RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ -SECCIÓN CUARTA-.

Bogotá D.C. diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020).

RADICACION	**110013337042-2020-000219-00**
DEMANDANTE:	**SADY ANDRÉS ORJUELA BERNAL**
DEMANDADOS:	**EL SENADO DE LA REPÚBLICA Y EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA IVAN DUQUE MARQUEZ**
ACCIÓN:	**TUTELA**

1. ASUNTO POR RESOLVER

Una vez surtido el trámite procesal que la ley asigna a las acciones de tutela, corresponde al Despacho entrar a decidir de fondo sobre el presente asunto.

2.DEMANDA

El Ciudadano SADY ANDRÉS ORJUELA BERNAL interpuso acción de tutela contra el Senado de la República y el Presidente de la República porque considera que su derecho a ejercer el control del poder político está en peligro ante la inminencia del daño a un elemento esencial de la Constitución, como es el equilibrio de poderes, y por esta vía, el goce efectivo de los derechos.

Sostiene que lo anterior se producirá si es elegida para el cargo de Procuradora General de la Nación la Doctora Margarita Cabello, debido a que su postulación no obedece al interés general sino a las componendas entre los partidos políticos con el auspicio del Presidente de la República. Aduce que la ternada no podrá ejercer de manera transparente y eficaz dicho cargo por esta razón, además porque su cercanía con el ejecutivo es clara, pues ejerció el cargo de ministra de justicia.

Aportó y solicitó las siguientes pruebas:

1. Prueba del orden del día para la sesión plenaria presencial del día jueves 27 de agosto de 2020, en el Senado de la república de Colombia.
2. Prueba de la elección del doctor Francisco Barbosa Delgado el 13 de febrero de 2020: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/secgen/docu/ACUERDO1383DE2020%20DR%20BARBOSA%20DELGADO.pdf
3. Prueba de la elección del doctor Carlos Camargo Asís – https://www.elpais.com.co/politica/carlos-camargo-assis-fue- elegido-como-nuevo-defensor-del-pueblo.html
4. Prueba de Declaración del presidente Iván Duque Márquez sobre la terna para la elección de Defensor del Pueblo06/08/2020 Foto, archivo, Efraín Herrera – Presidencia: https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2020/Declaracion- del-Presidente-Ivan-Duque-Marquez-sobre-la-terna-para-la- eleccion-de-Defensor-del-Pueblo-200806.aspx
5. Prueba el informe"Así Se Mueve La Corrupción,periodo 2016-2018", de Transparencia por Colombia: https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/2019/Informe-Monitor-Ciudadano-Corrupcion-18.pdf
6. Prueba del acto legislativo 02 de 2015: https://www.funcionpublica.gov.co.
7. Prueba que Margarita Cabello es la candidata del gobierno a la Procuraduría General de la Nación: https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2020/Presidente- Duque-anuncia-a-Ministra-de-Justicia-Margarita-Cabello-como- integrante-de-la-terna-para-elegir-Procurador-200814.aspx#:~:text=A%20trav%C3%A9s%20de%20su%20cuenta%20de%20twitter%2C%20el%20Presidente%20Iv%C3%A1n,Procurador%20General%20de%20la%20Naci%C3%B3n.
8. Prueba de informe de la masacre de la cárcel modelo el 21 de marzo de 2020: https://www.elespectador.com/noticias/judicial/21m-la- noche-de-la-tragedia-en-la-carcel-la-modelo-articulo-910724/
9. Ordenar al presidente del Senado Arturo Char remitir las pruebas completas de las entrevistas de los partidos a los ternados Carlos Cortés y Wilson Ruiz Orejuela.
10. Oficiar a los presidentes de las bancadas de los partidos Conservador, Cambio Radical, La U, Liberal, y Centro Democrático para que remitan declaración escrita sobre las condiciones que dieron lugar al respaldo anticipado y público a la doctora Margarita Cabello para ocupar el cargo de Procurador General de la Nación.

3.CONTESTACIONES

El **Senado de la República** respondió frente al escrito de tutela, en esencia, que corresponde al accionante acudir ante el Consejo de Estado con el fin de adelantar un proceso electoral si considera que han existido causales para no adelantar la elección de Margarita Cabello, de manera que la acción de tutela es improcedente porque existe otro medio de defensa judicial idóneo.

Afirma en escrito separado que existe: "carencia actual de objeto por hecho consumado".

El **Presidente de la República** guardó silencio.

5. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS

Es procedente, mediante la acción de tutela, ordenar al Senado de la República que se abstenga de elegir a una ternada al cargo de Procuradora General de la Nación por considerar que su ejercicio en el cargo no será transparente ni garantizará el efectivo control de la actuación de las autoridades públicas y por esta vía no se garantizarán los derechos fundamentales de los Colombianos, dado que su postulación no fue motivada por el interés público sino por las componendas de los partidos políticos con el impulso del ejecutivo?

Tesis del Despacho: Dirá el despacho que en el ordenamiento jurídico existe una vía eficaz e idónea para resolver las peticiones del demandante, como es la acción electoral, por lo cual la acción de tutela es improcedente.

6. ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES

EL MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La Constitución Política consagró un instrumento constitucional para la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales, así:

"**ARTICULO 86.** Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar

> ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.
>
> La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
>
> Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
>
> En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.
>
> La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

A su vez, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló la anterior disposición, previó:

> "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto (…)"

El artículo 5 del mencionado Decreto, indica:

> "La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo lll de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico

escrito".

LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

El presupuesto fáctico esencial para la procedencia de la acción de tutela es la "acción u omisión" de la autoridad pública, el cual debe ser objeto del juicio constitucional por parte del juez para determinar si con ellas se ha violado, viola o amenaza cualquier derecho fundamental constitucional. Pero la violación o amenaza del derecho fundamental debe ser actual, grave e inminente o directa, no puede ser cualquier tipo de afectación a los derechos fundamentales, pues como se sabe, el ordenamiento jurídico está dispuesto para atender todos los reclamos a los derechos de manera general u ordinaria, el mecanismo constitucional opera como una herramienta subsidiaria ya que, si existe ese otro mecanismo ordinario, sólo procederá la acción de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable al derecho fundamental. Ahora, si no existiera dicho mecanismo ordinario, procederá de manera principal.

En virtud de lo anterior, cuando al juez constitucional conoce de unos hechos (acciones u omisiones), que conforman la naturaleza subsidiaria, sumaria, informal y, a veces, oficiosa, por ser el juez un garante de los derechos fundamentales, debe examinar de manera amplia (extra o ultra petita) el verdadero alcance del reclamo constitucional del accionante, pues si bien el ciudadano tiene el sentimiento del derecho vulnerado, es al juez a quien le corresponde adecuarlo a la realidad constitucional dándole el verdadero alcance normativo que permita justificar y fundamentar su actuación.

7. EL CASO EN CONCRETO

El demandante acudió ante el juez de tutela para solicitar se ordene al Senado de la República se abstenga de elegir como Procuradora General de la Nación a la doctora Margarita Cabello.

Sostiene que por ser ciudadano de la República de Colombia, al igual que los restantes cincuenta millones de personas que habitan este país, tiene plena competencia para participar en la esfera pública controlando el abuso de poder de

los servidores públicos si pretenden alterar los ejes esenciales de la Constitución Política, pues: "*Esto es sencillamente el correlato del principio de soberanía popular. Y si puedo conformar el poder político, en este caso el legislativo, también puedo controlarlo. Nada distinto enuncia el derecho fundamental del artículo 40 de la Constitución Política.*"

Solicita que esta acción de tutela sea examinada a la luz del principio de interpretación constitucional del inciso 2 del artículo 93, es decir, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos que reconoce en su artículo 23 el derecho de todos los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por intermedio de sus representantes; a la luz de su artículo 25, que reconoce el derecho a un recurso judicial sencillo y rápido en todos los casos, aún cuando la violación de derechos tenga como autores personas que actúan en ejrcicio de sus funciones oficiales.

Sostuvo igualmente: "*Además de actuar como ciudadano en su derecho a controlar el poder político para la defensa del equilibrio de poderes, me postulo como agente oficioso de víctimas del órgano ejecutivo, en especial del ministerio de justicia, porque de expedirse el acto de elección del senado en la persona de margarita cabello, no habrá garantía de imparcialidad en la defensa de los derechos, ni en la aplicación imparcial. de poder disciplinario punitivo.*"

Aduce que el artículo 40 de la Constitución lo faculta expresamente para participar en el control del poder político presentando acciones públicas, como esta tutela, cuando el poder político amenaza sus derechos. No obstante, considera que la acción de cumplimiento no es el mecanismo idóneo y eficaz para amparar su derecho a la protección efectiva de los derechos consagrados en los artículos 1 a 112 de la Constitución Política porque tiene como objeto las normas administrativas y legislativas, y los artículos 2,3,4,5, y 112 constitucionales al igual que el acto legislativo 02 de 2015 sobre equilibrio de poderes son textos normativos no susceptibles de acción de cumplimiento por mandato constituyente y jurisprudencial.

Sostiene que la acción de nulidad tampoco es el camino idóneo en este caso porque no alcanzará a impedir la elección de Procurador General de la Nación, ya que no se ha expedido aún el acto administrativo de elección y los partidos de la coalición de gobierno han anunciado públicamente su respaldo como bancadas a la prohijada del jefe del ejecutivo, es decir su elección es inevitable. Tampoco considera que la acción

electoral sea la vía judicial idónea y eficaz controlar la elección a dicho cargo, "*puesto que es sabido, como ocurrió con la demanda contra el exprocurador Alejando Ordoñez, que este proceso tiene una duración de cuatro años"* además porque no existe aún un acto formal de elección sino una amenaza cierta.

Afirma que no existe en este caso daño consumado ni hecho superado, porque aún no se producen los efectos dañosos de la elección de Procurador y los partidos politicos han mantenido su decisión de elegir a Margarita Cabello para dicho cargo, lesionando el eje axial del equilibro de poderes.

En consecuencia solicita aplicar el precedente vertical establecido en las sentencias C-141 de 2010 y C-285 de 2016, tutelar los derechos fundamentales contenidos en los artículos 1 a 112 de la Constitución, así como el derecho a gozar de los derechos fundamentales que debe proteger con imparcialidad la Procuraduría General de la Nación, el derecho a defender la Constitución Política mediante una acción pública, el derecho al equilibro de poderes reconocido en las sentencias C-141/10 y C-285 de 2016 y respaldado por el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), a las garantías constitucionales que debe proteger una procuraduría cuando es independiente, a la eficacia de la supremacía constitucional establecida en el artículo 4 de la carta política y a la igualdad de trato.

Como **fundamentos fácticos de la acción** señaló que la función de los poderes en Colombia sólo se entiende como mecanismo y finalidad para asegurar la protección efectiva de los derechos, y por esta razón el artículo 113 estableció el equilibrio de poderes, para que los órganos constitucionales que poseen el poder de vigilancia, investigación y control no compartieran el mismo periodo con el ejecutivo cuando son ternados por este. Que en el año 2010, ante la situación de creciente degradación del sistema de pesos y contrapesos entre los órganos del poder por la reelección presidencial , la Corte Constitucional se vió en la obligación de detener el desequilibrio definitivp mediante la Sentencia C_410/10, en la cual sentó las bases que protegieron durante un tiempo el desbarajuste "*El juez protegiendo el Estado Social de Derecho",* no obstante, cinco años después, ante el efecto del hiperpresidencialismo, hubo que modificar la Constitución mediante el acto legislativo 02 de 2015 por medio del cual se adoptó una reforma constitucional de equilibrio de poderes y reajuste institucional.

Sostiene que, sin embargo, este restablecimiento del equilibrio de poderes no tuvo efecto en la Fiscalía, pues debido a diferentes circunstancias como la reelección de Alvaro Uribe, renuncias de los fiscales, declaraciones de nulidad y vacancias alargadas, el actual fiscal terminó siendo ternado por el presidente en ejercicio, igual sucedió con el defensor del pueblo y sucederá con el procurador general de la Nación.

Esos tres órganos de control comparten la función de defender los derechos humanos, como establecen los artículos 282, 250 y 277 de la Constitución.

Afirma que la opinión pública, actor legítimo del discurso constitucional, ha evidenciado el peligro que para la democracia entrañan las circunstancias en que se ha convenido la elección anticipada de Procurador General de la Nación y sus consecuencias, así lo ha advertido también el periodismo independiente.

Asegura que hoy más que nunca es necesario que exstan órganos de control independientes, pues *"Serios estudios académicos demuestran que en los últimos años la principal fuente de violación de los derechos proviene precisamente del órgano ejecutivo, que, por el carácter presidencial de nuestra República, incide históricamente en los demás órganos del poder público."* , evidencia esta realidad que las personas acuden masivamente a la acción de tutela.

Señala que es necesario proteger a las demás ramas del poder público de la incidencia invasiva del ejecutivo, por su proclividad a no defender en debida forma los derechos, y con la inminente elección de Margarita Cabello como Procuradora General de la Nación el órgano ejecutivo está a punto de controlar en su totalidad la garantía de protección de los derechos humanos, amenazando el necesario equilibrio de poderes para su eficaz protección, porque es la candidata del gobierno, como hizo saber expresamente el Presidente de la Repúbica el pasado 14 de agosto de 2020. Además, aunque es una destacada jurista, como Ministra de Justicia no pudo sacar adelante la anhelada reforma a la justicia ni controlar la crisis carcelaria y la masacre ocurrida en la Cárcel Modelo el día 21 de marzo de 2020 "*No puede entonces hacer una procuraduría independiente para investigar la conducta disciplinaria de los directivos del ejecutivo carcelario",* su tibieza inicial y falta de independencia se evidencian en su postuñación ante el Senado, además, de ser elegida, se presentará una cascada de impedimentos ante su reciente ejercicio como ministra: *"(…)Es decir, un ejercicio de control de conductas públicas que además de*

proteger al ejecutivo, será inane frente a la necesaria protección de los derechos en momentos que pulula en Colombia la violación los mismos, ante la inercia del ejecutivo(…)"

Concluye que al parecer nada de esto inquieta al senado, ni ética ni políticamente, en su extraño afán de anticipar la elección de Margarita Cabello, anteponiendo las componendas a lo intereses del estado. Es entonces viable y urgente que se ordene al Senado abstenerse de elegir a esta persona, ante la anticipada y extraña coalición política que actuará en desmedro del equilibrio de poderes y por esta vía, en desmedro de la eficaz protección de os derechos fundamentales de 50 millones de Colombianos. Aduce que: "*El perjuicio inminente es grave, porque afecta bienes axiales como la supremacía constitucional, el equilibrio de poderes del artículo 113, el principio del interés general (1), deberes del Estado de protección eficaz de los derechos (2), valores significativos como la igualdad (13), y derechos internacionalmente protegidos como son las garantías judiciales mínimas.* "

Afirma que la única posibilidad de conjurar o superar la situación es la acción de tutela, con una actuación inmediata, pues existe inminente amenaza de vulneración de los siguientes derechos:

1. *"El derecho fundamental a ser protegido con imparcialidad de los derechos contenidos en los artículos 1 a 112 de la constitución política, ante las probadas vulneraciones del órgano ejecutivo, que conforme a los estudios aportados son hoy evidentes.*
2. *El derecho fundamental a la garantía constitucional de efectividad y primacía de los derechos fundamentales (artículo 2 y 5 constitucional y convención americana) que debe proteger con imparcialidad el órgano de control Procuraduría General de la Nación, que está amenazado con la decisión anunciada para este jueves 27 de agosto de 2020. Las normas contentivas de estos derechos son:*

   ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

   ARTICULO 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

3. *El derecho fundamental-político como ciudadano al equilibrio de poderes, del artículo axial 113, reconocido en las sentencias C-141/10 y C-285/16, y respaldado por el artículo 23 de la convención americana de derechos humanos*
4. *El derecho a defender la Constitución Política mediante una acción pública. (artículo 40 constitucional)*
5. *Los derechos fundamentales a las garantías constitucionales (CAPITULO 4. DE LA PROTECCION Y APLICACION DE LOS DERECHOS) que precisamente debe proteger una Procuraduría, cuando es independiente.*

6. *El derecho axial fundamental de los habitantes a la eficacia de la supremacía constitucional consagrada en el artículo 4 de la constitución política.*
7. *El derecho a la igualdad de trato reconocido en la Constitución Política y en la Convención Americana de Derechos Humanos . En efecto, el Artículo 13 establece que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. El inminente desequilibrio de poderes rompe este mandato, afectando el derecho de los habitantes al goce imparcial de los demás derechos.* "

Concluye afirmando: "*En el caso concreto, los derechos fundamentales amenazados tienen conexión con los principios constitucionales de interés general, soberanía, separación de poderes, y supremacía constitucional. La protección ius fundamental, debe realizarse en el horizonte de los valores de convivencia, igualdad, conocimiento, y marco social justo. Como consecuencia de la relación de los derechos con los principios y valores, debe aplicarse la regla de prevalencia de los derechos fundamentales aquí invocados.* "

Por su parte, el Senado de la República solicitó que se declare la improcedencia de la acción porque en el ordenamiento jurídico existe un remedio eficaz e idóneo para debatir la inconformidad del demandante con respecto a la elección de Margarita Cabello como Procuradora General de la Nación, siendo este la acción electoral.

Frente a lo anterior se debe decir que, en efecto, como sostiene el demandante, la Constitución estableció el principio de separación de poderes como un eje fundante de nuestra República, concretamente el artículo 113 de la Constitución señala que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial son las ramas del poder público, que junto con los órganos independientes, tienen funciones y ámbitos de acción separados pero deben colaborar de manera armónica para realizar los fines del estado. Igualmente le asiste la razón al demandante cuando sostiene que la separación de poderes, en la medida que constituye instrumento de limitación del poder público, es una fórmula

constitucional que busca, en últimas, garantizar los derechos y libertades de los Ciudadanos, de ahí la importancia de que haga parte de nuestro diseño constitucional. La Corte Constitucional[1] puntualizó que hay una serie de actuaciones de los órganos del estado en las cuales se materializa este principio, como son, sin agotar su enumeración: *(i) la identificación de las funciones del Estado, (ii) la atribución de dichas funciones a órganos estatales diferenciados, (iii) la garantía de que cada órgano goce de independencia, en el sentido que debe estar exento de injerencias externas en el desarrollo de su función y, (iv) la garantía de que cada órgano goce de autonomía, en el sentido que debe poder desenvolverse y desplegar su actividad por sí mismo, y autogobernarse,[2]",* y señaló que estas actividades *"resultan básicas para definir el equilibrio en el ejercicio del poder público."*

En desarrollo del principio de separación de poderes el constituyente creó una fórmula que busca que se ejerza este recíproco control entre los diferentes órganos estatales, y es la "*función que tienen los máximos órganos de cada una de las ramas del poder público para nominar y elegir a los miembros de otras entidades del Estado.*[3] "[4] Así sucede con la elección de Procurador General de la Nación, que de conformidad con el artículo 276 de la Constitución se escoge por el Senado de terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

No se debe dejar de lado, con respecto a estas fórmulas de elección que pretenden garantizar el recíproco control entre los órganos del Estado, que "*La propia Corte Constitucional ha reconocido que una elección es un acto eminentemente político y,*

---

[1] Sentencia SU050 de 2018.
[2] Corte Constitucional, sentencia C- 285 de 2016 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez).
[3] "*En relación con la función electoral, el artículo 254 de la Constitución consagra que los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura son elegidos de la siguiente manera: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado. El artículo 249 de la Carta dispone que el Fiscal General de la Nación sea elegido por la Corte Suprema de Justicia de una terna enviada por el Presidente de la República. Igualmente, el artículo 274 Superior consagra que el Auditor General de la República, que ejerce la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República sea elegido por el Consejo de Estado de una terna enviada por la Corte Suprema de Justicia. Con respecto a la función nominadora, el artículo 276 de la Constitución establece que el Procurador General de la Nación sea elegido por el Senado de la República de una terna conformada por candidatos nominados por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. En relación con la función mixta, el artículo 231 de la Constitución señala que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado son elegidos por los miembros de la respectiva Corporación, de una lista de elegibles enviada por el Consejo Superior de la Judicatura, que a su vez proviene de una convocatoria pública. Además dispone que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado reglamentaran la fórmula de votación y el término en el cual deberán llevar a cabo la referida elección."*
[4] De la citada sentencia SU050 de 2018

en él, los funcionarios ejercen la soberanía que les es conferida en virtud de lo establecido el artículo 3 de la Constitución."[5]

Es un tópico recurrente del derecho administrativo el tema del control de los actos políticos. Se ha sostenido que este tipo de actos de las autoridades públicas no puede ser sometido a control juridico, siendo imposible que alguna autoridad judicial, de cualquier rango o categoría, en ejercicio de acción alguna, pueda pronunciarse sobre la conformidad con el ordenaiento jurídico de este tipo de actos. Pues bien, en un primer momento se aceptó que existen ámbitos de acción del poder público sustraidos al control judicial, bajo la teoría de la "auto limitación del poder", no obstante, rápidamente esta teoría perdió acogida, pues los jueces negaron que bastara el móvil político de un acto para sustraerlo al control, bajo la premisa que ninguna actuación de las autoridades públicas puede escapar a este, por su impacto en los derechos y garantías de los ciudadanos, "*De allí que el actual modelo estatal se caracterice por la desaparición de los otrora ámbitos absolutos de poder, por la concepción de un sistema de restricciones efectivas que lo limitan y por el papel fundamental que en su estructura y funcionalidad se le reconoce al control pues éste es una manifestación del principio democrático en cuanto afirma la sujeción de los gobernantes a las reglas de juego básicas concebidas por los gobernados."*[6]

Dicho debate también se presentó en el derecho colombiano, que primero aceptó, a manera de ejemplo, como ámbito sustraido del control judicial las actuaciones del Presidente en ejercicio de sus funciones como Jefe de Estado, sosteniendo que aunque dichos actos tienen consecuencias jurídicas, dada su motivación política escapaban a dicho control porque no son expresión de la actividad administrativa, sino producto de consideraciones de conveniencia y oportunidad, que pertenecen a un ámbito estrictamente político. Sin embargo, desde del año 1.975 el Consejo de Estado empezó a sostener que ningún acto del ejecutivo escapa al control judicial, pues aún al discrecionalidad reconocida a los actos políticos no es ilimitada, porque debe sujetarse al ordenamiento jurídico[7].

---

[5] En un aparte de la citada Sentencia SU050 de 2018, en la cual la Corte Constitucional cita la Sentencia C- 245 de 1996.
[6] Sentencia C-802 de 2002.
[7] Cita en la Sentencia C_802 de 2002: "En cuanto a los elementos que quedaban sometidos a la discrecionalidad del funcionario y al carácter relativo de tal discrecionalidad se indicó: "*Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará la opción para escoger alternativamente en varios formas de*

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia del 5 de agosto de 1982, asumió la competencia para hacer el control de constitucionalidad de un decreto que declaró restablecido el orden público. Acudiendo ya no a la distinción entre actos políticos y actos en ejercicio de la función administrativa del ejecutivo, sino a la diferencia entre actos discreccionales (que obedecen exclusivamente a consideraciones de conveniencia y oportunidad) y reglados (previstos completamente en el ordenamiento jurídico que establece cual es la decisión que debe adoptar el gobernante frente a ciertos supuestos) la Corte Suprema de Justicia afirmó que el mencionadio decreto es un acto de gobierno que aún así pertenece a esta última categoría y en consecuencia está sometidos al control jurisdiccional[8]. Esta postura fue reafirmada cuando el Consejo de Estado declaró la inexequilidad del inciso segundo del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, norma conforme a la cual, con respecto a los actos políticos o de gobierno sólo puede ejercerse el control judicial por vicios de forma: "*La Corte Suprema de Justicia consideró que la Carta*

decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios. Pero, en consecuencia, no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabaría con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completada por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 23 de octubre de 1975.

[8] Al respecto indicó la Corte Suprema: "*Pero tanto el acto político o de gobierno como el acto administrativo discrecional, son actos jurídicos. Y en cuanto a la calificación jurídica del que aquí se examina, es un "decreto legislativo" de estado de sitio. Acto de gobierno y acto jurídico no son incompatibles: simplemente, aquél es una modalidad especial de éste. El poder discrecional o el poder gubernamental no son poderes arbitrarios o incontrolables jurídicamente sino reglados. De suyo, el poder es apenas facultad, atribución o competencia asignada por el orden jurídico, posibilidad siempre reglada y nunca ilimitada de actuar y de expedir actos con efectos jurídicos (possum); el poder gubernamental no es potestad política arbitraria, omnímoda u originaria (potestas) de decisión o actuación. El nuestro es un Estado de Derecho, no un Estado Suprajurídico o solamente Político. Ordena a las claras el artículo 2° superior que "los poderes … se ejercerán en los términos que esta Constitución establece", y no por fuera de estos… los actos de gobierno o los actos discrecionales están sometidos al control de constitucionalidad y de la legalidad en cuanto a sus aspectos de validez, sus presupuestos de orden normativo, a su competencia de expedición y de control y a su conexidad en lo relativo a los móviles y a las finalidades invocadas que lo justifiquen frente al orden jurídico como válidos y eficaces*". Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia No. 57 del 5 de agosto de 1982. M.P. Manuel Gaona Cruz.

entonces vigente no establecía ninguna diferenciación entre los actos políticos y los actos administrativos; que aquellos quedaban también cobijados por la naturaleza reglada de todos los actos de la administración; que esa naturaleza los tornaba controvertibles material y formalmente y que por todo ello la restricción impuesta por la norma demandada era contraria a la Constitución[9]*."*

La distinción entre actos discreccionales y actos reglados se mantiene en la actualidad para establecer el objeto del control judicial. A la misma acudió la Corte Constitucional para definir el ámbito de la inmunidad parlamentaria (SU-047 de 1999), para ejercer el control judicial del acto declaratorio del estado de conmoción interior, que contiene elementos reglados y discreccionales (C-802 de 1992), para definir el carácter reglado, excepcional y limitado de los estados de excepción (C-152 de 2020), para caracterizar como reglado el proceso de revisión por la Corte Constitucional de las sentencias de tutela (T-383 de 2016), para establecer la naturaleza jurídica reglada del principio de oportunidad en el proceso penal (C-673/05, C-979/05, C-1154/05, C-095/07, C-209/07, T142-19) , para definir en que condiciones puede ser desvinculado el personal docente escalafonado (T-1162/01), para destacar que es de la esencia del modelo democrático su carácter reglado (C-019/18).

---

[9] Estos fueron los razonamientos de la Corte Suprema: "*Frecuentemente la doctrina y ocasionalmente la jurisprudencia han tratado de otorgarle una entidad autónoma a determinados actos del Gobierno o de la Administración, que singularizados por ciertas circunstancias, pero mayormente por los móviles que los inspiran, se califican como actos políticos o de Gobierno. Se trata empero de una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carece de apoyo normativo, como quiera que ninguna cláusula de aquella permite hacer dicha diferenciación, diferenciación que por mayor que sea el refinamiento a que se llegue, a lo sumo permitiría concluir que dichos actos de gobierno, constituyen apenas una modalidad de los Actos Administrativos. La Constitución pues, no establece diferencia alguna entre los actos políticos o de gobierno, y menos aún para excluir tales actos del control jurisdiccional.... Por lo demás, dentro del régimen constitucional colombiano se tiene, sin excepciones, como emana entre otras normas de la Carta, del artículo segundo, en el cual se ha encontrado siempre el auténtico fundamento del Estado de Derecho, que toda actividad administrativa es reglada, constituyendo por lo tanto un imposible jurídico que existan Actos Administrativos que puedan escapar al control jurisdiccional... encuentra la Corte que la norma cuestionada interfiere indebidamente en la autonomía de la jurisdicción Contencioso Administrativa, como quiera que dicho precepto viene en el fondo a establecer restricciones contrarias a la Constitución, a las facultades de los jueces, dejando de lado como ya se ha visto que la facultad de juzgar los Actos de la Administración es de origen constitucional, como también es de estirpe constitucional el principio al tenor del cual la Jurisdicción y todos los organismos que la componen, Tribunales y Juzgados, deben actuar en el ejercicio de las funciones a ellos otorgadas por la misma Carta, con plena autonomía*". Sentencia del 15 de noviembre de 1984. M.P. Ricardo Medina Moyano.

Igualmente, el Consejo de Estado acude a la distinción entre las facultades regladas y discrecionales para establer la legalidad de diferentes actuaciones del ejecutivo, como cuando estudió una acción de nulidad instaurada por los Ciudadanos Helber Adolfo Castaño, Enrique Daza Gamba y otros, contra los actos mediante los cuales el Gobierno Nacional materializó la decisión de desprenderse de las acciones de propiedad de la Nación en ISAGÉN para destinar los recursos a proyectos de infraestructura vial[10], para establecer que la facultad de interpretar los pliegos de condiciones en el contrato estatal no es discrecional[11], para definir que el deber de selección objetiva del contratista se enmarca dentro de la institución del acto reglado[12], al establecer la naturaleza del acto de adjudicación de la licitación pública como reglado y no discrecional[13], entre otros muchos casos.

Actuaciones de los congresistas como la elección de altos dignatarios entre los candidatos presentados por otros órganos del poder público contienen un elemento discrecional que escapa al control judicial, en lo que se refiere a valorar las cualidades o aptitudes de los candidatos para ejercer tales dignidades. Nótese que igualmente es eje definitorio de nuestro régimen constitucional la inviolabilidad parlamentaria, frente a la cual ha dicho la Corte Constitucional (SU047/99): "*La inviolabilidad de los congresistas es absoluta. Sin embargo, esto no significa que en una democracia constitucional no exista ninguna responsabilidad de los congresistas por sus votos y opiniones en el ejercicio de sus funciones. Así, la mayor parte de las constituciones, y específicamente el artículo 185 de la nuestra, establecen que los parlamentarios están sometidos a las normas disciplinarias de las cámaras, las cuales, con el fin de mantener un orden en el debate, pueden controlar y sancionar internamente ciertos abusos de la libertad de expresión. De otro lado, y más importante aún, el control esencial sobre los congresistas lo ejercen la propia ciudadanía y la opinión pública, cuyos cuestionamientos*

[10] Sentencia del 10/09/15 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Radicación 11001103260002014000054-00 (21025).
[11] Sentencia del 24/07/13 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación 05001233100019980083 3-01 (25642).

[12] Concepto del 20/05/10 del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 11001030600020100003 4-00(1992).

[13] Sentencia del 01/04/06 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación 66001233100019920191901 (14576).

pueden traducirse en la imposición de formas de responsabilidad política sobre los senadores y representantes."

(Subrayas fuera de texto)

Sin embargo, en tanto puede ser debatida la legalidad del acto de elección (aún por el cargo de desviación de poder), el constituyente estableció la acción de nulidad electoral, consagrada en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo que dispone lo siguiente:

> Artículo 139. Nulidad Electoral. Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.[14]

Igualmente, el artículo 149 del CPACA establece que el Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia de la nulidad de los actos de elección expedidos por el Congreso de la República, sus Cámaras y sus Comisiones, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Junta Directiva o Consejo Directivo de los entes autónomos del orden nacional y las Comisiones de Regulación.[15] A su vez, la Corte Constitucional ha dicho en su jurisprudencia que es "*una acción pública especial de legalidad y de impugnación de un acto administrativo de elección o de nombramiento, a la que puede acudir cualquier ciudadano dentro de los términos establecidos en la ley, con el fin de discutir ante la jurisdicción contenciosa administrativa la legalidad del acto de elección, la protección del sufragio y el respeto por la voluntad del elector*"[16], igualmente que el objeto de la acción de nulidad electoral es "*determinar a la mayor brevedad la legalidad y conformidad con la Constitución de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales (…).*[17] Se debe destacar igualmente el carácter público de esta acción porque en ejercicio de la misma cualquier persona puede en **representación del interés general** pedir que se declare la nulidad de los actos electorales *para esclarecer la forma en que se realizó una elección y si la misma observó los lineamientos fijados en la Constitución y la ley*.[18] Por último, para dicho control se

[14] Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. Artículo 139.
[15] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 149 numeral 4.
[16] Corte Constitucional, sentencia C-391 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis).
[17] Corte Constitucional, sentencia C- 437 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
[18] Corte Constitucional, sentencia C- 437 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

han establecido breves términos, tanto en lo que se refiere a la caducidad de la acción, de 20 a 30 días, como en cuanto al término para ser decidida, el cual tiene rango constitucional (artículo 264) que es de un año, sin perjuicio de los casos que se tramitan en procesos de única instancia, que deben ser fallados máximo en seis meses.

Conforme a todo lo anterior, es menester concluir que el debate planteado por el demandante no puede ser resuelto por vía de la acción de tutela, pues si alguna de las actuaciones señaladas como violatorias de principios definitorios de nuestro régimen constitucional y por esta vía de derechos y garantías fundamentales piede ser objeto del control judicial, existe una vía judicial expedita y eficaz para ejercerlo, como es la acción electoral.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SECCIÓN CUARTA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO. Negar el amparo de los derechos fundamentales solicitado mediante la presente acción, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO. Enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez cobre ejecutoria la presente decisión en armonía con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. Medidas preventivas por el aislamiento obligatorio:

Las comunicaciones y escritos deberán ser enviados únicamente al correo del juzgado jadmin42bta@notificacionesrj.gov.co . Se solicita encarecidamente escribir en el asunto: "**2020-219 TUTELA**", se recomienda enviar archivos doc, docx, o pdf livianos Max 500 k, - verificar que los PDF no tengan páginas en blanco y calidad para envío por correo.

Las partes deben enviar toda comunicación, escrito o prueba no sólo al Despacho, también a las demás partes mediante su correo electrónico.

La atención al público se presta de manera telefónica en el número 313 489 5346 (Horario: lunes a viernes de 8:00 am-1:00 pm y 2:00 pm-5:00 pm).

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO.
JUEZ

Firmado Por:

ANA ELSA AGUDELO AREVALO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 042 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
a595b1001efa4c60e86faf4b15deef16adfe5a44049feee7258db9107dd9e092
Documento generado en 23/09/2020 08:18:38 a.m.