

SEÑOR:
JUEZ CONSTITUCIONAL EN SEDE DE TUTELA (REPARTO).
San Gil – Santander
E.S.D.

REFERENCIA: Acción constitucional de Tutela con Solicitud de Medida Provisional para evitar perjuicio irremediable vulneración de Derecho al Debido Proceso, Acceso a Cargos y Funciones Públicas, Igualdad en Concurso de Méritos, Principio de Seguridad Jurídica y Buena Fe, en conexidad con los principios de mérito, prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, confianza legítima, objetividad y transparencia.

ACCIONANTE: ELIANA ROCIO CRUZ MONSALVE
ACCIONADO: CONCEJO MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE SAN JOAQUIN y UNIVERSIDAD DEL ATLANTICO

ELIANA ROCIO CRUZ MONSALVE, mayor de edad identificado con la Cédula de ciudadanía 1097970597 de Hato, Santander, actuando en nombre propio y con fundamento en el derecho otorgado por el artículo 86 de la Constitución Nacional, de forma muy respetuosa FORMULO LIBELO INCOATORIO DE **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA**, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y los Decretos Reglamentarios 2591 de 1991 y 1382 de 2.000, para que judicialmente se me conceda la protección de los derechos constitucionales fundamentales al **Debido Proceso, Acceso a Cargos y Funciones Públicas, Igualdad en Concurso de Méritos, Principio de Seguridad Jurídica y Buena Fe, en conexidad con los principios de mérito, prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, confianza legítima, objetividad y transparencia** que considero vulnerados por la CONCEJO MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE SAN JOAQUIN y UNIVERSIDAD DEL ATLANTICO, en el desarrollo del concurso público y abierto de méritos para la Elección del Personero Municipal de San Joaquín – Santander, para el periodo 2024-2028.

MEDIDA PROVISIONAL – CAUTELAR

De manera comedida y en virtud de lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, Conforme a los hechos que se narran en acápites posteriores y a la luz de las pruebas obrantes en el libelo, ante la gravedad y trascendencia del injusto que se comete por parte del accionado lo cual no solo genera un riesgo inminente a la violación al derecho al debido proceso de la accionante sino el riesgo que se configure un perjuicio irremediable en caso que se elija al Personero Municipal bajo las condiciones en que se ha adelantado el proceso y dado que las actuaciones irregulares están a punto de ser convalidadas mediante un acto de elección absolutamente viciado, me permito sustentar la petición de:

- **Se suspenda transitoriamente los efectos de la Resolución No. Resolución 025 de 13 de septiembre “ POR MEDIO DE LA CUAL SE REGLAMENTA LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA EL CONCURSO PÚBLICO DE MERITOS PARA LA ELECCIÓN DEL PERSONERO (A) MUNICIPAL DE SAN JOAQUIN SANTANDER PARA EL PERIODO CONSTITUCIONAL 2024 – 2028”**

Y **en consecuencia se suspenda** el proceso que cursa en el Concejo Municipal de San Joaquín, para la elección

de Personero Municipal, para el periodo legal 2024-2028.

PETICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR

La Corte Constitucional, ha dicho mediante Auto 259/21 que la procedencia de la adopción de medidas provisionales está supeditada al cumplimiento de los siguientes presupuestos: (i) Que la solicitud de protección constitucional contenida en la acción de tutela tenga vocación aparente de viabilidad por estar respaldada en fundamentos: (a) fácticos posibles y (b) jurídicos razonables, es decir, que exista la apariencia de un buen derecho (fumus boni iuris); (ii) Que exista un riesgo probable de que la protección del derecho invocado o la salvaguarda del interés público pueda verse afectado considerablemente por el tiempo transcurrido durante el trámite de revisión, esto es, que haya un peligro en la demora (periculum in mora) y (iii) Que la medida provisional no genere un daño desproporcionado a quien afecta directamente.

Igualmente, es de iterar que el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 determina que:

7-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.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado.

Es por ello que desde la presentación de esta acción de tutela ante su despacho solicito que como medida cautelar se:

Se suspenda transitoriamente los efectos de la Resolución No. Resolución 025 de 13 de septiembre " POR MEDIO DE LA CUAL SE REGLAMENTA LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA EL CONCURSO PÚBLICO DE MERITOS PARA LA ELECCIÓN DEL PERSONERO (A) MUNICIPAL DE SAN JOAQUIN SANTANDER PARA EL PERIODO CONSTITUCIONAL 2024 – 2028"

Corolario de las peticiones que anteceden recordemos lo dicho por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-243/14:

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que en el ámbito del derecho administrativo, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que, para controvertir la legalidad de ellos están previstas acciones idóneas en la jurisdicción contenciosa administrativa, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. No obstante, la Corte ha admitido que en los casos en que se acredite un perjuicio irremediable, la tutela se torna procedente y habilita al juez constitucional para suspender la aplicación del acto administrativo u ordenar que el mismo no se ejecute, mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Posteriormente en el año 2015 la misma Corte dijo en Sentencia T-030/15:

La regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria. En particular, la Sala insiste en que esta regla general conduce a que en los procedimientos administrativos, la tutela no procede contra actos expedidos por una autoridad administrativa, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.

HECHOS

PRIMERO: Atendiendo convocatoria efectuada por el Concejo Municipal de San Joaquín-Santander, mediante Resolución 025 del 13 de Septiembre de 2023, por medio de la cual se REGLAMENTA LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA EL CONCURSO PÚBLICO DE MERITOS PARA LA ELECCIÓN DEL PERSONERO (A) MUNICIPAL DE SAN JOAQUIN SANTANDER PARA EL PERIODO CONSTITUCIONAL 2024 – 2028, a través de la Universidad del Atlántico, habiendo reunido los requisitos legales establecidos, realice el proceso de inscripción.

SEGUNDO: El proceso de selección y elección del personero del Municipio de San Joaquín, realizado por el Concejo Municipal de San Joaquin, presenta falencias en el proceso de selección de la Universidad del Atlántico, como entidad encargada de realizar el concurso, irregularidades que afectaron de forma directa a los aspirante a ocupar el cargo de personero(a) municipal de San Joaquin, para el periodo legal 2024-2028, dado las siguientes situaciones:

1. PROPOSICIÓN 05 DE 2023 – CONCEJO MUNICIPAL DE SAN JOAQUIN

Mediante proposición 05 diada del 08 de marzo de 2023, el presidente de la corporación solicita a la plenaria del concejo, autorización a la mesa directiva para: i) realización del concurso de publico y abierto de méritos para la elección de la persona que ocupará el cargo de personero municipal para el periodo constitucional 2024-2028; ii) que mediante resolución administrativa y aviso de convocatoria se establezcan las reglas, el cronograma, etapas, parámetros, procedimientos y

condiciones que se deberán seguir y cumplir para la realización del concurso (...) orientado a garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de selección, y, iii) haga uso de los servicios que ofrecen las distintas entidades públicas y/o privadas, que demuestren idoneidad y experiencia, con el fin de obtener acompañamiento técnico y jurídico en la realización del concurso público y abierto de méritos y asesore a la mesa directiva en todo el trámite que se debe adelantar para el cumplimiento de la función asignada a la corporación.

En la publicación de los documentos del proceso en forma extemporánea en el Secop¹, no se encuentra el acto administrativo de autorización a la mesa directiva, por parte de la plenaria del Concejo Municipal de San Joaquín, para adelantar el proceso de escogencia de la persona a ocupar el cargo de personero municipal para el periodo 2024-2028, destacando el valor del acto administrativo de autorización, pues de la expedición del mismo, se configura el principio de legalidad y base del proceso de selección.

2. ESTUDIOS PREVIOS

De la lectura de los estudios previos² suscritos por el presidente del Concejo, Fredy Norberto Ramírez Díaz, se advierte:

1. La limitante a la libre concurrencia y participación, puesto que se excede en la potestad de exigencia de requisitos establecido por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, al establecer el título de abogado para la elección del personero para municipios categoría sexta, como lo es el Municipio de San Joaquín; exigencia dispuesta en el inciso tercero de la descripción de la necesidad, en donde menciona:

“Por regla general, para que una persona pueda aspirar a ser personero municipal, deberá ser abogado titulado, sin embargo, el inciso 3º del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, dispone que “(...) en los municipios de categorías especial, primera y segunda títulos de abogado y de postgrado. En los municipios de tercera, cuarta y quinta categorías, título de abogado. En las demás categorías podrán participar en el concurso egresados de facultades de derecho, sin embargo, en la calificación del concurso se dará prelación al título de abogado”. San Joaquín es un municipio de sexta categoría y, por lo tanto, el personero municipal que resulte elegido para el próximo cuatrienio, deberá ser abogado titulado. (resaltado es mío)

Condición que a todas luces es restrictiva a la participación, puesto que introduce una condición negativa no establecida en la norma legal que regula el proceso y las calidades que deben soportar los aspirantes a ocupara el cago de personero municipal, hecho que se reafirma en la convocatoria – Resolución 025 de 13 de septiembre “ POR MEDIO DE LA CUAL SE REGLAMENTA LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA EL CONCURSO PÚBLICO DE MERITOS PARA LA ELECCIÓN DEL PERSONERO (A) MUNICIPAL DE SAN JOAQUIN SANTANDER PARA EL PERIODO CONSTITUCIONAL 2024 – 2028”-, pues allí en concordancia con lo establecido en el estudio previo se hace alusión al Municipio de San Joaquín, como categoría 2, lo que lleva a convalidar que el requisito de abogado titulado, corresponde a categoría 2, por lo que se constituye como una violación del principio de libre concurrencia y participación, pues índice en error a los posibles participantes, es alza una limitante NO establecida por la Ley.

¹ Decreto 1082 de 2015. **Artículo 2.2.1.1.7.1. Publicidad en el Secop.** La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop.

² De conformidad con lo establecido en el Artículo 2.2.1.1.2.1.1, del Decreto 1082 de 2015, los estudios y documentos previos son el soporte del proyecto de pliego, el pliego de condiciones y el contrato.

2. Deficiencia en la planeación contractual por deficiencia en la determinación de la modalidad de contratación, debido a la inconsistencia entre lo dispuesto en el estudio previo y la suscripción del convenio interadministrativo con la Universidad del Atlántico, puesto que se adelanta un estudio previo para un proceso de contratación directa a través de contrato de prestación de servicios profesionales, empero, se suscribe un convenio interadministrativo.
3. Diferencia sustancial entre el objeto contractual determinado en el numeral 2 del estudio previo y el convenio suscrito, dado que el estudio previo anuncia en su objeto, así como lo dispuesto en el numeral 4 – La modalidad de selección del contratista y su justificación incluyendo los fundamentos jurídicos-
4. No se determina en el estudio previo la forma de determinar la idoneidad, más allá de anunciar la concurrencia de unos códigos Unspsc, así como la determinación de unas condiciones técnicas, que no establecen de forma clara la forma como debe evaluarse la idoneidad y la experiencia de la universidad pública o privada, y la entidad especializada con experiencia en proceso de selección de personal, por lo se denota la extralimitación presentada por el Presidente de la mesa directiva del Concejo Municipal, por inobservancia de los requisitos y normas legales – Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1083 de 2015, Ley 1551 de 2'012 y demás normas complementarias-

3. CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No. 01 DE 2023

1. Ausencia de motivación jurídica para la celebración del convenio interadministrativo, por ausencia de coherencia entre la modalidad dispuesta en el estudio previo, el cual se encuentra encaminado a la modalidad de contratación directa para la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales, y no a la celebración de un convenio interadministrativo.

Hecho que vulnera los principios de transparencia, planeación y publicidad, esto, debido a que no consta en los documentos del proceso publicados en el secop, las invitaciones o la publicación de la convocatoria a universidades del sector público o privado, entidades con experiencia en la selección de personal que pudiesen soportar la idoneidad y experiencia.

2. Indebida forma de elección de la modalidad de contratación por desconocimiento de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 1150 de 2007, inciso 2 del literal C, el cual establece la restricción de contratación directa con universidades públicas, los cuales deberían participar en proceso de selección abiertos en los cuales existan diversidad de entidades que pueden desarrollar los objetos propuestos, para el caso en particular, es importante determinar el origen público de la universidad del Atlántico.
3. En la Clausula quinta del contrato, denominada “LUGAR DE EJECUCIÓN Y DOMICILIO CONTRACTUAL” establece como lugar aplicación de las pruebas será el Municipio de San Joaquin -Santander-, en contraposición con lo determinado en la citación a presentación de las pruebas de conocimiento y actitudes, la cual fue citada por la Universidad en la Ciudad de Tunja, contrariando lo dispuesto en el convenio suscrito.

Es claro, que con inobservancia de lo dispuesto en el artículo 5 del convenio, se viola de forma directa los derechos de participación y concurrencia, puesto se impuso un carga adicional y excesiva a los aspirantes inscritos en el proceso de selección, esto debido a que este requisito NO contemplado en el estudio previo y el mismo convenio, desbordo las capacidades y obligaciones del convenio, e impuso una cortapiza a los inscritos.

Prueba de esta limitante, es la baja concurrencia a la presentación de las pruebas las cuales no superaron los 35 aspirantes.

4. Igualmente, se introdujeron en el convenio obligaciones y motivaciones jurídicas no contempladas en el estudio previo, así como la variación de la modalidad de contratación sin justificación legal o técnica, puesto que son diametralmente distintas las motivaciones y alcances de un contrato de prestación de servicios profesionales con un convenio interadministrativo, dado que se rigen en principio por normas distintas – Ley 80 de 1993 y Ley 489 de 1998 para los convenios interadministrativos-
5. En línea de irregularidades, se presenta la inobservancia del contenido del art. 5 de la Ley 1150 de 2007, que establece al selección objetiva como uno de los fundamentos a tenerse en cuenta en los proceso de selección debe garantizarse la pluralidad de oferentes a fin de garantizar el ofrecimiento más favorable para la entidad pública.

De la revisión del proceso adelantado por el presidente del Concejo Municipal, y de los documentos publicado en el secop, por principio de publicidad, no se encuentra las invitaciones o convocatorias efectuadas o publicadas por el Concejo, para la concurrencia de universidades publicas o privadas, o entidades especializadas en procesos de selección de personal, así como tampoco, se observa publicada la propuesta y los documentos de soporte de la evaluación realizada a la Universidad del Atlántico, a fin de verificar el cumplimiento de requisitos no establecidos o exigidos en el estudio previo.

6. Con todo, el presidente del Concejo, desconoce (?) las disposiciones y afirmaciones convalidadas con la suscripción del convenio, puesto que en la clausula decima sexta del convenio, establece como documentos que hacen parte del convenio: el estudio previo, del cual no existe coherencia entre este y el convenio suscrito; la propuesta técnica presentada por la Universidad del Atlántico; documentos que no fueron públicos en el secop, en atención al principio de publicidad y transparencia.
7. Se destaca que la evaluación y la recomendación dada por el comité técnico evaluador, recomienda la suscripción del contrato de prestación de servicios profesionales con la Corporación Universitaria Antonio Nariño, seccional Cali, y se celebra el convenio con la Universidad del Atlántico.

De conformidad con los hechos antes narrados, estimo que se me están desconociendo por las accionadas los derechos constitucionales fundamentales **al debido proceso, acceso a cargos y funciones públicas e igualdad, en conexidad con los principios al mérito, prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, confianza legítima, objetividad y transparencia**, razón por la cual me permito plantear las siguientes:

PRETENSIONES

PRIMERA: TUTELAR a mi favor los derechos constitucionales fundamentales **al debido proceso, acceso a cargos y funciones públicas e igualdad, en conexidad con los principios al mérito, confianza legítima, objetividad y transparencia** que considero vulnerados por el CONCEJO MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE SAN JOAQUIN y UNIVERSIDAD DEL ATLANTICO, en el desarrollo del concurso público y abierto de méritos para la conformación de la lista de elegibles y elección del Personero Municipal de los municipios enunciados para el periodo 2024-2028.

SEGUNDA: Consecuencia del amparo solicitado, se ordene a la Mesa Directiva del Concejo o a quien haga sus veces que reinicie el proceso de elección de Personero Municipal, adelantado en atención a la Resolución 025 de 13 de septiembre “ POR MEDIO DE LA CUAL SE REGLAMENTA LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA EL CONCURSO PÚBLICO DE MERITOS PARA LA ELECCIÓN DEL PERSONERO (A) MUNICIPAL DE SAN JOAQUIN SANTANDER PARA EL PERIODO CONSTITUCIONAL 2024 – 2028”, desde la designación del sitio de presentación de las pruebas de conocimiento.

TERCERA: Se prevenga a la mesa directiva del Concejo de San Joaquín Santander para que SUSPENDA elección de Personero, hasta que se garanticen los derechos invocados y se evite un grave perjuicio irremediable.

DERECHOS VULNERADOS

Con las actuaciones descritas en las consideraciones fácticas de este instrumento, estimo desconocidos los derechos constitucionales fundamentales **AL DEBIDO PROCESO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS E IGUALDAD, EN CONEXIDAD CON LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO, PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL FORMAL, CONFIANZA LEGITIMA, OBJETIVIDAD Y TRANSPARENCIA.**

FUNDAMENTO Y RAZONES DE LOS DERECHOS RECLAMADOS

Procedencia De La Acción De Tutela En Concursos De Méritos.

En primera medida, establecer que la acción de tutela como mecanismo de protección de Derechos fundamentales, fue consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, y reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, que en su artículo 1° establece que "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 en 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 o de los particulares en los casos que señala este decreto", sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 6° ibidem, ésta acción no procede cuando existen otros medios de defensa judiciales, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En esto consiste su condición de medio judicial subsidiario. Cabe destacar que el mecanismo alterno, según reiterada jurisprudencia constitucional, debe ser eficaz, pues de no serlo, la tutela no procede como medio judicial de protección de los derechos fundamentales. En conexidad con lo anterior, la Corte Constitucional en la Sentencia “AC-00698 (2007) del 28 de agosto de 2007, M. P. Martha Sofía Sanz Tobón” ha establecido dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial, así: “(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable inminente, que requiera medidas urgentes, sea grave e impostergable y (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el accionante” Además, las disposiciones que se establecen en el desarrollo de los concursos de méritos para la provisión de empleos, en su mayoría instituyen actos de trámite, contra los cuales no son procedentes los recursos de la vía gubernativa ni los medios de control que regula la Ley 1437 de 2011 CPACA. Por lo cual, en el evento de presentarse, en desarrollo del concurso la evidente vulneración o menoscabo de un derecho fundamental, la Acción Constitucional De Tutela para quien

resulta afectado es claramente procedente ante la carencia de medios de defensa judiciales para lograr la continuidad en el concurso. Pues así lo estableció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia ya referenciada anteriormente (AC-00698 (2007) del 28 de agosto de 2007, M. P. Martha Sofía Sanz Tobón): (...)

De un lado, está el *principio del mérito* para el acceso a cargos del Estado, de otro la categoría que la jurisprudencia ha denominado *exceso ritual manifiesto y prevalencia del derecho sustancial sobre el formal* de que trata el artículo 228 constitucional el cual resulta aplicable a las actuaciones judiciales y también a las administrativas, ambos con múltiples desarrollos y antecedentes enfocados a la prevalencia del fin último de las convocatorias públicas, esto es, a garantizar el acceso a las mismas en términos objetivos y con relevancia en el mérito (idoneidad) y, por ende, alejados de condicionamiento o exigencias que desdibujan la esencia de un proceso de selección como el que nos ocupa la atención.

Sobre el principio del mérito la SU067/22 resalta:

MERITO-Concepto/CONCURSO DE MERITOS-Concepto

El concurso de méritos, por su parte, es el mecanismo que permite evaluar, con garantías de objetividad e imparcialidad, la idoneidad y la competencia de los servidores públicos; por tal motivo, ha de ser utilizado, como regla general, al llevar a cabo la vinculación de los funcionarios al servicio público.

En línea con lo anteriormente indicado, el artículo 9 del acto administrativo que regula la convocatoria para la escogencia del Personero Municipal de Manizales 2024-2028, establece la aplicabilidad de unos PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL PROCESO. Para lo cual precisa que:

*Las diferentes etapas del concurso público de méritos estarán sujetas a los principios **de mérito, libre concurrencia e igualdad, publicidad, objetividad,** transparencia, imparcialidad, **economía,** celeridad, eficacia y eficiencia.*

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL PARA LA INTERPOSICIÓN Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN LOS CONCURSOS DE MERITOS

La Corte Suprema de Justicia³ al respecto de la viabilidad para interponer y considerar viable la Acción de Tutela en el marco de concurso públicos de méritos indicó:

*Particularmente, **cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no siempre son eficaces para resolver el problema jurídico planteado.** Ello, debido a que generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito, a eventualidades como que la lista de elegibles en la que ocuparon un buen puesto pierda vigencia de manera pronta, se termine el período del cargo para el cual concursaron o se ocupe la vacante para la cual se estaba aspirando⁴*

***Escenarios en los cuales la opción del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho de acceso a cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica que no comprende el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar.** Además, significa consolidar el derecho de otra persona que no debería estar desempeñando ese cargo específico (CC T-*

610 de 2017), pues lo que se plantea es una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública. Escenario, por tanto, que trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto constitucional que torna necesaria una decisión pronta que proteja los derechos fundamentales.

Advierte la Sala, entonces, que la acción de tutela es el único medio idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico propuesto ante una evidente transgresión del derecho fundamental al acceso a cargos públicos. Básicamente, porque el concepto de incorporación de la empleada del 12 de octubre de 2022 dictado por el Consejo Seccional accionado desconoce los presupuestos legales y constitucionales. (subrayado y negrilla propia)

PERJUICIO IRREMEDIABLE

Corolario de lo dicho en precedencia, he de manifestar que en el caso que nos ocupará, se configura el Perjuicio irremediable por las razones que seguidamente expondré no sin antes iterar lo dicho por la Corte Constitucional al respecto:

Sentencia T-956/13

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Requisitos para que se configure

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA EVITAR PERJUICIO IRREMEDIABLE-Inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la tutela, deben encontrarse efectivamente comprobadas

*En cuanto a la cualificación de los hechos que configuran la inminencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha contemplado que ese perjuicio (i) **debe ser inminente**; (ii) **debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado**; (iii) **debetrarse de un perjuicio grave**; y (iv) **solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables**. El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia. Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que*

se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia. No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social. Hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

En este mismo sentido el órgano de Cierre en materia Constitucional dijo:

Sentencia T-451/10

Procedibilidad excepcional de la acción tutela contra actos administrativos. Reiteración de jurisprudencia.

Como ha sido reiterado en múltiples ocasiones por esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados. Ello en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, los artículo 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 que establecen como causal de improcedencia de la tutela: “[cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.”. El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción, en este sentido en Sentencia T-106 de 1993 esta Corporación, afirmó:

“ El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico.”

Sobre el mismo asunto la Corte en sentencia T-983 de 2001, precisó:

“Esta Corporación ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.”

Sobre la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, en el mismo sentido, la Corte en Sentencia T-1222 de 2001 afirmó:

“...el desconocimiento del principio de subsidiaridad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. La garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir.”

Sobre este mismo aspecto la Corporación en sentencia T-132 de 2006 confirmó:

“Así pues, la acción de tutela fue diseñada como un mecanismo constitucional de carácter residual que procede ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se tiene, entonces, que para que un derecho sea amparable a través de la acción de tutela es necesario que (i) su carácter definitorio fundamental se vea severamente amenazado, dadas las circunstancias del caso concreto; (ii) se establezca una conexión necesaria entre la vulneración de un derecho meramente asistencial y el

compromiso de la efectividad de otros derechos fundamentales. La acción de tutela es procedente para amparar derechos de carácter fundamental que se encuentran seriamente amenazados, así como derechos meramente asistenciales cuya vulneración compromete gravemente un derecho directamente fundamental”.

Atendiendo a lo expuesto, esta Corporación en sentencia T-514 de 2003, estableció que no es, en principio, la acción de tutela el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto se estableció:

“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

Igualmente, en fallo T-1048 de 2008, la Corte continuó con la línea jurisprudencia ahora expresada al concluir

“La jurisprudencia de esta Corte ha estimado que la acción de tutela no es un medio alternativo que pueda ser empleado en reemplazo de las acciones judiciales ordinarias, pues conllevaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional del Estado. Así, esta acción tampoco resulta procedente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado ha contado con la posibilidad de ejercer las acciones ordinarias o especiales ante las autoridades jurisdiccionales, creadas para conocer de los litigios originados en actos de la administración. Sobre el ejercicio indiscriminado de la acción de tutela contra actos de la administración cuando proceden otros mecanismos judiciales de defensa, este Tribunal ha advertido las siguientes consecuencias:

(...) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior) y (iii) que se abran las puertas para

desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)”.

Así pues, a manera de conclusión, la Sala debe insistir en que como regla general la tutela no procede como mecanismo principal contra actos expedidos por una autoridad administrativa pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, **sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.**

Sentado lo anterior, corresponde aclarar aquellos eventos que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable. En relación a este tema, esta Corporación ha aplicado varios criterios para determinar su existencia:

*“**la inminencia**, que exige medidas inmediatas, **la urgencia** que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y **la gravedad de los hechos**, que hace evidente **la impostergabilidad** de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”*

En ocasión distinta, la Sala de Revisión, a través de la sentencia T-634 de 2006, conceptualizó de perjuicio irremediable en los siguientes términos:

“Ahora bien, de acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable” (sentencia T-1316 de 2001).

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan.

Por otra parte, la Corte Constitucional, ha establecido mediante pronunciamientos acogidos por la Sala Plena, que la procedencia de la acción de tutela se encuentra condicionada a la previa utilización por el accionante de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, ha dejado claro que esta acción constitucional, como mecanismo residual y subsidiario, no puede remplazar las figuras procesales destinadas a obtener la satisfacción de sus derechos, ni puede subsanar la incuria o negligencia de las partes en hacer uso de ellas de la manera y dentro de los términos previstos legalmente para ello. En efecto, al respecto se estableció:

“La acción de tutela tiene un carácter subsidiario y no fue instaurada para remediar los errores en que incurren los ciudadanos en lo relacionado con la defensa de sus derechos. Si se llegara a admitir la posición contraria, pasaría la tutela a sustituir todos los demás medios judiciales y la jurisdicción constitucional entraría a asumir responsabilidades que no le corresponden, todo ello en detrimento de los demás órganos judiciales.

(...)

si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional”.

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

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

DEMOSTRACIÓN DEL PERJUICIO IRREMEDIABLE Y LA PROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA EVITARLO EN EL CASO EN CONCRETO

Atendiendo los presupuestos exigidos por la Corte Constitucional para que se determine la existencia de un perjuicio irremediable, me adentraré en los elementos constitutivos del mismo a la luz de los hechos que en acápite anterior se expusieron:

i) DEBE SER INMINENTE

Recordemos que al momento de presentar esta acción constitucional se está adelantando en el Concejo municipal el PROCESO DE SELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL DE SAN JOAQUIN PARA LA VIGENCIA 2024-2028; además porque el proceso no se llevo conforme a lo establecido en la autorización impartida por la Mesa Directiva del Concejo Municipal, Estudio previo y convenio interadministrativo suscrito con la Universidad del Atlántico y finalmente la Resolución 025 del 13 de septiembre de 2023, por tanto la violación al debido proceso es INMINENTE pues se ve de elegirse al Personero Municipal bajo esas determinantes se estarían violentando los derechos de la suscrita concursante.

En consecuencia se concluye que el perjuicio está ocurriendo y además se debe destacar que no hay otro mecanismo jurisdiccional que sea efectivo e inmediato para lograr que se respeten los derechos de la actora , derechos fundamentales, en especial los consagrados en el artículo 29 de la Carta Fundamental y que pueda variar sus efectos, y lo actuado de forma arbitraria y por vía de hecho requieren conjurarse de forma inmediata- es decir; el riesgo de perjuicio irremediable es INMINENTE en razón a los derechos que se vulneran.

II DEBE REQUERIR DE MEDIDAS URGENTES PARA CONJURARLO

Es claro que ya que el perjuicio es inminente, a fin de evitarlo se requiere que el Juez de Tutela dicte y aplique las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, y se apremia una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación y tal como dijo la Corte: *“si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares”* y ante la carencia de otras posibilidades jurisdiccionales inmediatas de protección de derechos; es necesario y urgente que se respete nuestro derecho al debido proceso y que se apliquen adecuadamente las normas contenidas en el régimen constitucional colombiano, la Ley 1437 de 2011, el CGP, la Resolución 025 de 2023 emanada de la mesa directiva del Concejo Municipal de San Joaquín

III) DEBE TRATARSE DE UN PERJUICIO GRAVE

Es de tal magnitud la gravedad del perjuicio, que se puede aseverar sin duda alguna losiguiente:

- a) los derechos fundamentales vulnerados (los cuales en el acápite correspondiente se esbozarán) afectan no solo el debido proceso de la accionante sino que puede afectar todo el concurso y a sus respectivos postulados.
- b) Se configura una vía de hecho pues se desconocen las normas constitucionales y legales contenidas en el Estatuto Superior, especialmente en lo tocante al debido proceso.

IV) SOLO PUEDE SER EVITADO A PARTIR DE LA IMPLEMENTACIÓN DE ACCIONES IMPOSTERGABLES

Tal como lo dice la Corte: *“ La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.”*

Por la gravedad de los hechos y la inmediatez que se exige y porque es necesario que se proteja mi derecho al debido proceso NO HAY FORMA DE POSTERGAR LA DECISION DE SUSPENDER LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ENUNCIADOS EN PRECEDENCIA hasta tanto se pueda garantizar el debido proceso.

DEBIDO PROCESO

Los derechos al debido proceso, a la defensa y de acceso a la administración de justicia como límites a la potestad de configuración normativa del Legislador.

Uno de los límites generales a la potestad de configuración normativa del Legislador está dado por los derechos al debido proceso, a la defensa y de acceso a la administración de justicia.

En consonancia con lo anterior; el debido proceso constituye un conjunto de garantías destinadas a la protección del ciudadano vinculado o eventualmente sujeto a una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. En consecuencia, implica para quien asume la dirección del procedimiento la obligación de observar, en todos sus actos, la plenitud de las formas previamente establecidas en la Ley o en los reglamentos. Esto, con el fin de preservar los derechos de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o una obligación o a la imposición de una sanción.

Bajo la acepción anterior, el debido proceso se resuelve en un desarrollo del principio de legalidad, en la medida en que representa un límite al poder del Estado. De esta manera, las autoridades estatales no pueden actuar a voluntad o arbitrariamente, sino únicamente dentro de las estrictas reglas procedimentales y de contenido sustancial definidas por la Ley. La manera de adelantar las diferentes etapas de un trámite, de garantizar el derecho de defensa, de interponer los recursos y las acciones correspondientes, de cumplir el principio de publicidad, etc., se encuentra debidamente prevista por el Legislador y con sujeción a ella deben proceder los jueces o los funcionarios administrativos correspondientes.

Desde otro punto de vista, el debido proceso no solo delimita un cauce de actuación legislativo dirigido a las autoridades, sino que también constituye un marco de estricto contenido prescriptivo,

que sujeta la producción normativa del propio Legislador. En este sentido, al Congreso le compete diseñar los procedimientos en todas sus especificidades, pero no está habilitado para hacer nugatorias las garantías que el Constituyente ha integrado a este principio constitucional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el debido proceso comporta al menos los derechos (i) a la jurisdicción, que a su vez conlleva las garantías a un acceso igualitario de los jueces, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la Ley; y (iii) el derecho a la defensa.

Del debido proceso también hacen parte, los derechos a (iv) *las garantías mínimas de presentación, controversia y valoración probatoria* (v) a un proceso público, llevado a cabo en un tiempo razonable y sin dilaciones injustificadas; (vi) y a la independencia e imparcialidad del juez. Esto se hace efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al Ejecutivo y al Legislativo y la decisión se fundamenta en los hechos del caso y las normas jurídicas aplicables.

Como se indicó, el debido proceso cobija el derecho de defensa. Esta garantía supone la posibilidad de emplear todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y pretender una decisión favorable. En virtud de su contenido, todo ciudadano ha de contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su estrategia y posición, así como con la asistencia de un abogado cuando sea necesario, de ser el caso proporcionado por el Estado, si la persona carece de recursos para proveérselo por sí misma. La posibilidad de que toda persona pueda emplear todas las herramientas y mecanismos adecuados para defenderse comporta, además, la facultad procesal de pedir y allegar pruebas, de controvertir las que se aporten en su contra, de formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten.

Articulado al sistema de garantías procesales, la Corte ha considerado que el acceso a la justicia es un derecho fundamental y, a su vez, se incorpora al núcleo esencial del debido proceso. Se trata de un derecho de carácter rigurosamente material, puesto que implica no sólo la posibilidad de que toda persona solicite la protección de sus legítimos intereses ante los jueces competentes, sino también de que pueda contar con reales mecanismos para presentar sus reclamos ante la administración de justicia y obtener una decisión de fondo, mediante la cual se resuelvan las controversias sobre los derechos, cargas y obligaciones que le corresponde. Este Tribunal ha subrayado la importancia de que el acceso a la justicia sea en sí mismo, no meramente nominal o enunciativo, sino *efectivo*, con el fin de asegurar una protección auténtica y real de las garantías y derechos objeto de los debates procesales.

El acceso a la justicia comporta también que las particularidades y formas de los regímenes procesales estén dirigidas a asegurar la prevalencia del derecho sustancial y el principio de eficacia de los derechos. En este sentido, se ha considerado de carácter constitucional las normas procesales que tienen como finalidad "*garantizar la efectividad de los derechos*" y que además propendan por la optimización de los medios de defensa de las personas. Como consecuencia,

dicha efectividad constituye una finalidad que debe ser asegurada por las disposiciones adoptadas por el Legislador al configurar las reglas de los trámites y procedimientos.

De acuerdo con lo anterior, el acceso a la justicia conlleva por lo menos los derechos (i) de acción o promoción de la actividad jurisdiccional, los cuales se concretan en la posibilidad de todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se prevén para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (ii) a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; (iii) a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) a que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, (v) a que las decisiones sean adoptadas con el pleno respeto del debido proceso, (vi) a que exista un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias, (vii) a que se prevean mecanismos para facilitar los recursos jurídicos a quienes carecen de medios económicos y (viii) a que la oferta de justicia cubra todo el territorio nacional.

En los anteriores términos, entre los contenidos del debido proceso, se encuentran las garantías mínimas probatorias que deben ser resguardadas en toda actuación. Forma parte de ese mandato constitucional también el derecho fundamental a la defensa, el cual supone, así mismo, las facultades de presentación, controversia y valoración probatoria. Por su lado, el derecho de acceso a la justicia se incorpora al núcleo esencial del debido proceso y, además, una de sus garantías consiste en que las controversias sean adoptadas con el pleno respeto de las formas propias de cada juicio. Adicionalmente, según la Corte, el debido proceso materializa el derecho de acceso a la justicia. Debe ahora la Corte profundizar en el derecho a contar con unas garantías mínimas probatorias.

El régimen probatorio ocupa un lugar central dentro del sistema de protecciones del debido proceso, pues solo a partir de un robusto debate fundado en medios de convicción puede establecerse la configuración de los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y la aplicación de las consecuencias jurídicas para cada hipótesis. En este sentido, las *garantías mínimas probatorias* que hacen parte del debido proceso constituyen un conjunto de posiciones jurídicas esenciales alrededor del papel de los elementos de prueba dentro de los procesos judiciales. Este grupo de posiciones compone a su vez lo que se ha denominado el debido proceso probatorio, como salvaguarda del derecho de defensa y de las partes en general.

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corte, en los procesos penales (aplicable para este caso de imposición de comparendo por infracción a las normas de tránsito), la defensa tiene el derecho a presentar pruebas y controvertir de manera real y efectiva las que se alleguen en su contra, mandato del cual se desprende que el juez sólo puede condenar con base en elementos que hayan sido susceptibles de controversia. Así mismo, debe garantizarse el escenario y la oportunidad para la contradicción, el recaudo y la participación de la defensa en la práctica de las pruebas, así como para la valoración judicial de las mismas. Además, el funcionario encargado de dirigir el proceso debe decretar y practicar, de ser necesario, los medios de prueba pertinentes y conducentes solicitados por la defensa, que resulten fundamentales para demostrar sus pretensiones

En un sentido más general, la Sala Plena ha indicado que el debido proceso probatorio supone un conjunto de garantías en cabeza de las partes en el marco de toda actuación judicial o administrativa. De este modo, ha afirmado que estas tienen derecho (i) a presentar y solicitar pruebas; (ii) a controvertir las que se presenten en su contra; (iii) a la publicidad de las evidencias, en la medida en que de esta forma se asegura la posibilidad de contradecirlas, bien sea mediante la crítica directa a su capacidad demostrativa o con apoyo en otros elementos; (iv) a que las pruebas sean decretadas, recolectadas y practicadas con base en los estándares legales y constitucionales dispuestos para el efecto, so pena de nulidad; (v) a que el funcionario que conduce la actuación decreta y practique de oficio los elementos probatorios necesarios para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (Arts. 2 y 228 C.P.); y (vi) a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

El derecho a que los medios de convicción sean evaluados por el juez, proporciona una dimensión sustantiva a las pruebas, en la medida en que comporta la posibilidad de que tengan una eficacia real en la adopción de la decisión, conforme al principio de la sana crítica. En este sentido, aunque el juez no está obligado a conceder mérito probatorio a una o a otro medio de convicción, sí lo está a exponer públicamente los fundamentos de su razonamiento. De este modo, tener derecho a que las pruebas sean valoradas en su conjunto, implica correlativamente la obligación para el juez de hacer públicas las razones de su persuasión y de sus conclusiones sobre el valor que le merecen.

Por último, las partes tienen derecho a que el juez, en busca de la eficacia de los derechos, decreta las pruebas que estime conducentes y pertinentes. No está obligado a ordenar el acopio de elementos que supongan trámites desproporcionados, innecesarios o inútiles y no le es permitido decretar pruebas y después, por capricho o con el propósito de interrumpir términos legales que transcurren a favor del procesado y de su libertad, abstenerse de continuar o culminar su práctica, para proceder a tramitar etapas posteriores del juicio. Sin embargo, sí resulta imperativa la práctica oficiosa de pruebas de las cuales dependa el reconocimiento de un derecho o la imposición de una obligación. Este Tribunal ha precisado que dicha regla opera incluso en la mayor parte del proceso penal, pese a estar estructurado como un sistema de partes y sobre el principio de igualdad de armas.

En ese sentido, en la Sentencia C-396 de 2007, la Corte clarificó los alcances de la prohibición de las pruebas de oficio, contenida en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004. Señaló que, debido a su ubicación en el Libro III sobre el Juicio, la pasividad probatoria del juez está limitada a esta etapa y, especialmente, a la audiencia preparatoria. Sostuvo que la ausencia de regulación al respecto en las fases anteriores a este momento, muestra que la prohibición en cuestión obedece a la estructura del proceso. De esta manera, indicó que en el escenario de contradicción y debate probatorio entre las partes, es lógico, necesario y adecuado que el juez no decreta pruebas de oficio porque rompe los principios de igualdad de armas y neutralidad en el proceso penal acusatorio.

Por el contrario, subrayó que no sucede lo mismo en las etapas anteriores, en las que el juez tiene como única misión garantizar la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados con el proceso penal. Además, puso de manifiesto que,

conforme a los diversos trámites y actuaciones en que se estructura del proceso penal, lejos de asumir una posición de pasividad, el funcionario judicial *“es una autoridad plenamente activa en la búsqueda de la verdad, la realización de la justicia y la defensa de los derechos y garantías individuales que se encuentran en tensión en el proceso penal, por esa razón dirige el proceso penal y exige la aplicación del derecho”*.

En consecuencia, incluso en el proceso penal constitucionalmente concebido como un modelo de partes, salvo en la fase del juicio, aplica la garantía mínima del debido proceso probatorio, consistente en que el juez debe decretar y practicar de oficio las pruebas necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos.

La Corte se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el respeto a las garantías mínimas probatorias en la conformación de diversas actuaciones judiciales, particularmente respecto de la oportunidad de las partes para aportar pruebas a la actuación. La mención a dos decisiones resulta ilustrativa.

En la Sentencia C-1270 de 2000, la Corte analizó una demanda contra el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo, conforme al cual, cuando en primera instancia y sin culpa de la parte interesada, se hubieran dejado de practicar pruebas decretadas, el tribunal podrá, a petición de parte y en la primera audiencia, ordenar su práctica, como también las demás que considere necesarias para resolver la apelación o consulta. Según el demandante, la disposición dejaba al criterio personal y subjetivo del juez la existencia del periodo probatorio en segunda instancia, al otorgarle la potestad para determinar la admisibilidad y necesidad de los medios de convicción, con lo cual, se desconocían los principios de necesidad, valoración y contradicción de la prueba que hacen parte del núcleo esencial del artículo 29 de la Constitución. Debía resolverse entonces el problema de si la previsión del Legislador sobre las pruebas en segunda instancia resultaba contraria a la Constitución.

La Corte introdujo de manera explícita las garantías mínimas del debido proceso probatorio (*supra* 16.2) y al examinar la impugnación, consideró que la norma era ajustada a la Constitución, con una claridad importante. Planteó que en rigor, la facultad conferida al juez de segunda instancia para decretar de oficio las pruebas consideradas necesarias se encuentra condicionada a que el decreto y su práctica sean indispensables para resolver la apelación o la consulta planteada, de modo que no había razón alguna para considerar que era inconstitucional. Sin embargo, precisó que *“si la justicia es un elemento fundante del nuevo orden constitucional, valor y principio constitucional que debe ser realizado como fin propio de la organización estatal, constituye un deber y no una mera facultad la posibilidad de que se decreten pruebas de oficio. Naturalmente ello estará determinado por la necesidad de que se alleguen al proceso los elementos de juicio requeridos para que se adopte una decisión ajustada al derecho y a la equidad”*.

Posteriormente, en la Sentencia C-598 de 2011, la Corte examinó una demanda contra el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, conforme al cual, en los asuntos civiles y de familia, el solicitante y el convocado a audiencia de conciliación debían allegar copia informal de las pruebas documentales o anticipadas que tuvieran en su poder y que pretendieran hacer valer en el eventual proceso judicial, so pena de que luego no fueran admitidas al recurrir a la justicia formal. Según el actor, el

requisito que introducía la disposición acusada desnaturalizaba la conciliación e imponía una restricción desproporcional a los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. La Sala abordó entonces el problema de si la exigencia impuesta a las partes resultaba una carga excesiva y, en consecuencia, lesionaba los derechos invocados por el impugnante.

La Corte reiteró su jurisprudencia sobre las garantías del debido proceso probatorio y, al resolver el cargo, concluyó que la obligación introducida por el Legislador era efectivamente inconstitucional. Sostuvo que si bien las partes podían acudir a la justicia formal en caso de que la conciliación fracasara, en la práctica el juez no podía más que decidir contra quien no observó la carga cuestionada y, por lo tanto, el proceso empezaría de forma desequilibrada. A juicio de la Sala, si ya no era posible aportar las pruebas que pudieran tener en su poder, no tendría sentido acudir a la justicia formal, dada la posibilidad de que la prueba que se dejó de allegar fuera fundamental para el éxito de la respectiva pretensión. Así, determinó que pese a que la norma pretendía celeridad, incorporaba una restricción desproporcionada a los derechos de acceso a la administración de justicia, debido proceso, defensa y contradicción y resolvió declararla inexecutable.

Sintetizando lo indicado, (i) al Legislador asiste la potestad de configuración normativa para diseñar en detalle los procedimientos en cada ámbito del ordenamiento jurídico, pero está limitado, particularmente, por el debido proceso y los derechos de defensa y acceso a la administración de justicia (Arts. 29 y 229 de la C.P.); (ii) el debido proceso comprende el derecho a la defensa y a las garantías mínimas probatorias; (iii) el derecho de defensa, a su vez, implica la facultad procesal de pedir, allegar pruebas y controvertirlas pruebas; y (iv) el acceso a la justicia se incorpora al núcleo esencial del debido proceso y constituye una de sus específicas garantías.

Como consecuencia de la anterior relación, (v) la salvaguarda de las garantías mínimas probatorias conlleva la protección de esa dimensión específica del debido proceso y del derecho de defensa, así como la eficaz protección del acceso a la justicia. Correlativamente, cuando aquellas se intervienen indebidamente, se afectan el debido proceso y el derecho de defensa y, como consecuencia, se genera una limitación injustificada al acceso a la justicia. En otros términos, en el plano del derecho a la prueba, la incidencia en sus ámbitos de garantía impacta el debido proceso y el derecho de defensa y, como efecto, también se restringe el derecho fundamental de acceso a la justicia.

El conjunto de garantías mínimas probatorias, que constituyen el debido proceso probatorio, implica que las partes tienen derecho (vi.i) a presentar y solicitar pruebas; (vi.ii) a controvertir las que se presenten en su contra; (vi.iii) a la publicidad de la prueba, (vi.iv) a la regularidad de la prueba; (vi.v) a que el funcionario que conduce la actuación decreta y practique de oficio las pruebas necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (Arts. 2 y 228 de la C.P.), incluso en el proceso penal de la Ley 906 de 2004 (salvo en la fase del juicio); y (vi.vi) a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

PROCEDENCIA

Fundamento esta acción en el artículo 86 de la constitución política y sus decretos reglamentarios

2591 y 306 de 1992. Igualmente, en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

De conformidad a los artículos 86 de la Constitución Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando éstos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad o excepcionalmente de un particular. Esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando: (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir, éste no resulta eficaz para su amparo; o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela es procedente contra decisiones judiciales o administrativas que atenten flagrantemente contra los derechos fundamentales de los sujetos procesales. Con este mecanismo se busca garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.

Para los efectos de que tratan los artículos 37 y 38 del Decreto 2591 de 1991 manifiesto bajo juramento que con anterioridad a esta acción no he promovido acción similar por los mismos hechos, tutela T-404/21; SU 212/201,

JURAMENTO

En cumplimiento de lo regulado por el artículo 37 del decreto 2591 de 1991, MANIFIESTO BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO QUE NO HE PRESENTADO OTRA ACCION DE TUTELA POR LOS MISMOS HECHOS Y DERECHOS.

PRUEBAS

DOCUMENTALES

1. Fotocopia de mi cédula de ciudadanía.
2. Copia de la Resolución No. 025 de 13 de septiembre de 2023.
3. Estudios previos.
4. Contrato interadministrativo.
5. Evaluación de la oferta.
6. Acuerdo de convocatoria.
7. Listado definitivo de admitidos.
8. Citación a prueba.
9. Resultado de pruebas de conocimientos.

COMPETENCIA

Conforme al Decreto 333 de 2021 "Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del

Decreto número 1069 de 2015, único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela” y para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, se determinó que conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

(...) 1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.

Por lo tanto, y dado que el accionado es la Mesa Directiva del Concejo Municipal (o quien haga sus veces) es usted competente señor(a) Juez (a) para conocer de esta Acción de Tutela en razón a la naturaleza de la parte accionada.

ANEXOS

Los relacionados en el acápite de pruebas.

NOTIFICACIONES

El Solicitante en la dirección Carrera 09 # 10 - 20 Oficina 101, Centro San Gil, al correo rociocruzabq@gmail.com.

Los Accionados:

CONCEJO MUNICIPAL DE SAN JOAQUIN-SANTANDER

Carrera 4 N° 5 – 24 Palacio Municipal 2° Piso Correo Electrónico: concejo@sanjoaquin-santander.gov.co Celular: 3123357594

UNIVERSIDAD DEL ATLANTICO

Cra. 43 No. 50-53 Barranquilla
Teléfono: PBX: 605 3162666
www.uniatlantico.edu.co

Del Señor Juez, agradezco pronta solución,

Atte.


ELIANA ROCIO CRUZ MONSALVE
C.C. 1097970597 de Hato, Santander.