

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D. C., cuatro (4) de abril de dos mil veintidós (2022)

Magistrado Ponente : **JAVIER TOBO RODRÍGUEZ**
Ref. Expediente : 25000231500020220040200
Demandante : ERICSSON ERNESTO MENA GARZÓN
Demandado : CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

ACCIÓN DE TUTELA
Medida Provisional

De conformidad con el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, el Despacho procede a resolver sobre la medida provisional solicitada por el accionante, en el libelo inicial en la acción constitucional de la referencia.

ANTECEDENTES

1.- El señor Ericsson Ernesto Mena Garzón formuló demanda de tutela contra el Consejo Nacional Electoral, para la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y voto, formulando las siguientes pretensiones:

*“1. Se TUTELE los derechos constitucionales consagrados en los 13, 29 Y 258 de la C.P.C.
2. Se DISPONGA que en el término improrrogable de cuarenta y ocho horas (48) contados a partir de la notificación de la tutela, la demandada resuelva sobre las peticiones elevadas por mi representado ante la accionada. (...)”*

2.- El Despacho observa, que en el escrito de tutela, el accionante solicitó la siguiente medida:

““(...) 3. De acuerdo con el Art 7 del DECRETO 2591 DE 1991, con el fin de proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados se solicita se DECRETE medida PROVISIONAL (sic) Y CAUTELAR a este acto administrativo que otorgue o faculte la candidatura presidencial al señor FEDERICO ANDRÉS GUTIÉRREZ ZULUAGA. (...)”

3. Por acta de reparto del 31 de marzo de 2022, correspondió el conocimiento de la demanda a este Despacho.

4.- El 01 de abril de 2022, por solicitud del Despacho, la Secretaría de la Sección Tercera de la Corporación requirió al actor las pruebas adjuntas a la demanda de tutela, toda vez que los documentos cargados al link suministrado en el escrito, no correspondían al objeto de la misma. En la misma fecha, el accionante aportó lo requerido.

5.- Para resolver, el Despacho

CONSIDERA

6.- De conformidad con el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, la medida preventiva en las acciones de tutela procede cuando es necesario proteger el derecho que puede verse amenazado o vulnerado por la aplicación del acto concreto. Establece la norma:

“Artículo 7o. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.(...)”

7.- Al respecto la H. Corte Constitucional ha señalado¹:

“(...)el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 autoriza al juez de tutela, de oficio o a petición de parte, para suspender el acto que amenace o viole el derecho fundamental invocado, cuando el funcionario judicial “expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho” y se le autoriza también para “dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso”. Como lo ha dicho la Corte, con la adopción de las medidas provisionales se busca evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en una violación del mismo o, habiéndose constatado la existencia de una violación, que ésta se torne más gravosa”

1 H. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Auto No. 166 del 18 de Mayo de 2006. Expediente T-1315769. Demandante: Cristian Lopera Grajales contra Comfenalco EPS.

8.- Con las medidas provisionales adoptadas en procesos de acciones de tutela se pretende impedir que la amenaza de un derecho fundamental se convierta en violación o, de presentarse ésta, se torne más gravosa, estas prevenciones pueden ser adoptadas durante el trámite del proceso o en la sentencia, momentos procesales en los que únicamente “...se puede apreciar la urgencia y necesidad de la medida”²

9.- La Corte Constitucional³ también precisó los elementos y requisitos indispensables para adoptar una medida provisional, en el entendimiento de que a falta de estos resulta improcedente ordenar la medida cautelar:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la expedición de medidas provisionales está sujeto al lleno de los siguientes requisitos⁴:

(i) Que estén encaminadas a proteger un derecho fundamental, evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público, con el fin de garantizar que la decisión definitiva no resulte inocua o superflua por la consumación de un daño. La Corte, en Auto 049 de 1995⁵, señaló lo siguiente:

“Esta Corporación ha establecido que la suspensión del acto violatorio o amenazador de un derecho fundamental ‘tiene como único objetivo la protección del derecho fundamental conculcado o gravemente amenazado y, obviamente, evitar que se causen mayores perjuicios o daños a la persona contra quien se dirige el acto’⁶. Igualmente, ha sido considerado que ‘el juez de tutela puede ordenar todo lo que considere procedente para proteger los derechos fundamentales y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.’”

(ii) Que se esté en presencia de un perjuicio irremediable por su gravedad e inminencia, de manera que se requieran medidas urgentes e impostergables para evitarlo. Así se pronunció esta Corporación en Auto 003 de 1998⁷:

“Esta Corporación ha reconocido que, en virtud del artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, el juez de tutela puede decretar la suspensión provisional de un acto concreto sólo cuando lo considera necesario y urgente para proteger el derecho invocado de un perjuicio que pueda resultarle irremediable.”

(iii) Que exista certeza respecto de la existencia de la amenaza del perjuicio irremediable.⁸

(iv) Que exista conexidad entre la medida provisional y la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Sobre el particular la Corte sostuvo en Sentencia T-162 de 1997⁹:

2 Auto 040 A de 2001

3 Corte Constitucional Auto 241 de 2010.

4 Cita original: “Ver Autos 031 de 1994 ((MP. Jorge Arango Mejía), 039 de 1995 (MP. Alejandro Martínez Caballero), 041 A de 1995 (MP. Alejandro Martínez Caballero), 049 de 1995 (Carlos Gaviria Díaz), 166 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda) y 035 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). En dichos autos, la Corte ordenó, como medida provisional, la suspensión de las decisiones judiciales de tutela objeto de revisión. Ver también, Auto del 17 de marzo de 2010, Referencia: Expediente 2483488.”

5 Del texto: “MP. Carlos Gaviria Díaz.”

6 Original: “Auto 039 de 1995 (MP. Alejandro Martínez Caballero).”

7 Referencia de la sentencia: “MP. Vladimiro Naranjo Mesa.”

8 Del texto: “Ver sentencia T-236 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz) y Auto 035 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).”

9 Cita original: “MP. Carlos Gaviria Díaz.”

“Así pues, la norma permite establecer que la conexidad entre el derecho que se alegue violado y la medida provisional adoptada, es el criterio que permite establecer si el juez actuó correctamente. En otras palabras, si la orden está encaminada a tutelar la garantía fundamental aparentemente vulnerada, entonces podrá decirse que el juez estaba facultado para adoptarla.”

(v) Que la medida provisional se adopte solamente para el caso concreto objeto de revisión. Si bien es cierto que en el trámite de revisión de tutela la Corte ha suspendido excepcionalmente los efectos de fallos de jueces de instancia, también lo es que lo ha ordenado sólo frente a las particularidades de cada asunto.¹⁰”

10.- El Despacho considera que para acceder a la medida provisional deben concurrir la totalidad de los elementos indicados por el Alto Tribunal Constitucional, con el objeto de garantizar efectivamente una amenaza real e inminente de los derechos fundamentales del accionante constitucional.

11.- Así, solamente habría lugar a decretar la medida provisional en sede de acción de tutela, si de los hechos que sustentan la acción se desprendiera de manera inminente, que con la actuación imputada a las Entidades demandadas se atentara de forma flagrante contra los derechos invocados en la solicitud de amparo.

CASO CONCRETO

12.- Descendiendo al caso concreto, el señor Ericsson Ernesto Mena Garzón atribuye como hechos vulneradores de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y voto, el registro de la candidatura y tarjetón electoral de consulta de las elecciones legislativas del 13 de marzo de 2022 del candidato Federico Andrés Gutiérrez Zuluaga, donde se consignó el seudónimo “Fico Gutiérrez”.

13.- El actor afirma que deben ser anulados los votos recibidos por *consulta* del candidato Federico Andrés Gutiérrez Zuluaga, al igual que su candidatura a Presidencia de la República, pues va en contravía de lo previsto en la Ley 62 de 1988, la cual establece:

“ARTICULO 1º. El artículo 124 del Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral), quedará así: Artículo 124. En la elección para Presidente de la República, los ciudadanos votarán con tarjetas electorales que llevarán impresos los símbolos, emblemas y colores de los diferentes partidos o movimientos políticos que participen en las votaciones, con impresión clara del nombre y apellidos del respectivo candidato. Parágrafo. Los símbolos, emblemas y colores de los partidos o movimientos políticos serán los mismos que se

¹⁰ Referencia de la providencia: “Ver Autos 031 de 1994 (MP. Jorge Arango Mejía), 039 de 1995 (MP. Alejandro Martínez Caballero), 041A de 1995 (MP. Alejandro Martínez Caballero), y 035 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), entre otros.”.

hayan inscrito para tales efectos ante el Consejo Nacional Electoral o en el acto de inscripción de la respectiva candidatura presidencial”.

14.- En primer lugar, el Despacho aclara al actor que, las medidas provisionales en los procesos de tutela previstas en el Decreto 2591 de 1991 y las medidas cautelares establecidas en la Ley 1437 de 2011, tienen una naturaleza, propósito y requisitos diferentes.

15.- De esta manera, si bien, esta Corporación concuerda con el accionante en relación con que, tal como lo ha considerado el Consejo de Estado, la medida cautelar o suspensión de actos administrativos dentro de procesos ordinarios procede cuando la transgresión de las normas invocadas como violadas surja: i) del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores que se alegan como violadas o ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

16.- Sin embargo, tal como lo advirtió el Despacho en el párrafo número nueve de esta decisión, la Corte Constitucional ha precisado los elementos indispensables para dictar una medida provisional en el trámite de amparo, los cuales van más allá del análisis del acto demandado y su confrontación con normas superiores, pues en el proceso constitucional es requisito *sine qua non* que la medida: (i) esté encaminada a proteger un derecho fundamental, (ii) se esté en presencia de un perjuicio irremediable, (ii) exista certeza respecto de la existencia de la amenaza del perjuicio irremediable por su gravedad e inminencia y iv) exista conexidad entre la medida provisional y la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

17.- Así, el Despacho recuerda que, el accionante solicitó como medida provisional “(...) 3. De acuerdo con el Art 7 del DECRETO 2591 DE 1991, con el fin de proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados se solicita se DECRETE medida PROVICIONAL (sic) Y CAUTELAR a este acto administrativo que otorgue o faculte la candidatura presidencial al señor FEDERICO ANDRÉS GUTIÉRREZ ZULUAGA. (...)” , invocando para su suspensión argumentos concernientes a las medidas cautelares previstas en la Ley 1437 de 2011, circunstancia que para esta Corporación no está llamada a prosperar, por cuanto, como ya se señaló y se reitera, en el trámite de amparo no es suficiente enunciar el acto que se considera violatorio de derechos fundamentales y contrastarlo con la norma superior, pues para que proceda la medida es necesario que se cumplan los requisitos señalados en el párrafo nueve y dieciséis indicados con antelación.

18.- Aclarado lo anterior. En segundo lugar, el Despacho resalta que, según lo ha manifestado el Alto Tribunal Constitucional, los derechos políticos son instrumentos con que cuentan los ciudadanos para incidir en la estructura política del Estado del cual hacen parte, potestades que surgen en razón de su calidad de ciudadanos¹¹, y pueden ser ejercidas a través de los mecanismos de participación democrática, señalados en primer lugar en la Constitución Política y desarrollados en la Ley 134 de 1994¹², entre otras, como el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato.

19.- Particularmente, sobre el voto, debe mencionarse que es uno de los mecanismos de participación ciudadana establecido en el artículo 103 Constitucional, constituye además de un derecho, un deber ciudadano, por tanto, el Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos (artículo 258 Constitución Política).

20.- Asimismo, el derecho a elegir y ser elegido es, un derecho de doble vía, en el entendido de que se permite al ciudadano concurrir activamente a ejercer su derecho al voto o, también, a postular su nombre para que sea elegido a través de este mecanismo. La primera connotación es sinónimo de la libertad individual para acceder a los medios logísticos necesarios e informativos para participar efectivamente en la elección de los gobernantes, en una doble dimensión de derecho-función. En el mismo sentido, la segunda característica, que se ha denominado pasiva, consiste en el derecho que se tiene a ser elegido como representante de los votantes en un cargo determinado¹³.

21.- Bajo este contexto, el Despacho negará la medida provisional solicitada, por cuanto desde ya no se puede arribar a la conclusión de que en efecto se presenta la vulneración de los derechos invocada y tampoco existe certeza respecto de la existencia de la amenaza del perjuicio irremediable.

22.- Aunque el Decreto 2591 de 1991, efectivamente permite suspender provisionalmente la aplicación de actos concretos que amenacen o vulneren un derecho fundamental, ello se configura, solamente cuando sea necesario y urgente para la protección del derecho¹⁴.

¹¹ Ver al respecto, Corte Constitucional, 16 de febrero de 2015. Gloria Stella Ortiz Delgado

¹² “*Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana*”.

¹³ Ver al respecto, Corte Constitucional, Sentencia T-232 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU- 695 de 2015.

23.- De esta manera, al parecer de este Despacho, la suspensión de la candidatura del señor Federico Andrés Gutiérrez Zuluaga, solicitada por el actor, no solo atañe a sus derechos fundamentales políticos, sino también a las garantías de esta misma estirpe del doctor Gutiérrez Zuluaga, quien, al momento de la emisión de esta decisión no se encuentra vinculado a este proceso constitucional.

24.- Entonces, lo expresado en el escrito de tutela, deberá ser examinado por la Sala al resolver de fondo el asunto, comoquiera que será la etapa procesal en la cual se cuente con mayores elementos de convicción, en caso de que se supere el examen de procedencia de la acción constitucional.

25.- Revisado el expediente, el Despacho advierte que, no obra copia del acto mediante el cual fue aceptada la candidatura del señor Federico Andrés Gutiérrez Zuluaga, la inscripción de la misma y otros aspectos, actuaciones consideradas necesarias para tomar una decisión dentro del asunto, y a partir de las cuales se puedan examinar los hechos alegados en la demanda constitucional. En este sentido, verificar si efectivamente se transgredieron los derechos fundamentales invocados, posterior a superar los requisitos de procedencia de la tutela.

26.- En consecuencia, el Despacho no accederá a la medida provisional solicitada en la demandada de tutela, y advierte que la decisión adoptada en esta ocasión, no implica prejulgamiento, ni determina el sentido de la decisión que se tomará al decidir de fondo el asunto.

Por lo brevemente expuesto, se

RESUELVE

NEGAR la medida provisional solicitada por el señor Ericsson Ernesto Mena Garzón, en el asunto de la referencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
JAVIER TOBO RODRÍGUEZ
Magistrado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por el Magistrado Ponente de la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA y 106 del Código General del Proceso.