

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Constitucional
M.P. dr. RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Medellín –Antioquia

Asunto: Acción de Tutela
Radicación N°: 2020-00318
Accionante: DIEGO RESTREPO MONTOYA
Accionado: Presidente de la República señor Iván Duque Márquez

MARÍA CAROLINA ROJAS CHARRY, mayor y vecina de la ciudad de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía número 52.862.389 de Bogotá y titular de la tarjeta profesional de abogado número 151.728 del Consejo Superior de la Judicatura, apoderada de la Presidencia de la República y/o del señor presidente de la República, en virtud de lo dispuesto en la Resolución No. 0048 del 17 de enero de 2018, doy respuesta a la tutela de la referencia y recibida en esta entidad el día 10 de junio de 2020, en los siguientes términos:

I. LA SOLICITUD DE AMPARO

Quien acciona acude a la solicitud de amparo constitucional con el fin de que el juez de tutela ordene “(...) TUTELAR a mi favor los derechos fundamentales al Debido Proceso, respeto y garantía de la igualdad ante la ley, elegir y ser elegido, conformaciones ejercicio y control del poder político, todos los derechos suscritos en Colombia en materia de derechos humanos y protección al ejercicio político, a la igualdad, reintegrando al gobernador de Antioquia Aníbal Gaviria Correa, para que finalice con el mandato ciudadano de sacar adelante su programa de gobierno y al Departamento de Antioquia.

De la lectura del escrito de tutela se entiende que éste entiende que con la decisión contenida en la Resolución 14168 del 5 de junio de 2020 de la Fiscalía Primera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia se vulneran por se sus derechos fundamentales invocados, sin que allegue copia siquiera sumaria de su decir y que compruebe su afectación o amenaza de perjuicio irremediable.

II. OPOSICIÓN A LA DEMANDA

Honorables Magistrados, en relación con la acción de tutela de la referencia, comedidamente y de manera respetuosa, les solicito se sirvan adoptar la siguiente decisión:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva del señor presidente de la República frente a decisión de la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, como frente a la expedición del Decreto 821 del 5 de junio de 2020 en cuanto el Gobierno se constituye con él y el Ministro correspondiente, de manera que los actos del Primer Mandatario tienen valor y fuerza cuando sean suscritos y comunicados por el “Gobierno”; hecho por el cual se hace responsable el Ministro del ramo respectivo.
- El Decreto 821 del 5 de junio de 2020 se produjo en cumplimiento de la Resolución 14168 del 5 de junio de 2020 de la Fiscalía Primera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia. Es decir, se acata una orden judicial.
- El actor no allega prueba siquiera sumaria de su participación en las elecciones, punto definitivo en el estudio del amparo de derechos fundamentales a elegir y ser elegido.
- Incumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela por cuanto el mecanismo idóneo para impugnar las decisiones objeto de controversia cuentan con (i) **otro mecanismo de control de legalidad** y no es precisamente la tutela la que los ampara. En especial si se tiene en cuenta que con la expedición del Decreto 821 del 5 de junio de 2020 (ii) **no se da lugar a vulneración alguna de derechos fundamentales** y por el contrario atiende a la obligación constitucional y legal que tiene el señor presidente de la República de cumplir las decisiones judiciales y (iii) **garantizar la continuidad de la administración y evitar los vacíos de Poder** mientras el partido respectivo presenta la terna que corresponda y el Ministerio del Interior evalúa la viabilidad de la misma y así designar a un ciudadano respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Frente a los cargos de la tutela diremos brevemente y sin que requiera mayor explicación que dentro del trámite de estudio, evaluación y decisión contenida en la Resolución 14168 del 5 de junio de 2020 de la Fiscalía Primera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el señor presidente de la República no intervino y su contenido nada tiene que ver con las funciones que le ha otorgado la Constitución Política de Colombia.

Ahora bien, lo único en lo intervino el Gobierno Nacional en cumplimiento de sus funciones fue en la expedición del Decreto 821 del 5 de junio de 2020. A efectos de que se desvincule al señor presidente de la República debo señalar que como se advierte que el artículo 115 de la Constitución Política el señor presidente de la República es el Jefe del Estado, del Gobierno y la suprema autoridad administrativa, y que en cada negocio particular, el Gobierno se constituye con él y el Ministro o el Director de Departamento correspondiente,

de manera que los actos del Primer Mandatario tienen valor y fuerza cuando sean suscritos y comunicados por el “Gobierno”; **hecho por el cual se hace responsable el Ministro del ramo respectivo** o el Director del Departamento Administrativo correspondiente. Así lo dice la norma:

“ARTICULO 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, **tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables”**.

Por su parte, el artículo 159 del C.P.A.C.A. explica quién tiene la “capacidad y la representación” de las entidades públicas. Al respecto dice la norma:

“Artículo 159.Capacidad y representación. Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.”

La única excepción que establece esta norma (C.P.A.C.A. Art. 159) en cuanto a la representación judicial del señor presidente de la República es la relacionada con el tema **“contractual”**: *“(…) cuando el contrato o acto haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de esta se ejercerá por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.”*

Así las cosas, como se puede observar, de una lectura integral de las normas citadas, es perfectamente válido decir que, en cuanto a los actos que expida el Gobierno Nacional, su representación está en cabeza del Ministro o del Director correspondiente más NO en cabeza del señor presidente de la República y, en consecuencia, el Primer Mandatario NO es sujeto procesal salvo en las excepciones de los artículos 115 de la Constitución Política y 159 del C.P.A.C.A.

También es válido afirmar que el Presidente de la República NO actúa en nombre y representación legal ni judicial de entidad alguna, porque él no es la autoridad de mayor jerarquía de las entidades de la rama ejecutiva del Orden Nacional, pues lo son, reitero, los Ministros y Directores de Departamentos Administrativos en el orden nacional de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Así las cosas, lo primero que se puede concluir es que la acción de tutela no podía ser dirigida en contra del señor presidente de la República y que la misma debió dirigirse en contra del Ministerio del Ramo respectivo o en su defecto, el Despacho debió conformar el contradictorio en debida forma vinculando al Ministerio del Interior o a su representante.

Por último, y a propósito de lo anterior, vale la pena hacer referencia a los artículos 6 y 121 de la Constitución Política de 1991, los cuales disponen:

“ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. **Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones**”.

“ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

Esto, con el fin de evidenciar la falta de legitimación en la causa por pasiva del señor presidente de la República para actuar como accionado en el caso de autos, toda vez que cualquier orden tendiente a acceder a lo solicitado por los accionantes constituiría una extralimitación en el ejercicio de las funciones del señor presidente de la República.

EL DECRETO 821 DEL 5 DE JUNIO DE 2020 SE PRODUJO EN CUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN 14168 DEL 5 DE JUNIO DE 2020 DE LA FISCALÍA PRIMERA DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ES DECIR, SE ACATA UNA ORDEN JUDICIAL

Tal y como lo señalan los considerando del Decreto 821 de 2020, tenemos que:

“(…)Que mediante Oficio FDCSJ-1 01 00-4928 del 05 de junio de 2020, radicado en la Presidencia de la República el 5 de junio de 2020, el Fiscal Primero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia allegó la primera página y la parte resolutive de la Resolución 14168 del 5 de junio de 2020, mediante la cual en el aparte Cuarto, solicita al señor presidente de la República, la suspensión en el ejercicio del cargo como gobernador de Antioquia al señor Aníbal Gaviria Correa, de conformidad con el artículo 359 de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el numeral 2 del artículo 105 de la Ley 136 de 1994.

De manera que resulta forzoso concluir que del cumplimiento de una orden judicial por parte del Gobierno Nacional, como órgano competente, no puede derivarse vulneración de derecho fundamental alguno. Por el contrario, el señor presidente de la República tiene la obligación constitucional de que trata el artículo 113 y respetar así su autonomía y decisiones.

INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR CUANTO LA TUTELA NO ES EL MECANISMO IDÓNEO PARA IMPUGNAR LA DECISIONES OBJETO DE CONTROVERSIA. EL CONTROL DE LEGALIDAD BAJO EL PRINCIPIO DE CHECKS AND BALANCES CORRESPONDE A LOS JUECES DE LA REPÚBLICA, ES DECIR, SE CUENTA CON OTRO MECANISMO ORDINARIO EXPEDITO.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela y su improcedencia cuando existen otros medios o mecanismos de defensa judicial -salvo que se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable- mediante los cuales puede lograr protección contra la amenaza o violación de un derecho fundamental producido por la actuación ilegítima de una autoridad pública. La sentencia de tutela de la Corte Constitucional T-215 de 2 de marzo de 2000, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis expresa:

“En efecto, según lo establece el artículo 86 de la Carta Política de 1991 y la jurisprudencia de esta Corte, la acción de tutela es una garantía y un mecanismo constitucional de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en determinados casos, salvo que existan otros medios de defensa judicial que los mismos resulten ineficaces, así como en el evento de un perjuicio irremediable que vuelva urgente su utilización en la modalidad transitoria, para dar lugar a órdenes de inmediato cumplimiento que permitan contrarrestar dicho efecto, hasta tanto la autoridad correspondiente decida el fondo del asunto.

De esta manera, la acción de tutela presenta un carácter extraordinario y residual por cuanto su procedencia está sujeta a los límites mismos que impone la existencia de las demás jurisdicciones ordinarias y especiales, así como las acciones, recursos y procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico para la resolución de los diferentes asuntos. La jurisdicción constitucional no configura, entonces, ni la tercera instancia de las demás jurisdicciones ni el mecanismo de sustitución permanente de los jueces en el ejercicio de sus funciones; por el contrario, su finalidad es la de servir de garante de la integridad y vigencia del ordenamiento constitucional, lo cual supone conciliar la defensa del patrimonio jurídico de las personas de orden ius fundamental con el respeto al ámbito de acción de las jurisdicciones constitucional y legalmente establecidas”.

En adición, ha explicado la Corte Constitucional que la acción de tutela busca *“asegurar la eficacia prevalente de los derechos fundamentales en todos los ámbitos en los cuales dichos derechos puedan resultar vulnerados -incluyendo el ámbito judicial-, que procederá solo cuando se hubieren agotado todos los medios ordinarios o extraordinarios para su defensa o, excepcionalmente, cuando la protección resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable.”* -Sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, Expediente D-5428.

De ahí que la ya decantada jurisprudencia de la Corte Constitucional siga la regla establecida en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, según el cual la acción de tutela no procederá

“1. Cuando existan otros 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.”

Lo anteriormente expuesto evidencia que frente al contenido de la acción de amparo, la misma se torna improcedente ante la imposibilidad de demostrar legal o probatoriamente la existencia de un perjuicio irremediable o de la vulneración de sus derechos y la urgente necesidad de intervención del Juez constitucional, pues del relato del escrito de tutela se deriva la vulneración de unos derechos fundamentales de los accionante del hecho de que el Gobierno Nacional da cumplimiento estricto de la Constitución, la ley y la jurisprudencia que ha hecho el Gobierno Nacional, lo cual resulta ilógico e improcedente y exige a quienes accionan al mecanismo ordinario para atacar la legalidad del acto que controvierten.

EL DECRETO 821 DEL 5 DE JUNIO DE 2020 CUMPLE EN ESTRICTO SENTIDO LA CONSTITUCIÓN, LA LEY, LA JURISPRUDENCIA Y LAS DECISIONES JUDICIALES QUE LE SON OPNIBLES. ADEMÁS SU CARÁCTER ES TEMPORAL

Como se dijo en precedencia, el Decreto objeto de controversia tiene vocación o carácter temporal, como quiera que con su expedición se garantiza la continuidad de la administración y se evita los vacíos de Poder mientras el partido respectivo presenta la terna que corresponda y el Ministerio del Interior evalúa la viabilidad de la misma para proceder ahí sí a designar a un ciudadano respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido.

Y es que ese espacio entre la presentación de la terna, la evaluación y viabilidad de la misma y la firma del decreto puede llegar a tardar, lo cual contrasta con la necesidad apremiante de garantizar el cumplimiento oportuno de las tareas que constitucional y legalmente han sido encomendadas a la primera autoridad departamental. De manera que el Gobierno nacional con la expedición del Decreto 821 del 5 de junio de 2020 no está incumpliendo la normativa que señala la forma de proveer las faltas absolutas y temporales de los gobernadores, sino que a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del artículo

209 de la Constitución Política expide el decreto en cita para garantizar que la prestación de servicios a cargo del departamento de Antioquia será continua y permanente.

Vale la pena entonces, valorar los considerandos de Decreto 821 del 5 de junio de 2020, para de ahí concluir que no existe vulneración de derecho alguno en cabeza de quien acciona y que para controvertir la legalidad de todo el proceso adelantado en contra del doctor Aníbal Gaviria, es preciso acudir a los mecanismo que la misma normatividad le brindan a éste para que haga valer sus derechos y ejerza su derecho de defensa.

Las consideraciones pertinentes del Decreto son las siguientes:

“(…)

Que el doctor Aníbal Gaviria Correa identificado con la cédula de ciudadanía número 70.566.243, fue elegido en las elecciones del 27 de octubre de 2019 como gobernador del departamento de Antioquia para el período constitucional 2020 -2023, inscrito por la "COALICIÓN PROGRAMÁTICA Y POLÍTICA ENTRE ELGRUPO SIGNIFICATIVO DE CIUDADANOS ES EL MOMENTO DE ANTIOQUIA, EL PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO, EL PARTIDO DE UNIDAD NACIONALPARTIDO DE LA "U"-, EL PARTIDO ALIANZA VERDE Y EL PARTIDO CAMBIO RADICAL PARA APOYAR AL DOCTOR ANIBAL GAVIRIA CORREA COMO CANDIDATO A LA GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA PARA LAS ELECCIONES DEL 27 DE OCTUBRE DE 2019", según consta en el Formulario E-6 GO.

Que mediante Oficio FDCSJ-1 01 00-4928 del 05 de junio de 2020, radicado en la Presidencia de la República el 5 de junio de 2020, el Fiscal Primero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia allegó la primera página y la parte resolutive de la Resolución 14168 del 5 de junio de 2020, mediante la cual en el aparte Cuarto, solicita al señor presidente de la República, la suspensión en el ejercicio del cargo como gobernador de Antioquia al señor Aníbal Gaviria Correa, de conformidad con el artículo 359 de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el numeral 2 del artículo 105 de la Ley 136 de 1994.

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política, la administración pública está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones; y así mismo, resulta oportuno precisar que la prestación de servicios a cargo del departamento debe ser continua y permanente.

Que el artículo 303 de la Constitución Política defirió a la ley la determinación de las faltas absolutas y temporales de los gobernadores, así como la forma de proveer estas últimas, sin que hasta la fecha la referida ley se haya expedido.

Que conforme a lo antes expuesto, se hace necesario proceder a dar cumplimiento al aparte Cuarto de la Resolución 14168 del 5 de junio de 2020 de la Fiscalía Primera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, y consecuentemente, proceder a la suspensión del doctor Aníbal Gaviria Correa en su calidad de gobernador del departamento de Antioquia.

Que exclusivamente, mientras la "COALICIÓN PROGRAMÁTICA Y POLITICA ENTRE EL GRUPO SIGNIFICATIVO DE CIUDADANOS ES EL MOMENTO DE ANTIOQUIA, EL PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO, EL PARTIDO DE UNIDAD NACIONAL - PARTIDO DE LA "U"-, EL PARTIDO ALIANZA VERDE Y EL PARTIDO CAMBIO RADICAL PARA APOYAR AL DOCTOR ANÍBAL GAVIRIA CORREA COMO CANDIDATO A LA GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA PARA LAS ELECCIONES DEL 27 DE OCTUBRE DE 2019", que inscribió la candidatura del gobernador del departamento de Antioquia, presenta la terna requerida y el Gobierno nacional verifica el cumplimiento de los requisitos de los ternados y se nombra y posesiona el mandatario designado, el presidente de la República debe designar gobernador encargado, quien tendrá vocación estrictamente temporal, pues su realización sólo se justifica por la necesidad de garantizar el cumplimiento oportuno de las tareas constitucional y legalmente encomendadas a la primera autoridad departamental, conforme a lo indicado por la honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-448 del 18 de septiembre de 1997, magistrado ponente, Alejandro Martínez Caballero, expediente 0-1655, sin perjuicio de señalar que una vez se produzca la designación de uno de los ternados, inmediatamente concluirá el encargo que por el presente decreto se realiza."

III. SOLICITUD

Con fundamento en lo expuesto, solicito respetuosamente que se NIEGUE EL AMPARO solicitado por inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales invocados y por incumplimiento del requisito de subsidiariedad. En su defecto, DESVINCULE al señor presidente de la República por falta de legitimación en la causa por pasiva.

IV. NOTIFICACIONES

Se recibirán en la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, Casa de Nariño, Carrera 8 No. 7-26 de Bogotá, D.C. y/o al correo electrónico

V. ANEXO

- Resolución No. 0048 del 17 de enero de 2018 del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

De usted, con el debido respeto,

MARÍA CAROLINA ROJAS CHARRY
C.C. 52862389

T.P. 151.728 del C.S. de la J.