



Cartagena de Indias D.T. y C., diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Acción	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-23-33-000-2018-0678-00
Demandante	ANDRÉS DE JESÚS LARA RODRÍGUEZ
Demandado	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Falta de legitimación en la causa por activa en acción de tutela.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Corresponde a la Sala pronunciarse respecto a la acción de tutela instaurada por el señor ANDRÉS DE JESÚS LARA RODRÍGUEZ, en contra de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y el CONCEJO DEL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, por la presunta vulneración del derecho al debido proceso.

IV.- ANTECEDENTES

4.1 Pretensiones¹.

Por medio de la presente acción, el demandante pretende lo siguiente:

- Que se ordene la suspensión del fallo de segunda instancia No. 33-826029 proferido por la PROCURADORA DELEGADA PARA LA MORALIDAD PÚBLICA CON FUNCIONES DE VICEPROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN.
- Que, con base en el fallo proferido por el Consejo de Estado, se ordene dejar en firme la decisión disciplinaria dictada por el PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA DE BOLIVAR, con radicado: IUS 2016-9671.

¹ Folio 17-18

- Que se ordene al Concejo de Cartagena a llamar a los siguientes en lista de cada partido, de forma descendente por orden de votación, para ocupar los cargos de concejales provisionales de la ciudad de Cartagena; a efectos de remplazar a los señores SARAY HELENA AGUAS, AMERICO ELIAS MENDOZA QUESSEP, RAFAEL ENRIQUE MEZA PEREZ, LEWIS MONTERO POLO, WILLIAM ALEXANDER PEREZ MONTES, CESAR AUGUSTO PION GONZÁLEZ, WILSON TONCEL OCHOA, DUVINA TORRES COHEN, LUIS JAVIER CASSIANI VALIENTE, JAVIER WADI CURI OSORIO, ANGELICA MARIA HODEG DURANGO, EDGAR ELÍAS MENDOZA SALEME, ERICH NIJINSKY PIÑA FELIZ, ANTONIO SALIM GUERRAQ TORRES.

4.2. Hechos².

El tutelante hace relación al fallo proferido por esta Judicatura el 12 de junio de 2017 en la que se declaró la nulidad de la elección de la señora NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ, como Contralora Distrital de Cartagena; y la sentencia del 19 de octubre de ese mismo año, en la que el Consejo de Estado, confirmó dicha decisión; realizando un breve resumen de sus consideraciones más relevantes.

Sostiene que en la actualidad están siendo procesados por la justicia penal, 26 concejales y exconcejales de la ciudad de Cartagena involucrados en la elección de la contralora Nubia Fontalvo, pero que desde el punto de vista disciplinario no se ha tomado ninguna acción al respecto, aun cuando la justicia contenciosa administrativa, en sus fallos, ha expresado que los implicados cometieron faltas gravísimas.

Explica que el 23 de diciembre de 2016 se conoció el fallo de segunda instancia en emitido por la Procuradora Delegada para la Moralidad Pública con Funciones de Viceprocuradora, General de la Nación, en el que se absolvió a los 26 concejales, investigados por la presuntas irregularidades en la elección de la contralora distrital.

Añade que el procurador Fernando Carrillo inició una investigación por el presunto pago de 1000 millones de pesos para que en decisión de segunda instancia, se absorbieran de la justicia disciplinaria a los 26 concejales implicados, tal y como lo exponen las noticias de la W Radio.

² Fols. 3 Cdno 1



4.3 Contestación

4.3.1 Contestación del Concejo Distrital de Cartagena³

Con escrito del 3 de octubre de 2018, el Concejo del Distrito de Cartagena rindió el informe requerido, manifestando que de los hechos narrados en la tutela no tienen relación con la función que cumple dicha entidad, pues se trata de procesos disciplinarios adelantados por la Procuraduría Regional de Bolívar y la Procuraduría General de la Nación, en los cuales el Concejo no ha sido parte ni ha emitido pronunciamiento alguno.

Manifiesta que, a su parecer, los verdaderos interesados en el asunto, son los concejales que ocupan las curules que pretenden que se reasignen, por lo que debería notificárseles de la existencia de esta acción constitucional.

Expone, que al Concejo no le corresponde ninguna responsabilidad en el juicio de legalidad que se le pretende hacer a los fallos disciplinarios de la procuraduría, sin embargo, realiza un breve resumen de las competencias de dicha corporación en el evento de realzar reemplazos por vacantes en las curules, sosteniendo que la misma procede en los siguientes casos: por faltas absolutas, como la muerte incapacidad física absoluta, declaración de nulidad de la elección, renuncia justificada, sanción disciplinaria y pérdida de investidura; y por faltas temporales, como la licencia de maternidad y la medida de aseguramiento por delitos diferentes a los contemplados en el art. 134 de la constitución.

4.3.2 Contestación de la Procuraduría⁴.

Por medio de escrito presentado el 2 de octubre de 2018, la Procuraduría General de la Nación presentó el informe respectivo, haciendo un breve recuento de las actuaciones adelantadas dentro del proceso disciplinario que se censura, y manifestando que en primera instancia se dictó fallo sancionatorio, pero que el mismo fue revocado en segunda instancia, por lo cual, es necesario atenerse a lo decidido en la alzada.

³ Folio 230-236 cdno 2

⁴ Folio 229



V.- CONSIDERACIONES

5.1 La competencia

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en primera instancia, según lo establecido por artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar sí:

¿Se encuentra legitimado el señor ANDRÉS DE JESÚS LARA RODRÍGUEZ, para solicitar, por medio de acción de tutela, la suspensión de un acto administrativo disciplinario, que decide revocar la sanción impuesta a unos concejales por las faltas investigadas; y que, como consecuencia de ello, se ordene al concejo distrital reemplazar a los citados concejales?

¿Es la acción de tutela el mecanismo idóneo para obtener la suspensión de un acto administrativo disciplinario; y, ordenar al concejo distrital reemplazar a los concejales que resulten sancionados al quedar en firme el fallo sancionatorio de primera instancia?

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordara el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) Legitimación en la causa por activa en la acción de tutela (iii) subsidiariedad de la acción de tutela iv) Caso concreto.

5.3. Tesis de la Sala

La Sala declarará improcedente la acción de tutela en referencia, como quiera que el tutelante no demuestra que le asiste interés en la misma, en la medida, en la que no se advierte que se le haya violado algún derecho fundamental.

5.4. Marco normativo y jurisprudencial

5.4.1 Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las



formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

5.4.2 De la legitimación en la causa por activa en la acción de tutela

En sentencia T-382 de 2016, la Corte Constitucional expuso que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del Decreto-ley 2591 de 1991, la acción de tutela solo puede ser ejercida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales; por cuanto este requisito de procedibilidad, exige que, quien solicita el amparo constitucional se encuentre "legitimado en la causa" para presentar la solicitud de protección de sus derechos fundamentales, es decir, que el derecho cuya protección se invoca sea un derecho fundamental propio y no, en principio, de otra persona.

Igualmente ha sostenido que:

"Desde antaño, la Corte ha precisado que el interés subjetivo de quien demanda en causa propia la protección de derechos fundamentales debe estar debidamente acreditado, pues de lo contrario carece de legitimidad para instaurar la acción de tutela. Por ejemplo, al conocer de un caso de un ciudadano contra un periódico de circulación nacional que en su portada publicaba la imagen de un menor de edad muerto en un accidente, la Corte se pronunció en los siguientes términos:

"La acción de tutela tiene por objeto la defensa de los derechos fundamentales en el caso concreto de una persona afectada o amenazada en cuanto al goce de ellos por acción u omisión de la autoridad pública o de particulares en los casos definidos por la ley.

En ese orden de ideas, el juez que establece con certeza la violación o amenaza del derecho, apreciándola en el caso específico y considerando las circunstancias del solicitante, imparte una orden al responsable para que actúe



o se abstenga de hacerlo. Esta orden tiene que ser proporcionada a la agresión y encaminada a restaurar el imperio del derecho en el evento concreto, con efectos particulares.

La Corte Constitucional considera que en el presente caso el actor no ha demostrado estar perjudicado o amenazado en sus derechos fundamentales por las publicaciones contra las cuales dirige la acción de tutela. Se trata aquí de un interés difuso por definición, pues los efectos de las publicaciones en cuestión afectan potencialmente, en mayor o menor grado -como se verá- a toda la colectividad, es decir, a todos aquellos que puedan llegar a ser lectores del periódico que las efectúa.

Así las cosas, para que el peticionario pudiese alegar que en su caso la acción de tutela es medio de defensa judicial encaminado a la protección de sus derechos fundamentales, debería estar en condiciones de probar que en efecto se le está causando daño y que existe una relación de causalidad entre las publicaciones que cuestiona y el perjuicio que sufre. De lo contrario, carece de legitimidad para intentar la acción.

En el año 1997, esta Corporación frente a la legitimación en la causa por activa en la acción de tutela, sostuvo:

"La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación en el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo."

"La legitimación por activa es requisito de procedibilidad. Esta exigencia significa que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona (...). Adicionalmente, la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante, y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna en improcedente."

En la sentencia T-899 de 2001, que denegó una tutela instaurada por una madre a nombre de sus dos hijos mayores de edad, la Corte precisó que la legitimación en la causa por activa no puede ser considerada como una exigencia nimia, sino por el contrario es indispensable en la protección y garantía adecuada de los derechos fundamentales:

"[...] la exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros,



quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo."

En el año 2006, este Tribunal resolvió la tutela formulada por el Director de un Hospital en el Departamento del Chocó, encaminada a evitar "la perturbación de los derechos fundamentales a la salud con conexidad a la vida de los pacientes que requieren el servicio en forma oportuna del Hospital San José de Tadó." La Corte en ese proceso concluyó que la tutela era improcedente, entre otras razones, porque se interponía a favor de sujetos indeterminados y de situaciones abstractas, dado que no se hace referencia alguna a las personas que están viendo afectados sus derechos con el inminente cierre del Hospital, ni se planteaban situaciones en las cuales se esté presentando una vulneración del derecho a la salud de una persona en particular, frente a la cual la autoridad judicial deba dar una orden de acción u omisión.

3.3. En el asunto materia de estudio, se presenta una acción de tutela contra una convocatoria a un concurso público de méritos para acceder al cargo de Personero del Municipio de Giraldo, que según se afirma, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo y debido proceso administrativo.

De acuerdo con el certificado expedido por la Secretaria del Concejo Municipal de Giraldo, que da cuenta de la postulación de cinco ciudadanos interesados en acceder a ese cargo, el demandante no figura como inscrito en el proceso de selección. En estos términos, la Sala considera que el señor Hernández Mora, en efecto, carece de legitimación por activa para formular la acción de tutela en nombre propio, teniendo en cuenta que no demostró ningún interés jurídico subjetivo en las resultas del concurso de méritos para la designación del nuevo Personero. El actor tampoco demostró que actuara en condición de apoderado judicial de alguno de los concursantes, o que promoviera la acción constitucional en su condición de agente oficioso, con lo cual quedan descartadas todas las hipótesis establecidas en el artículo 10 del Decreto ley 2591 de 1991 para demostrar legitimidad e interés en el ejercicio de la acción constitucional.

5.4.3 La tutela como mecanismo subsidiario.

Como lo ha sostenido en múltiples ocasiones la Corte Constitucional, la acción de tutela es un mecanismo de carácter residual, subsidiario y cautelar, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazadas, es decir, que esta acción sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el



afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

La Corte Constitucional en sentencia T-629/09, explicó:

La Corte Constitucional, a través de su Sala Plena ha considerado que la procedencia de la acción de tutela se encuentra condicionada a la previa utilización por el accionante de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, ha dejado claro que esta acción constitucional, 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 ellas de la manera y dentro de los términos previstos legalmente.

De esta manera, si la parte afectada no ejerce las acciones ni utiliza los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados, éste mecanismo de amparo no tiene la virtualidad de revivir los términos vencidos ni se convierte en un recurso adicional o supletorio de las instancias previstas en cada jurisdicción.

En este orden de ideas, resulta indispensable analizar frente a cada caso, si el ordenamiento jurídico tiene previstos otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados, si los mismos son lo suficientemente idóneos y eficaces para otorgar una protección integral y además establecer si fueron utilizados en término para hacer prevalecer los derechos supuestamente vulnerados.

5.5.-Caso concreto

5.5.1.- Pruebas relevantes.

- Providencia con radicado IUS 2016-9671 IUC D-2016-33-826029 del 6 de septiembre de 2016, proferida por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, por medio de la cual se sanciona a 26 concejales del Distrito de Cartagena⁵.

⁵ Folio 18-154 cdno 1



- Providencia con radicado IUC S- 2016-33-826029 del 23 de diciembre de 2016, dictada por la Viceprocuraduría General de la Nación, en segunda instancia⁶.
- Sentencia del 19 de octubre de 2017, proferida por la Sección quinta del Consejo de Estado⁷.

5.5.2.- Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo

En el caso *sub examine*, la parte actora demanda la decisión adoptada por la Procuraduría General de la Nación, por medio de la cual se revoca el fallo de primera instancia que sanciona a 26 concejales y exconcejales de la ciudad de Cartagena por hechos relacionados con la elección de la ex Contralora Distrital, NUBIA FONTALVO.

Frente a lo anterior sostiene que, no es admisible que la procuraduría no haya sancionado a los concejales investigados cuando, de la sentencia del Consejo de Estado del 19 de octubre de 2017, se desprende que éstos cometieron una falta gravísima al participar en la elección de la contralora distrital de esta ciudad. Agrega además, con fundamento en una supuesta noticia periodística que no fue aportada al proceso, que la revocatoria del fallo de primera instancia de la Procuraduría, que imponía sanción disciplinaria a los referidos concejales, obedeció a intereses de carácter económico.

Así las cosas, el accionante solicita a esta Corporación, que, por medio de esta tutela, se deje sin efectos el fallo absolutorio en mención y que se ordene al Concejo de Cartagena que proceda a reemplazar a los miembros de dicha corporación que fueron investigados disciplinariamente, por los hechos mencionados, de acuerdo con la lista que establece el orden de votaciones, de manera descendente.

Sobre este aspecto, se tiene que, la Corte Constitucional⁸ ha reiterado en muchas ocasiones que esta acción de constitucional **constituye una acción subjetiva de carácter estrictamente personal y concreto, cuyo titular es únicamente la persona agraviada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien tiene el deber de iniciarla directamente**, por quien actúe

⁶ Aportado en CD con 51 folios

⁷ Folio 180-221 cdno 1 y 2

⁸ Auto 197/09



a su nombre, o por intermedio del defensor del pueblo o de un personero municipal o distrital, en los casos establecidos en el Decreto 2591 de 1991.

Bajo ese entendido, encuentra esta judicatura que, si bien el accionante manifiesta que se le ha vulnerado su derecho al debido proceso, consagrado en el art. 29 de la Constitución Nacional de Colombia, toda vez que en la actualidad fungen como concejales, en el Distrito de Cartagena, algunas personas que fueron investigadas disciplinariamente por la Procuraduría General de la Nación, sancionadas en primera instancia, y absueltas en segunda; aun cuando existe una sentencia del Consejo de Estado en la que se expone que en los hechos investigados, los implicados cometieron una falta gravísima.

Ahora bien, no se observa a simple vista ninguna razón que afecte los derechos personales del tutelante, dicho de otra manera, no se advierte ninguna vulneración a los derechos subjetivos del mismo, como quiera que se desconoce qué relación tiene el ciudadano tutelante con el proceso disciplinario que cuestiona, hasta el punto de considerar vulnerado su derecho al derecho al debido proceso. De igual forma, se desconoce si es que el actor hace parte de las listas de candidatos que pudieran optar como reemplazo de los concejales que pudieran llegar a verse afectados con la decisión de dejar sin efectos el fallo que los absuelve de cualquier sanción disciplinaria, pues las anteriores, son las únicas hipótesis en las cuales el hoy demandante tendría interés o legitimación para acudir ante la justicia en uso del amparo constitucional.

Así las cosas, considera esta Corporación que el interés que le asiste al actor, en este evento, es la preocupación por la defensa de la sociedad en general, debido a la afectación de la moralidad administrativa, que se origina, a su parecer, por un fallo disciplinario en el que supuestamente primaron los beneficios económicos; hechos estos que no se encuentran demostrados y frente a los cuales, no se evidencia que le generan un perjuicio a nivel personal.

Teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto, corresponde a este Tribunal declarar improcedente la acción de tutela.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,



FALLA

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por el señor ANDRÉS DE JESÚS LARA RODRÍGUEZ, en contra de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y el CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, toda vez que existe falta de legitimación en la causa por activa.

SEGUNDO: NOTIFICAR por el medio más expedito con el que se cuente a los interesados, en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si la providencia no es apelada, **ENVIAR** el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: DÉJENSE las constancias respectivas en los sistemas y libro radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 102

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Ausente con permiso