en sus derechos fundamentales.

Sobre el punto de la legitimación en la causa por activa para actuar como agente oficioso, es de precisar que esta Corporación[[19]](#footnote-19) indicó que la figura de la agencia oficiosa se estableció en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 como una forma en la que una persona puede solicitar la protección de los derechos fundamentales de otra persona que no pueda ejercer su propia defensa, para lo cual se deben acreditar los siguientes requisitos:

*“i) el agente oficioso manifiesta que actúa como tal: ii) del escrito de tutela se infiera que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer dicha acción, ya sea por circunstancias físicas o mentales; iii) el titular del derecho debe ratificar lo actuado dentro del proceso y iv) la informalidad de la agencia, es decir, no requiere que exista relación formal entre el agente y el agenciado*[[20]](#footnote-20)*”.*

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia T 072 de 2019, indicó que *“en materia de tutela, se deberán determinar en cada caso concreto las situaciones particulares (físicas o mentales) que materialicen la imposibilidad de la persona de actuar directamente por vía de esta acción”* y *“si bien la agencia oficiosa cumple el fin constitucionalmente legítimo y necesario de posibilitar el acceso a la jurisdicción constitucional a aquellas personas que se encuentran en imposibilidad de asumir por su cuenta la defensa de sus derechos constitucionales, no se trata, empero, de un mecanismo que pueda ser utilizado para suplir al interesado en la adopción de decisiones autónomas sobre el ejercicio, defensa y protección de los mismos”* [[21]](#footnote-21)*.*

De allí que, no es suficiente la sola mención en el escrito de demanda de que se actúa “*en calidad de agente oficioso de pescadores artesanales, comunidades negras, afrodescendientes, raizales palenqueros, comunidades indígenas* (…)”, para legitimar su actuar, sino que se deben cumplir los requisitos de procedencia ya mencionados, esto es aportar *“la prueba si quiera sumaria de la imposibilidad de que el agenciado o su representado actúe por sí mismo”.*

En ese sentido, la acreditación de la imposibilidad de actuar en la procura de sus propios derechos por parte de quienes dice se es agente oficioso y la advertencia de estar actuando en dicha condición, se constituyen, a decir de la Corte Constitucional, en requerimientos *“constitutivos y necesarios para que opere esta figura”.*

En el presente caso, no se probó la imposibilidad de los pescadores artesanales, de las comunidades negras, de los afrodescendientes, de los raizales palenqueros y de las comunidades indígenas, para comparecer en este amparo constitucional en procura de sus propios intereses, como tampoco obra ratificación por parte de los mismos frente a la agencia oficiosa del hoy tutelante; razón por la cual la Sala comparte las apreciaciones esgrimidas por el *A quo* en la decisión de primera instancia, en el sentido de declarar la falta de legitimación en la causa por activa de Asoarpescol para actuar como agente oficioso.

También es importante recordar, que el Decreto cuya suspensión se persigue mediante esta acción de tutela, es un acto administrativo general, impersonal y abstracto, y como tal, resulta ser susceptible de control por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de la vía judicial de la simple nulidad o de nulidad por inconstitucionalidad, para lo cual el actor bien podría exponer todos los argumentos que se adujeron en la presente demanda.

En ese sentido se destaca que es el juez de lo contencioso administrativo es el llamado a revisar la legalidad del mencionado Decreto, y a decidir si el mismo debe suspenderse definitiva o transitoriamente como consecuencia de las solicitudes del demandante.

La Corte Constitucional Colombiana, mediante la Sentencia C- 132 de 2018, al referirse a la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, señaló que *“cuando se trata de objetar o controvertir actos administrativos, en principio se debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la acción de tutela, salvo que el juez determine que tales mecanismos no proporcionan una eficaz y pronta protección a los derechos que se pretenden salvaguardar o se esté ante la posibilidad que se configure un perjuicio irremediable, pero en todo caso las acciones judiciales contencioso administrativas no pueden haber caducado al momento de interponer la acción de tutela”,* y específicamente sobre tutela contra actos de carácter general, impersonal y abstracto dijo que: *“esta procederá contra actos de contenido general, impersonal y abstracto solo excepcionalmente y como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales, siempre y cuando se trate de conjurar la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, y además sea posible establecer que el contenido del acto afecta clara y directamente un derecho fundamental de una persona determinada o determinable. Solo en estos casos el juez puede hacer uso de la facultad excepcional consistente en ordenar la inaplicación del acto para el caso concreto, con un carácter eminentemente transitorio mientras se produce la decisión de fondo por parte del juez competente”.*

Así las cosas, es importante señalar, que de acuerdo con la jurisprudencia Constitucional, [[22]](#footnote-22) tratándose de tutelas contra actos administrativos, la verificación del requisito de subsidiaridad conlleva a un examen más riguroso, de tal manera que la tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir a discrecionalidad del interesado para esquivar de este modo, el mecanismo de control específico regulado por la ley.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia T 1008 de 2012, señaló que, por regla general, *“la acción de tutela no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. La Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el legislador”.*

Por su parte, en las sentencias T 373 de 2015 y T 630 de 2015, se reiteró que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial que sean idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos amenazados, el afectado debe emplearlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela, salvo que: i) se compruebe que el mecanismo ordinario no es idóneo o eficaz o ii) ante la inminencia del daño pierde su idoneidad por configurarse un perjuicio irremediable[[23]](#footnote-23).

De acuerdo a lo expuesto, se considera que la acción de tutela no es el mecanismo para cuestionar el Decreto expedido por el Presidente de la República, puesto que existe otro medio de defensa judicial idóneo y efectivo para controvertir la legalidad del acto administrativo que estima lesivo de sus derechos.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, l*a 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 jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza o de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible. Este amparo es eminentemente temporal, como lo reconoce el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: *“En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.*

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, deben concurrir los siguientes elementos: *“(i) el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser grave, es decir, susceptible de generar un detrimento transcendente en el haber jurídico (moral o material) de una persona; y la (iv) respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable (…)”[[24]](#footnote-24).*

En ese sentido, en relación con la mención que hace la parte actora tendiente a sostener que se interpone la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se pone de presente que no existe prueba si quiera sumaria que acredite el perjuicio; puesto que la mera afirmación en tal sentido no es suficiente para probarlo, sino que además se requieren elementos de convicción probatoria que permita agenciar dicho perjuicio y su carácter inminente e impostergable.

Tampoco los argumentos expuestos por la parte accionante en el escrito de tutela e impugnación, permiten advertir que la Asociación Asoarpescol se encuentre en una situación de gravedad o peligro, que requiera la adopción de medidas especiales y urgentes por parte del juez de tutela.

En este orden, como quiera que la parte actora no acredita en debida forma la existencia de un perjuicio irremediable que permita la procedibilidad de la tutela, al menos de manera transitoria, para la Sala es evidente que la situación jurídica planteada en relación con la legalidad y los efectos del acto administrativo cuestionado debieron haberse planteado ante la jurisdicción contencioso administrativa, a través de las vías o mecanismos judiciales ordinarios.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señala que en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias jurisdiccionales y administrativas y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional; sin embargo, en el presente caso no obra prueba del haberse acudido de manera previa a los medios de control procedentes e idóneos, como bien podría ser el de simple nulidad.

En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa existentes dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo.

En atención a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y a que la misma no puede ser ejercida como un mecanismo para subsanar los errores del accionante, la Sala estima que la acción objeto de estudio es improcedente en el entendido que el agotamiento efectivo de los recursos y mecanismos ordinarios de defensa judicial, no sólo es un acto de diligencia exigible a los ciudadanos frente a sus propios asuntos procesales, sino un requisito necesario para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de defensa.

**lll. DECISIÓN**

Por las anteriores razones, la Sala confirmará la sentencia de 4 de junio de 2021, proferida por el Consejo de Estado- Sección Tercera, Subsección C, que declaró improcedente el amparo solicitado por la Asociación de Armadores Pesqueros de Colombia, contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca.

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

**F A L L A**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 4 de junio de 2021, proferida por el Consejo de Estado- Sección Tercera, Subsección C, que declaró improcedente el amparo solicitado por la Asociación de Armadores Pesqueros de Colombia (Asoarpescol) contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca.

De no ser recurrida la presente providencia, **por Secretaría** remitir a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Se deja constancia de que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema valida la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>

La anterior providencia se discutió y aprobó por la Sala en la sesión de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

(Firmado electrónicamente)

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

(Firmado electrónicamente) (Firmado electrónicamente)

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ CARMELO PERDOMO CUÉTER**

1. Enviado mediante correo electrónico [fenalpesca@gmail.com](mailto:fenalpesca@gmail.com) [↑](#footnote-ref-1)
2. Enviado mediante correo electrónico [almanasseminambiente@gmail.co,](mailto:almanasseminambiente@gmail.co,) [↑](#footnote-ref-2)
3. Enviado mediante correo electrónico [notificacionesjudiciales@aunap.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@aunap.gov.co) [↑](#footnote-ref-3)
4. Enviado mediante correo electrónico [davidsalazar@presidencia.gov.co](mailto:davidsalazar@presidencia.gov.co) [↑](#footnote-ref-4)
5. Enviado mediante correo electrónico [johan.zapata@minagricultura.gov.co](mailto:johan.zapata@minagricultura.gov.co) [↑](#footnote-ref-5)
6. Enviado mediante correo electrónico [trianatrujillo1@outlook.com](mailto:trianatrujillo1@outlook.com) [↑](#footnote-ref-6)
7. Reglamento interno del Consejo de Estado [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia SU-111 de 1997 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Constitucional, Sentencia T – 177 de 14 de marzo de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-9)
10. Al respecto ver sentencias T 771 de 2004, T 600 de 2002 y SU 086 de 1999 de la Corte Constitucional [↑](#footnote-ref-10)
11. MP Mauricio González Cuervo [↑](#footnote-ref-11)
12. *“… así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre otros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ellos es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causado con su expedición”.* [↑](#footnote-ref-12)
13. Ver entre otras T 600 de 2002 y T 199 de 2008 [↑](#footnote-ref-13)
14. T 199 de 2008 que reitera la T 467 de 2006 [↑](#footnote-ref-14)
15. SU 961 de 1999 y T 033 de 2002 [↑](#footnote-ref-15)
16. C 1436 de 2000 [↑](#footnote-ref-16)
17. T 982 de 2004, T 514 de 2003. Ver también las sentencias T 596 de 2001, T 754 de 2001, T 873 de 2001, C 426 de 2002 y T 418 de 2003. [↑](#footnote-ref-17)
18. Corte Constitucional, sentencias: T-150 de 1996, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa; T-806 de 2004, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández; [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado- Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2015, expediente 13001-23-33-000-2014-00538-01 (AC) de Mónica León del Río como agente oficiosa de LLM y otras contra el Ministerio de Salud y de la Protección Social y otros. [↑](#footnote-ref-19)
20. T 004 2013 y T 406 de 2017 de la Corte Constitucional [↑](#footnote-ref-20)
21. Corte Constitucional sentencia T 312 de 2009. MP Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-21)
22. Sentencia C 132 de 2018 [↑](#footnote-ref-22)
23. Sentencia T-705 de 2012 [↑](#footnote-ref-23)
24. Corte Constitucional, Sentencia SU-961 de 1999. [↑](#footnote-ref-24)