



Rama Judicial del Poder Público  
Distrito Judicial de Santa Marta  
JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA  
Edificio Juan Andrés Benavides Macea  
Calle 23 No. 5-63 Piso 3 Oficina 302 Bloque I  
Teléfonos: 4210153 Fax: 4210619

Santa Marta, Quince (15) de Mayo de Dos Mil Diecisiete (2017)

### **OBJETO A DECIDIR**

Procede el Despacho a decidir lo que en derecho corresponda, dentro de la Impugnación propuesta por EDILSON MIGUEL PALACIO CASTAÑEDA, en calidad de integrante de la lista de elegibles al cargo de Contralor Distrital de Santa Marta, MILTON ISAAC PIÑA ARRIETA, en calidad de Concejal del Distrito de Santa Marta y la Procuraduría General de la Nación, representada por GLORIA MARIÑO QUIÑONEZ, Procuradora 162 Judicial II Penal de Santa Marta, contra el Fallo proferido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento y Depuración, de fecha diecisiete (17) de Marzo de Dos Mil Diecisiete (2017)

### **ANTECEDENTES**

En síntesis manifestaron los accionantes, que como es de conocimiento público la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Santa Marta profirió la Resolución N° 098 de Noviembre 23 de 2015, "Por medio de la cual se fijan las reglas generales, los criterios de selección y evaluación y el cronograma de la convocatoria pública para la elección del cargo de Contralor Distrital de Santa Marta – Magdalena para el período 2016-2020, que se puede observar que la Mesa Directiva apertura la prementada convocatoria pública de quien fiscalizará los recursos públicos del Distrito de Santa Marta, para un periodo absolutamente diferente el establecido constitucional y legalmente para los contralores, llámese Departamental y Distrital, como son 4 años, a contrario sensu, la Mesa Directiva representada por NELLYS MARIA CADENA ROJAS, desechó las normativas y estipuló un período por cinco (5) años para desempeñar ese cargo, extralimitándose en sus funciones.

Aseveran que del análisis de la citada Resolución se colige diáfano, que la misma fue cimentada o apoyada en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de fecha diez (10) de noviembre de 2015, que señaló que para la elección de contralores se debía aplicar por analogía la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario 2485 de 2015, normas reguladoras del procedimiento del concurso de méritos para la elección de personeros, lo que significa que se debió someter la elección de contralores territoriales, bajo el marco y en estricto sentido de las normas transcritas.

Radicación N° 07-2016-00136-01

Así mismo señalaron los actores, que se observa una conducta irregular de los accionados, por cuanto en el cronograma de actividades ligados a la elección de Contralor Distrital, se denota que estas se apartan o contrarían el espíritu y contenido de la Ley y el Decreto Reglamentario antes citado y por ende del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y peor aún de lo dispuesto en el Acto Legislativo 02 de 2015, para tales efectos, que contravinieron las garantías de publicidad, transparencia, participación ciudadana, y criterios de mérito que son parte del acceso a la función pública, lo que implica que los accionados solo aplicaron analógicamente de manera parcial la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario 2485 de 2015, desnaturalizando el proceso meritocrático consagrado en estas normas, aseveraron que prueba de ello, es que mientras las disposiciones legales preceptúan que el Contralor debe ser elegido de una terna, la Mesa Directiva conformó una lista de elegibles con cuatro personas, contrariando lo estipulado por ellos mismos en el Cronograma de la convocatoria pública, que fijaba la integración de una lista de elegibles con tres aspirantes y no con cuatro, como lo hicieron los miembros de esa Mesa Directiva, tal como se desprende de la Resolución 010 de Enero 7 de 2016.

Manifestaron igualmente los extremos activos, que la Mesa Directiva no debió adoptar mediante una resolución lo relacionado con el proceso de elección de Contralor Distrital, por el contrario, estaba compelida a hacerlo por medio de un Acuerdo, tal como lo consagra su Reglamento Interno y las normativas concordantes; lo que quiere decir que ese proceso eleccionario, no tiene validez jurídica alguna. Así mismo los miembros de la Mesa Directiva no determinaron en la Resolución 098 de Noviembre 23 de 2015, la procedencia de los recursos contra ese acto administrativo, quebrantando lo dispuesto en el Reglamento de esa Corporación, en lo concerniente a la admisión de recursos contra esas decisiones, que en Plenaria ante el Presidente del Concejo admiten el recurso de Reposición y si son negadas, son apelables ante la Plenaria de la Corporación.

Finalmente solicitaron los accionantes, que en aras de proteger sus derechos constitucionales fundamentales amenazados y/o vulnerados, tutelar como mecanismo transitorio y evitar un perjuicio irremediable, los derechos a la Igualdad, Trabajo, Debido Proceso Administrativo, Acceso al Desempeño de Funciones y Cargos Públicos, Buena Fe, Confianza Legítima, Merito y Principio de Seguridad Jurídica consagrados en la Carta Magna, como consecuencia de lo anterior, se ordene al actual Presidente de la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Santa Marta, o quien haga sus veces, para que dentro del término de 24 horas siguientes a la comunicación del fallo de tutela, deje sin efectos jurídicos todo lo actuado en la convocatoria pública reglamentada mediante la Resolución 098 del 23 de Noviembre de 2015.

#### **ACTUACIONES PROCESALES EN PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Séptimo Penal Municipal de Santa Marta con Funciones de Conocimiento y Depuración, avocó en primera instancia la presente Acción de Tutela; mediante auto de fecha 3 de Marzo de 2017 admitió la solicitud de amparo constitucional y en consecuencia, ordenó la acumulación de las Acciones de Tutela N° 47-001-40-04-007-2017-00136-00 promovida por FREDY ALBERTO GONZALEZ

Radicación N° 07-2016-00136-01

RODRIGUEZ y la N° 47-001-40-04-007-2017-00137-00 presentada por LESLIE ANDREA HERRERA AVILA, debido a que se pudo corroborar que tienen los mismos fundamentos fácticos y pretensiones, por lo que ese Despacho procedió a tramitarlas y fallarlas en la misma providencia.

De igual manera, corrió traslado a la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Santa Marta, para que en un término de (48) horas al recibo de la notificación, respondieran o controvirtieran de manera detallada los hechos que motivaron la petición de amparo.

Así mismo dispuso vincular al trámite, a la Corporación Universitaria de la Costa, para que de igual manera en un término de (48) horas al recibo de la notificación, respondieran o controvirtieran de manera detallada los hechos que motivaron la misma solicitud.

Finalmente, con relación a la solicitud Medida Provisional, fue negada en el auto de fecha 3 de marzo de 2017 que admitió la Acción de Tutela; no obstante a lo anterior, por auto de marzo 10 de la misma anualidad el A-quo concede Medida Provisional Urgente y ordena suspender la elección de Contralor Distrital de Santa Marta, es decir, ordenó a la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Santa Marta abstenerse de realizar la elección del nuevo Contralor Distrital, como mecanismo transitorio.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento y Depuración, mediante fallo de fecha 17 de Marzo de 2017 tuteló los Derechos Fundamentales al DEBIDO PROCESO, DEFENSA, CONTRADICCIÓN, PUBLICIDAD, PETICIÓN Y CONFIANZA LEGITIMA de FREDY ALBERTO GONZALEZ RODRIGUEZ y LESLIE ANDREA HERRERA AVILA, en representación de los válidos y legítimos intereses de la comunidad del Distrito de Santa Marta, frente a las actuaciones de la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Santa Marta y la Corporación Universitaria de la Costa, así como también los efectos Intercomunis, deberán cobijar no solo a los coadyuvantes MIGUEL ALBERTO TEJEDA MEZA, ALFREDO JOSE MOISES ROPAIN, IGNACIO DEL CRISTO ADECHINY ALTAMAR y ANA MARIA MEDINA ROMERO, sino también a todos los participantes de la citada convocatoria.

### **IMPUGNACIÓN DE LOS ACCIONADOS y/o VINCULADOS**

Al no compartirse los argumentos del Juez Constitucional de Primera Instancia, se allegaron ante el A-quo tres escritos de impugnación:

1. EDILSON MIGUEL PALACIO CASTAÑEDA, actuando en calidad de Integrante de la lista de elegibles al cargo de Contralor Distrital de Santa Marta, sustenta sus alegatos bajo el fundamento que el A-quo formuló indebidamente la pregunta del problema jurídico que debía resolverse en este caso, toda vez que según él desde el principio de su formulación la misma sufre de graves problemas fácticos y jurídicos, sobre todo, porque no atiende todas las particularidades del escenario constitucional que fueron puestas a consideración del Despacho.

Manifiesta el impugnante, que en ese orden de ideas la pregunta que debe ser resuelta, ha de tener en cuenta, 1.) Que el acto administrativo mediante el cual se declaró la elección de WILFRIDO GUTIERREZ OSPINO (contenido en el Acta N° 007 del 10 de Enero de 2016) fue declarado nulo por el H. Consejo de Estado mediante Sentencia del 7 de Diciembre de 2016; 2.) Que en la misma providencia se dispuso con absoluta claridad la forma en que debe ser elegido el Contralor Distrital, pues ordenó que "(...) la declaratoria de nulidad implica que el Concejo de Santa Marta deberá elegir a un nuevo Contralor de la "lista de elegibles" contenida en la Resolución N° 10 DEL 7 DE Enero de 2016"; y 3.) En sede de tutela con una decisión favorable a las pretensiones de la demanda, se terminaría afectando el estricto cumplimiento de la mencionada orden del H. Consejo de Estado.

Por consiguiente señala PALACIO CASTAÑEDA, que la pregunta constitucional que debió resolver el Juzgado de primera instancia y que por el contrario omitió formular de forma precisa, debió ser del siguiente tenor: *¿El proceso de selección para la elección del Contralor Distrital de Santa Marta, llevada a cabo por el respectivo Concejo Distrital, finalizado a través del Acta N° 007 del 10 de Enero de 2016 que eligió al WILFRIDO GUTIERREZ OSPINO como Contralor, vulneró los Derechos Fundamentales a la Igualdad, Debido Proceso, Acceso al Desempeño de Funciones y Cargos Públicos, Buena Fe, Confianza Legítima, al Mérito y Legalidad, de quienes, en Febrero de 2017, interpusieron la Acción de Tutela y quienes la coadyuvaron, en contra del referido proceso de selección, teniendo en cuenta que el H. Consejo de Estado, a través de Sentencia del 7 de Diciembre de 2016, declaró nulo tal acto electoral, y estableció directamente el modo en que debe efectuarse aquella elección al disponer que "(...) la declaratoria de nulidad implica que el Concejo de Santa Marta deberá elegir a un nuevo Contralor de la "lista de elegibles" contenida en la Resolución N° 10 DEL 7 de Enero de 2016"?*

Finalmente sostiene, que frente a esa pregunta: 1.) el proceso de selección no vulneró Derecho Fundamental; 2.) sí los accionantes se sintieron vulnerados en su derechos, tuvieron el tiempo necesario para interponer la acción legal correspondiente, a saber, el medio de control de nulidad electoral, luego no se cumplió con el requisito de la inmediatez exigido por la Constitución; 3.) Que en la actualidad, para los accionantes, el medio de control de nulidad contra el acto electoral ha caducado; 4.) Que la Sentencia de Tutela abordó la presunta inconstitucionalidad (e ilegalidad) de los actos administrativos preparatorios dentro del proceso de selección del Contralor Distrital de Santa Marta, uno de los cuales es de carácter abstracto e impersonal, situación prohibida expresamente para la Juez de Tutela; 5.) Que la Sentencia de Tutela desconoce que los actos preparatorios de trámite no pueden ser demandados independientemente del acto administrativo definitivo; 6.) Que el fallo de Tutela ordena directamente el incumplimiento de la Sentencia del 7 de Diciembre de 2016, proferida por el H. Consejo de Estado, que declaró la nulidad del acto administrativo definitivo dentro del proceso de Contralor Distrital de Santa Marta; 7.) Que en ese sentido, el fallo de Tutela revoca una decisión del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y termina vulnerado así su derecho fundamental a ser elegido, dado que hace parte de la lista de elegibles para ser Contralor Distrital.

2. MILTON ISAAC PIÑA ARRIETA, vinculado como Concejal de Santa Marta impugna la decisión bajo los siguientes fundamentos: a). No se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y

de derecho, en el examen y consideración de su petición; b.) Se niega a cumplir el mandato legal de garantizar al agraviado el pleno goce de derecho, como lo establece la ley; c.) Se funda en consideraciones inexactas cuando no totalmente erróneas; d.) Incurre el fallador en error esencial de derecho, especialmente respecto del ejercicio de la acción de tutela, que resulta insignificante a las pretensiones como actora, por errónea interpretación de sus principios.

Igualmente señala el concejal, que presume con contrariedad, que la Juez no examinó los múltiples argumentos expuestos acerca de la abierta improcedencia del amparo rogado por personas ajenas al concurso público, que no fueron partícipes del proceso o que nunca formaron parte de la lista de elegibles. Continúa señalando que lo más grave, es que atenta contra la seguridad jurídica, desconoce la firmeza de una sentencia judicial proferida por el Honorable Consejo de Estado, "Tribunal de cierre en lo administrativo" el pasado 7 de Diciembre de 2016.

De igual modo señala el impugnante, que además de todo lo anterior, debe mencionar que se actuó sin competencia que deviene de lo establecido en el artículo 2.2.3.1.3.1, del Decreto 1834 de 2015 que expresa: "*Artículo 2.2.3.1.3.1. Reparto de Acciones de Tutela masivas. Las acciones de Tutela que persigan la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por una sola y misma acción u omisión de una autoridad pública o de un particular se asignarán, todas, al despacho judicial que, según las reglas de competencia, hubiese avocado en primer lugar el conocimiento de la primera de ellas.*

*A dicho despacho se remitirán las tutelas de iguales características que con posterioridad se presenten, incluso después del fallo de instancia...*"

Finalmente concluye PIÑA ARRIETA sus alegatos de impugnación, manifestando que la Juez Constitucional no puede alterar la Seguridad Jurídica principio fundamental del Estado de Derecho, reviviendo términos para declarar la Nulidad de un Acto Administrativo del año 2015; que debió ser demandado por Nulidad dentro de los términos legales, que además fue un acto de trámite.

3. LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN representada por la Doctora GLORIA MARIÑO QUIÑONEZ, en su calidad de Procuradora 162 Judicial II Penal de Santa Marta, de conformidad con la Comisión 00364 del 15 de marzo de 2017, suscrita por la Procuradora Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales y con fundamento en el artículo 38 del Decreto 262 de 2000 en virtud del cual los Procuradores Judiciales están facultados para intervenir en el trámite especial de tutela "*cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, de las garantías fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente de conformidad con lo previsto en el numeral 7 artículo 277 de la Constitución Política*"; interpone y sustenta Impugnación con fundamento en las siguientes consideraciones: 1.) Falta de Legitimación en la causa por activa, 2.) Falta de subsidiariedad de la Acción de Tutela por existir otros mecanismos como el proceso de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, 3.) Error al predicar la excepción al principio de la Inmediatez.

Por último y en caso que no se atiendan los argumentos expuestos, solicita la Agente del Ministerio Público que se tenga en cuenta que las actuaciones de la Administración Pública son regladas y deben someterse a unos parámetros previamente definidos en la Ley y en consecuencia, el término que estipula el A-quo

en su fallo para que el Concejo Distrital proceda a realizar un nuevo concurso, es difícil de cumplir en razón a que se debe contar con el registro presupuestal, la disponibilidad presupuestal, hacer modificaciones al presupuesto como quiera que el rubro destinado para tal fin debió agotarse con el anterior concurso o en la vigencia correspondiente, el cual ya debió ser ejecutado y liquidado y por ello, debe proceder a celebrar un nuevo contrato con la entidad encargada de realizar un nuevo concurso y demás etapas pre y contractuales, que implica una acción de esta naturaleza.

### **ACTUACIONES EN SEDE DE IMPUGNACIÓN.**

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, recibe la Acción de Tutela el día 5 de abril de 2017 a las 5:35 p.m, pasa a Secretaría el día 6 del mismo mes.

Es menester señalar que los días 6, 7 y 17 del mes de abril de 2017, el titular de este Despacho se encontraba de permiso. Así mismo se deja constancia que del 10 al 14 de abril de la misma anualidad, no corrieron los términos procesales debido a la vacancia judicial de Semana Santa.

En consecuencia, por auto de fecha 18 de Abril de 2017 se avocó el conocimiento en sede de Impugnación de la presente Acción de Tutela y pasó al Despacho para proveer.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURIDICO**

En atención a lo expuesto, le corresponde a este Despacho Judicial determinar si la decisión del A-quo de tutelar los Derechos Fundamentales a la Igualdad, Debido Proceso, Acceso al Desempeño de Funciones y Cargos Públicos, Buena Fe, Confianza Legítima, Al Mérito, al Principio de la Seguridad Jurídica y Legalidad de FREDY ALBERTO GONZALEZ RODRIGUEZ y LESLIE ANDREA HERRERA AVILA fue correcta o si por el contrario; **1.** ¿Es la Tutela el mecanismo idóneo y eficaz para dirimir el conflicto y evitar la vulneración de los Derechos Fundamentales de los accionantes?; **2.** ¿Se viola el principio de Inmediatez al tomarlo como un elemento esencial o característica principal de la Tutela y no como un requisito de procedibilidad, el cual condiciona la presentación del amparo a un tiempo razonable desde la ocurrencia de la supuesta vulneración de los derechos fundamentales? y; **3.** ¿Estaban legitimados los accionantes para interponer la Acción de Tutela?.

#### **ARGUMENTOS DEL DESPACHO**

La Acción de Tutela es un mecanismo judicial por medio del cual, cualquier persona puede solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, en los términos que señala la ley.

La finalidad de la Acción de Tutela radica en garantizar, la protección inmediata de los derechos fundamentales de quien solicita el amparo constitucional. De este modo, cuando las supuestas fácticos que dieron origen a la acción de tutela cesaron, desaparecieron o se superaron por cualquier causa, la acción de amparo pierde su razón de ser al no existir un objeto jurídico sobre el cual proveer, de tal forma que cualquier orden que emita el juez de tutela en estos casos resultaría vacua e ineficaz.<sup>1</sup>

Es reiterado el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional acerca que, la Acción de Tutela es un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica de sus derechos constitucionales fundamentales cuando de acuerdo a las circunstancias de cada caso y a falta de otro medio de orden legal que permita el amparo de tales derechos, estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como característica fundamental la de ser mecanismo inmediato y efectivo para la debida protección del derecho constitucional violado, y la de ser subsidiaria, pues, su implementación sólo resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de un perjuicio irremediable.

Este mecanismo de protección, está consagrado en el artículo 86 de la Carta Superior de la siguiente manera:

*“Artículo 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.”*

Así mismo, de conformidad al artículo 2º en armonía con el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, ordenamiento jurídico que reglamentó el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, precisamos que la Acción de Tutela procede contra toda acción u omisión de la autoridad pública, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos constitucionales fundamentales. De igual manera, refiriéndose a las causales de improcedencia de la Acción de Tutela, contempla el artículo 6º de la norma en cita, que no procede la acción de tutela, entre otras causas, cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales,

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-578A del 2011.  
Radicación N° 07-2016-00136-01

salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De las normas citadas se colige que, la Acción de Tutela es un instrumento subsidiario, su procedencia está supeditada a la ausencia absoluta de otro mecanismo judicial que logre garantizar la protección de los derechos invocados. Sin embargo, esta regla encuentra su excepción cuando se utiliza como Mecanismo Transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el que procederá de preferencia. Lo anterior, con el fin de evitar que este mecanismo, que es excepcional, se convierta en principal.

## **DEL CASO CONCRETO**

I. Expuestos los anteriores preceptos jurisprudenciales y abordando lo que nos corresponde como Juez Constitucional de Segunda Instancia, debemos señalar inicialmente que en sendos escritos que por reparto se arrimaron al Juzgado Séptimo Penal Municipal de Conocimiento, FREDY ALBERTO GONZALEZ RODRIGUEZ y LESLIE ANDREA HERRERA AVILA consideraron vulnerados sus Derechos Fundamentales a la Igualdad, Debido Proceso, Acceso al Desempeño de Funciones y Cargos Públicos, Buena Fe, Confianza Legítima, Al Mérito y al Principio de la Seguridad Jurídica y Legalidad, en atención a la actuación realizada por la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Santa Marta mediante la Resolución 098 del 23 de noviembre de 2015; presunta vulneración que encontró asidero en la decisión proferida por el A-quo, que determinó procedente amparar los Derechos incoados.

Ahora bien, como consecuencia de la decisión proferida en primera instancia por el Juzgado Séptimo Penal Municipal, EDILSON MIGUEL PALACIO CASTAÑEDA, La Procuraduría General de la Nación representada por GLORIA MARIÑO QUIÑONEZ y el Concejal MILTON ISAAC PIÑA ARRIETA manifiestan su inconformidad e Impugnan la Sentencia de primera Instancia, que sustentaron con fundamento en Falta de Legitimación en la Causa por Activa, Subsidiariedad de la Acción de Tutela y Violación al Principio de Inmediatez como requisito de procedibilidad para la prosperidad de la Acción de Tutela, entre otros.

Dicho lo anterior, empezaremos por precisar el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, con el propósito de poder contrastarlo con los interrogantes planteados inicialmente; a saber: 1. ¿Es la Tutela el mecanismo idóneo y eficaz para dirimir el conflicto y evitar la vulneración de los Derechos Fundamentales de los accionantes?; 2. ¿Se viola el principio de Inmediatez al tomarlo como un elemento esencial o característica principal de la Tutela y no como un requisito de procedibilidad, el cual condiciona la presentación del amparo a un tiempo razonable desde la ocurrencia de la supuesta vulneración de los derechos fundamentales? y; 3. ¿Estaban legitimados los accionantes para interponer la Acción de Tutela?. Realiza en alzada el despacho estas precisiones, porque en el caso concreto de la presente acción de tutela, debió el A-quo efectuar el análisis preliminar de las circunstancias fácticas y jurídicas argumentadas, para establecer si se cumplían o no los requisitos de Procedibilidad, condición Sine-quantum para La prosperidad de la solicitud de amparo.

1. En cuanto al primer interrogante planteado, dispone el artículo 86 de la Constitución Política lo siguiente:

*“Artículo 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.”*

Del texto de la norma constitucional antes transcrita, cabe extraer el Inciso Tercero, que nos señala: *“... 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...”*.

Al respecto debemos afirmar con total certeza, que el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional se ha mantenido de manera reiterada y pacífica, en torno a que al espíritu del artículo 86 de la Carta Superior nos indica, que la Acción de Tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que solo puede acudir quien sienta que han sido amenazados o vulnerados sus derechos, cuando no exista otro medio idóneo de defensa de tales derechos o existiendo, se acuda a ella como mecanismo transitorio, por tratarse de un medio de protección de carácter residual y subsidiario. En términos concretos, solo se puede acudir como la última Ratio; pues cuando existan otros mecanismos jurídicos eficaces o cuando se encuentre expedita la jurisdicción ordinaria que corresponde, no puede el interesado pretender la protección por esta vía constitucional.

Al espíritu del artículo 86 de la Constitución y del precedente Jurisprudencial, la Subsidiariedad significa que el accionante antes de acudir a la vía constitucional extraordinaria, está obligado a agotar previamente los medios de defensa ordinarios dispuestos por el ordenamiento para tal efecto, pues “so pretexto” de la protección no puede el Juez soslayar la existencia de los mecanismos jurídicos establecidos en la regulación común.

Es incuestionable que los accionantes debieron acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el término legal oportuno, pues la pretensión en efecto se había encaminado a enervar los efectos de la Convocatoria y el Concurso de méritos para elegir al Contralor Distrital de Santa Marta, contenidos en la Resolución No. 098 de Noviembre 23 de 2015 emanada de la Mesa

Directiva del Concejo Distrital de Santa Marta. Ello en atención a que no podía desconocer el A-quo, los efectos jurídicos emanados de dicha Resolución para la elección de Contralor Distrital de WILFRIDO ENRIQUE GUTIERREZ OSPINO, que fue declarada NULA por sentencia proferida el siete (7) de diciembre de 2016, por la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, es decir que para el efecto se acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como así correspondía; por lo que frente a tal circunstancia, no existía fundamento jurídico alguno que fuera válido, para tramitar las pretensiones de los accionantes por ésta vía constitucional, cuando frente a las mismas circunstancias de hecho y de derecho, había un pronunciamiento del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la jurisdicción ordinaria competente.

2. Sobre el segundo interrogante, procedemos a efectuar la cita del precedente Jurisprudencial, con la finalidad de establecer que el A-quo omitió hacer el examen preliminar correspondiente.

### **PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA- Sentencia T-246/15:**

Debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno

*La inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. La satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.*

**ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-** El Juez de tutela debe realizar valoración de los hechos que configuran el caso concreto, cuando la acción no se presenta en un término prudencial y razonable

*La acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.*

### **PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Aplicación/ACCION DE TUTELA- Inmediatez Sentencia SU-339/11**

*En cuanto al requisito de la inmediatez, si bien el Decreto 2591 de 1991 señala que el mecanismo constitucional puede ser interpuesto en cualquier tiempo, teniendo en cuenta que esta acción pretende dar protección inmediata ante la vulneración o amenaza de los derechos, la jurisprudencia ha precisado que debe ser interpuesta en un tiempo razonable, contado desde que acaecieron los hechos causantes de la trasgresión o desde que la persona sienta amenazados sus derechos. Sobre este extremo se ha defendido que "la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está*

determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado."

**ACCION DE TUTELA-** Su interposición dentro de un término razonable puede ceder cuando el juez constitucional encuentre una justa causa por la inactividad del demandante/ **ACCION DE TUTELA-** Eventos en que resulta admisible la dilación en su interposición

*"Si bien la procedibilidad de la acción de tutela exige su interposición dentro de un término razonable y oportuno, requisito que supone una actitud positiva del interesado, de manera que promueva el mecanismo de amparo constitucional de forma consecutiva o próxima al suceso que se controvierte, tal exigencia puede ceder en aras de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales, cuando el juez constitucional, previo el análisis del caso concreto, encuentre la configuración de una justa causa que justifique la inactividad del demandante. Así, se han reconocido ciertos eventos en que resulta admisible la dilación en la interposición de la acción de tutela, por ejemplo: (i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación del recurso de amparo, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual y (ii) cuando la especial situación del sujeto afectado convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros. Adicionalmente, la jurisprudencia ha señalado que otra causal de justificación válida que explica la tardanza en la interposición de la acción, es la ocurrencia de un hecho nuevo, y éste, ha sido entendido, como una circunstancia fáctica que es jurídicamente relevante, ocurrida entre el momento en que ocurrieron los hechos causantes del daño o de la amenaza de los derechos fundamentales y la interposición de la acción de tutela."*

Está claro que la Corte Constitucional ha resaltado que "de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse en todo momento porque no tiene término de caducidad. Sin embargo, la jurisprudencia ha exigido una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales. Lo anterior ocurre porque se trata de un mecanismo judicial que tiene como finalidad conjurar situaciones urgentes, que requieren de la actuación rápida de los jueces. Por ende, cuando la acción se presenta mucho tiempo después de la acción u omisión que se alega como violatoria de derechos, se desvirtúa su carácter apremiante"

Entonces sin que resulten necesarias profundas elucubraciones, basta simplemente establecer de manera concreta y precisa, que no se cumplen en las pretensiones de los accionantes los requisitos de Procedibilidad. En efecto, ni FREDY ALBERTO GONZALEZ RODRIGUEZ, ni LESLIE ANDREA HERRERA AVILA probaron haber estado en circunstancia de indefensión, abandono, incapacidad física o en inhabilidad alguna para justificar la posibilidad que en favor de ellos pudiera predicarse como un motivo válido de la Inactividad por el Transcurso del Tiempo, sin haber acudido a la solicitud de protección constitucional; de igual manera tampoco demostraron que esa Inactividad haya vulnerado el núcleo esencial de sus derechos como terceros, pues por sustracción de materia al no existir una circunstancia antecedente o sobreviniente sobre la cual se fundara la posibilidad de reconocer esa Inactividad, no resulta posible tampoco que se considere transgredido este segundo requisito de procedibilidad; de igual manera tampoco existe un Nexo Causal entre el ejercicio inoportuno o tardío para interponer la Acción de Tutela y la vulneración de los derechos alegados por los accionantes, pues nunca estuvieron legitimados para interponerla ya que no hicieron parte de la convocatoria inicial al concurso, que dio lugar a la selección y escogencia de aspirantes al cargo de Contralor Distrital. Finalmente y por las anteriores razones, Radicación N° 07-2016-00136-01

tampoco resulta posible predicar que la vulneración a pesar del tiempo transcurrido perpetúa el irrespeto de los derechos de los accionantes, pues tales derechos nunca nacieron en favor de los mismos, por cuanto que como ya se precisó no participaron en la convocatoria pública abierta por el Concejo Distrital de Santa Marta para escoger al Contralor Distrital, por lo tanto no estaban legitimados para pretender el amparo de unos derechos que nunca nacieron en su favor, ni podían agenciar.

3. Estaban legitimados los accionantes FREDY ALBERTO GONZALEZ RODRIGUEZ y LESLYE ANDREA HERRERA AVILA para interponer la Acción de Tutela.

Efectivamente y sin el más leve temor a equivocarnos, hay que señalar que los accionantes no estaban legitimados para presentar la Acción de Tutela y menos aún para pretender la protección de los derechos fundamentales invocados, ya que frente a ellos existía **Falta de Legitimación en la Causa por Activa**, no había ninguna posibilidad que se ordenara a través de la vía constitucional al Concejo Distrital de Santa Marta; como así lo hizo el A-quo en la sentencia de 9 de marzo de 2017, dejar sin efecto la actuación relativa a la convocatoria contenida en la Resolución N° 098 de 2015 respecto del concurso para proveer el cargo de contralor Distrital y; menos aun ordenar un nuevo concurso cuando ya ello había sido objeto de debate y decisión por parte del Consejo de Estado en Sentencia de fecha 7 de diciembre de 2016, puesto que no existe prueba alguna aportada por los accionantes de haber participado como aspirantes a dicha convocatoria o que se hubiesen hecho parte como coadyuvantes de la inicial demanda de Nulidad presentada por BELQUIN CRESPO OLIVEROS e IBETH CASTAÑO DUARTE contra la elección del Contralor Distrital WILFRIDO ENRIQUE GUTIERREZ OSPINO, o que en su defecto hubiesen realizado alguna reclamación por la vía administrativa al respecto de dicha Resolución, no hay un vínculo o nexo causal entre los accionantes y el proceso de convocatoria para el concurso de méritos, que permita si quiera prever la posibilidad que con dicha convocatoria y posterior elección se afectaron los derechos fundamentales de quienes hoy los agencian, pues ni a título personal ni como agentes oficiosos podían hacerlo.

A tono con estas precisiones, ya desde los albores del trámite inicial de esta acción constitucional en primera instancia, la representante del Ministerio Público, Doctora Gloria Mariño Quiñonez, actuando como Agente Especial de la Procuradora Delegada para el Ministerio Público en asuntos penales, con todo tino en un escrito presentado el 16 de marzo de 2017 (folios 447 a 451 del C.O.) señaló “... De acuerdo con el anterior precedente aplicable al presente asunto, amen que no están legitimados por activa para presentar acción de tutela por razón de la convocatoria para la elección del Contralor Distrital de esta ciudad, tal como se argumentó en acápite anterior; resulta claro que no hay razones fácticas ni jurídicas para dar por demostrado el principio de procedibilidad de la presente acción de tutela puesto que solo un año y dos meses después alegan una supuesta vulneración de los derechos fundamentales cuando lo procedente era alegarlo una vez finiquitado el proceso de selección y culminación de cada una de las etapas de la convocatoria, en consecuencia, tampoco sería procedente el amparo alegado por los accionantes por no cumplir con el principio de la inmediatez.”

Téngase en cuenta que las acciones de tutelas presentadas por la presunta vulneración de los derechos fundamentales en razón de dicha convocatoria, se han presentado luego que el Consejo de Estado declarara nulidad de la primera elección de Contralor Distrital en sentencia del 7 de diciembre de 2016 y ordenara realizar una nueva elección, pues antes de esa fecha, no se alegó ninguna circunstancia vulneradora de derechos, al menos dentro del expediente de tutela no se evidenció esa circunstancia.

Y por último, en criterio de esta delegada no se estructura el perjuicio irremediable que alegan para la procedencia del amparo tutelar y de la medida cautelar decretada por el despacho judicial, puesto que tal como se ha advertido, los accionantes no están legitimados por activa para presentar esta clase de acción constitucional y por ende no es viable dar por sentado el perjuicio irremediable que alegan, como quiera que la Corte Constitucional ha señalado las características de este menoscabo así:

“En relación con este perjuicio, ha señalado la jurisprudencia constitucional que éste debe ser inminente, grave, urgente e impostergable, esto es, que el riesgo o amenaza de daño o perjuicio debe caracterizarse por tratarse de “...una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) [porque]... el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran

urgentes, y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad" (Subrayas fuera del texto) En razón de lo expuesto se considera que la acción de tutela impetrada contra la convocatoria pública para la elección del Contralor Distrital de esta ciudad debe declararse improcedente pues no supera los presupuestos de legitimación por activa y en forma subsidiaria, el principio de inmediatez...".

II. Así las cosas, este despacho Declara la Improcedencia de la presente Acción de Tutela al cobijo de los argumentos constitucionales reseñados. En consecuencia, se revoca en su integridad el contenido de la Sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento y Depuración el 17 de Marzo de 2017, decisión que fuera revisada en alzada por vía de Impugnación.

Para el cumplimiento de los efectos de ésta decisión proferida en Segunda Instancia, se comunicará el contenido de la misma a la Juez Séptimo Penal Municipal con funciones de Conocimiento y Depuración de Santa Marta, a los accionantes FREDY ALBERTO GONZALEZ RODRIGUEZ y LESLIE ANDREA HERRERA AVILA, a los intervinientes MILTON ISAAC PIÑA ARRIETA y EDILSON MIGUEL PALACIO CASTAÑEDA, a la Agente especial de la Procuraduría General de la Nación GLORIA MARIÑO QUIÑONEZ y al CONCEJO DISTRITAL DE SANTA MARTA, en torno a lo que a cada uno de ellos corresponde como sujetos procesales.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO** de Santa Marta Administrando Justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO.** Declarar **IMPROCEDENTE** la presente Acción de Tutela, al cobijo de los argumentos constitucionales reseñados. En consecuencia, se revoca en su integridad el contenido de la Sentencia de Tutela proferida en primera instancia por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento y Depuración el 17 de Marzo de 2017, en consideración a las razones de hecho y de derecho esbozados en la parte considerativa de esta providencia.

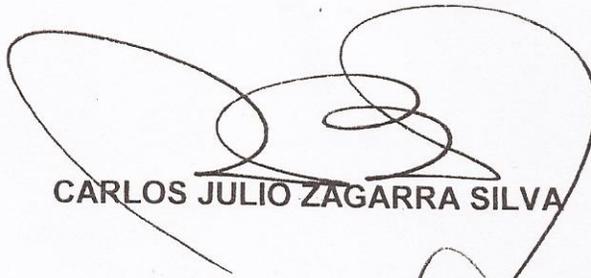
**SEGUNDO.** Para el cumplimiento de los efectos de ésta decisión, se comunicará el contenido de la misma a la Juez Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento y Depuración de Santa Marta, a los accionantes FREDY ALBERTO GONZALEZ RODRIGUEZ y LESLIE ANDREA HERRERA AVILA, a los Intervinientes MILTON ISAAC PIÑA ARRIETA y EDILSON MIGUEL PALACIO CASTAÑEDA a la Agente Especial de la Procuraduría General de la Nación GLORIA MARIÑO QUIÑONEZ y al CONCEJO DISTRITAL DE SANTA MARTA, en torno a lo que a cada uno de ellos corresponde como sujetos procesales.

**TERCERO.** Notifíquese el contenido de esta decisión a los sujetos procesales antes mencionados, por el medio más expedito.

**CUARTO.** Envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

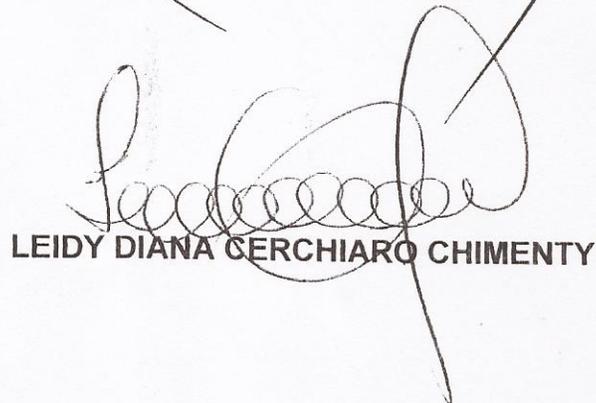
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EI JUEZ,



CARLOS JULIO ZAGARRA SILVA

SECRETARIA



LEIDY DIANA CERCHIARO CHIMENTY