



**JUZGADO SÉPTIMO PENAL MUNICIPAL DE MEDELLÍN
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS**

Proceso	ACCIÓN DE TUTELA
Expediente	050014088007202100300
Accionante	JORGE HERNÁN OSPINA ZAPATA
Accionada	TECNOLÓGICO DE ANTIOQUIA Y CONCEJO DE MEDELLÍN
Sentencia	Nº 241
Temas y subtemas	La tutela como mecanismo subsidiario
Decisión	NIEGA TUTELA POR IMPROCEDENTE

Medellín, cinco (5) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Pasa el despacho a resolver la acción de Tutela ejercida por el señor JORGE HERNÁN OSPINA ZAPATA, contra el TECNOLÓGICO DE ANTIOQUIA Y CONCEJO DE MEDELLÍN.

HECHOS DE LA DEMANDA DE TUTELA Y PRETENSIONES

Fundamentos facticos.

Manifiesta que el Concejo de Medellín a través de Resolución MD 20211030000246 del 29 de octubre de 2021, el, mediante su mesa directiva, dio inicio al proceso de selección de terna de los aspirantes a ser elegidos en el cargo de Contralor Municipal de Medellín para el periodo 2022 - 2025, instituyendo que para el apoyo del proceso de selección se firmó contrato con la Institución Universitaria TECNOLÓGICO DE ANTIOQUIA.

Que en el Artículo 15 estableció el cronograma de las etapas de la convocatoria y que se debe aplicar para adelantar el proceso de selección de la Resolución, se estableció un cronograma y, en el artículo 16, se expresó que los aspirantes al momento de su inscripción, debían presentar en medió físico (sobre cerrado) y en medio digital (USB), la siguiente documentación:

- a) Carta de presentación firmada, donde se identifiquen datos básicos como nombre, dirección de correspondencia, correo electrónico y autorización expresa de comunicaciones y/o notificaciones por dicho medio.
- b) Formulario Único de Inscripción para servidores Públicos que se encuentran en la página web www.funcionpublica.gov.co Una vez impreso deberá diligenciarlo completamente, firmarlo en original.
- c) Hoja de vida y declaración juramentada de bienes -formato del Departamento Administrativo de la Función Pública, firmada.
- d) Documento de identidad legible.
- e) Título (s) de formación profesional y/o acta (s) de grado (s).
- f) Tarjeta o matrícula profesional vigente, si la profesión acreditada la requiere.
- g) Certificado de vigencia de la tarjeta profesional.

- h) Certificado de antecedentes disciplinarios de la profesión expedido por las diferentes entidades que lo vigilan, con fecha no superior a treinta (39) días calendario anterior a la radicación de los documentos.
- i) Certificaciones laborales por un periodo no inferior a dos años en funciones públicas.
- j) Logros académicos y laborales (estudios formales y experiencia), siempre y cuando se acrediten mediante certificaciones.
- k) Libreta o Certificación de situaciones militar definida (hombres menores de 50 años).
- l) Certificado del sistema de registro nacional de medidas correctivas-Policía Nacional, expedidos dentro de ocho (8) días anteriores a la fecha de la inscripción.
- m) Certificado de antecedentes judiciales-Policía Nacional, expedido dentro de ocho (8) días anteriores a la fecha de la inscripción.
- n) Certificado de antecedentes disciplinarios expedidos por la Procuraduría General de la Nación, expedido dentro de ocho (8) días anteriores a la fecha de la inscripción.
- o) Certificado de Responsables Fiscales de la Contraloría General de República, expedido dentro de ocho (8) días anteriores a la fecha de la inscripción.
- p) Manifestación bajo la gravedad del juramento de no estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad para el ejercicio del cargo de Contralor Municipal de Medellín.
- q) Prueba de la producción de obras en el ámbito fiscal con ISBN.

Precisa que, el 17 de noviembre de 2021, fue publicada la Lista Preliminar de Admitidos y No Admitidos, donde pudo advertir que aparece **NO ADMITIDO**, teóricamente porque *"la **Declaración juramentada de bienes y rentas** no cumple con el lleno de los requisitos legales, pero nótese según la captura de pantalla que adjunto, que en ninguna parte se me informa ni se me indica cuál es esa falencia o defecto que presenta dicho documento para que no se tenga en cuenta su validez. Es decir, no se me garantiza el derecho de defensa y contradicción para que posteriormente proceda a realizar una reclamación, tal como se plasma en el cronograma del proceso de selección. La inadmisión es abierta, sin detallar las razones por las que ese documento presenta un defecto, y obviamente sin esto, cualquier defensa es imposible ejercerla."*

Señala que, Pese a lo anterior, *"y desconociendo la supuesta falencia, el día 18 de noviembre de 2021, procedí a enviar la respectiva reclamación, señalando básicamente que la Declaración juramentada de bienes - Formato DAFP (Excel y PDF), la aporté en medio físico dentro del sobre cerrado y de acuerdo a la reglamentación indicada en la Resolución de Convocatoria. Nuevamente, acompañando esa reclamación aporté el documento en PDF para demostrar que era el mismo que el mismo que ya había sido escaneado del documento físico que fue introducido en el sobre cerrado, y debidamente foliado (Adjunto documento)."*

Imprime que, el pasado 26 de noviembre, se dio respuesta a las reclamaciones de los aspirantes inadmitidos en el proceso de selección, y a él se le informó lo siguiente:

Una vez revisados los documentos entregados en el sobre cerrado y en medio digital, se evidencia que la Declaración Juramentada de Bienes y Rentas se presentó incompleta ya que el formato se conforma por dos páginas, sin embargo, no se adjuntó la segunda. El literal c) del Artículo 16 indica que el aspirante deberá presentar al momento de su inscripción... "Hoja de Vida y Declaración Juramentada de Bienes - formato del Departamento Administrativo de la Función Pública, firmada".

En virtud de lo anterior, no es posible acceder a su petición, y en consecuencia persiste el resultado inicial.

Afirma que, la contestación del **"TECNOLÓGICO DE ANTIOQUIA, no solo es FALSA sino además ILÓGICA**, pues si no se hubiese adjuntado la segunda hoja esta no hubiera sido posible adjuntarla en medio digital, como en efecto se los demostré en el escrito de reclamación. Resulta absurdo y engañoso que de los 17 documentos radicados y que previamente fueron escaneados, hubiera incurrido en semejante torpeza de no adjuntar la segunda hoja firmada de la Declaración juramentada de bienes, y que supuestamente en este mismo defecto hubieran incurrido varios de los aspirantes que igualmente fueron inadmitidos. Reitero, el documento indicado fue aportado íntegramente en medio físico dentro del sobre cerrado, y de no haber sido así, no hubiera sido posible aportarlo en medio digital en la USB que se exigía. La documentación fue

debidamente foliada y de eso quedó constancia en el libro de entrega dispuesto en el lugar de recepción del TECNOLÓGICO DE ANTIOQUIA.", pues el documento aparentemente imperfecto "SI FUE APORTADO OPORTUNAMENTE Y CON EL LLENO TOTAL DE LOS REQUISITOS LEGALES, tal como lo advertí en la reclamación formulada, y que en la misma adjunté exactamente el mismo documento que fue introducido en el sobre cerrado y digitalmente en la memoria USB que igualmente fue anexa dentro del sobre cerrado.", relacionando los documentos que tuvo que presentar en USB:

-  a. Carta de presentación Jorge Hernán Ospina Zapata
-  a. Carta de presentación Jorge Hernán Ospina Zapata
-  b. Formulario Único de Inscripción DAFP Jorge Hernán Ospina Zapata
-  c. Declaración Juramentada de Bienes DAFP Jorge Hernán Ospina Zapata
-  c. Declaración Juramentada de Bienes Jorge Hernán Ospina Zapata
-  c. Hoja de Vida DAFP Jorge Hernán Ospina Zapata
-  d. Cédula de ciudadanía Jorge Hernán Ospina Zapata
-  e. Diploma y Acta de Grado Abogado Jorge Hernán Ospina Zapata
-  f. Tarjeta Profesional de Abogado Jorge Hernán Ospina Zapata
-  g. Certificado de Vigencia de la Tarjeta Profesional Abogado
-  h. Antecedentes Disciplinarios Comisión Nacional de Disciplina Judicial
-  i. 1- Certificado Laboral Rama Judicial del Poder Público 6 de julio 2009 a 5 de julio 2016
-  i. 2- Certificado laboral Contraloría General de Medellín 6 de julio 2016 a la fecha
-  i. Certificaciones laborales por un periodo no inferior a dos años en funciones públicas Jorge Hernán Ospina Zapata
-  j. Estudios Formales (Pregrado, Posgrado, Especializaciones y Maestría) Jorge Hernán Ospina Zapata
-  k. Libreta Militar Jorge Hernán Ospina Zapata
-  l. Certificado del sistema de registro nacional de medidas correctivas Policía Nacional
-  Lista Preliminar admitidos y no admitidos con cédula
-  Lista Preliminar admitidos y no admitidos
-  m. Certificado de Antecedentes Judiciales Policía Nacional Jorge Hernán Ospina Zapata
-  n. Certificados Antecedentes Disciplinarios Procuraduría General de la Nación Jorge Hernán Ospina Zapata
-  o. Certificado de Responsables Fiscales de la CGR Jorge Hernán Ospina Zapata
-  p. Manifestación bajo iuramento no incursión de inhabilidad o incompatibilidad

Indica que, con esto "se encuentra demostrado y acreditado que al igual que la restante documentación exigida para ser ADMITIDO en el proceso de selección, fue diligenciada, aportada, foliada y recibida por parte del TECNOLÓGICO DE ANTIOQUIA, no existiendo ningún medio de prueba de esta institución que esto no hubiese sido así, y por el contrario, el suscrito aspirante ha demostrado bajo los medios posibles que si presenté íntegramente el documento señalado, por lo que sin duda alguna debo ser incluido en la lista de ADMITIDOS."

Señala que "El proceso de selección en mención, ha sido objeto de varios cuestionamientos en medios públicos y de comunicación, incluso acusado de hechos de corrupción y de estar direccionado a favorecer intereses personales de aspirantes con conexiones con partidos políticos, y por eso no es de extrañar que ocurran esta clase de irregularidades con varios de quienes de manera juiciosa y transparente aspiramos a ocupar tan alta dignidad en la función pública del ejercicio del control fiscal en el Municipio de Medellín".

Expone que, Ha "agotado todos los mecanismos legales y reglamentarios para ser escuchado y demostrarle al TECNOLÓGICO DE ANTIOQUIA, que efectivamente la Declaración juramentada de bienes fue aportada en los términos indicados en la Resolución de convocatoria, totalmente diligenciada en el formato dispuesto por el DAFP, pero desafortunadamente no ha sido próspera mi justa reclamación, y esa institución fraguando mis derechos fundamentales **DEBIDO PROCESO, ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS e IGUALDAD** y sin aportar prueba alguna, me INADMITE e impide que continúe en el proceso de selección, a sabiendas que en su debida oportunidad y con todas las exigencias reglamentarias aporté toda la documentación exigida en el artículo 16 de pluricitada resolución".

Argumenta que, **"NO DISPONGO DE OTRO MECANISMO EXPEDITO Y EFICAZ DIFERENTE A LA ACCIÓN DE TUTELA**, para a través de esta última, obtener la protección de mis derechos fundamentales conculcados, pues de acuerdo al cronograma trazado por la institución encargada de adelantar el procedimiento, la lista en firme de admitidos, no admitidos y citación a pruebas de conocimiento será publicada el 29 de noviembre de 2021, aniquilando por completo cualquier posibilidad para que el suscrito aspirante continúe en el concurso de méritos para ocupar el cargo de Contralor Municipal de Medellín."

Por lo expuesto el actor considera vulnerados sus derechos al debido proceso, al acceso a cargos públicos, al trabajo, a la igualdad de oportunidades

Lo que se pretende.

1. Solicito al Despacho, **SE ME TUTELEN Y/O AMPAREN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES** al **DEBIDO PROCESO, ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS e IGUALDAD** y a los demás derechos fundamentales que el despacho considere violentados. **ACTUACIÓN PROCESAL.**
2. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se le conceda validez al documento Declaración juramentada de bienes fue aportada en los términos indicados en la Resolución de convocatoria, toda vez que el mismo fue aportado diligenciado íntegramente y con el cumplimiento legal y reglamentario para tal efecto.
3. Que así mismo, **SE ME INCLUYA EN LA LISTA DE ADMITIDOS** para continuar en el proceso de selección del cargo de Contralor Municipal de Medellín.
4. Que, de no ser acogidas las anteriores súplicas constitucionales, se ordene a las entidades accionadas que a la mayor brevedad adopten las medidas administrativas que se estimen pertinentes para superar cualquier barrera administrativa, burocrática o de exceso ritual manifiesto (**Excesivo formalismo**) que me impida continuar en el proceso de convocatoria pública para la elección de Contralor Municipal de Medellín - Periodo 2022 - 2025.

El actor con apego al artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, solicito como medida provisional para la protección de sus derechos **"QUE SE ORDENE LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO DE ESCOGENCIA DEL CONTRALOR MUNICIPAL DE MEDELLÍN HASTA TANTO SE HAYAN SURTIDO LOS TRÁMITES QUE ORDENE EL DESPACHO** en relación con la protección constitucional deprecada en el presente escrito demandatorio, como así mismo se suspenda la emisión del listado definitivo de admitidos y no admitidos y la citación a pruebas de conocimiento a los aspirantes interesados en dicho proceso."

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante acta del 29 de noviembre de 2021, nos fue repartida la presente acción constitucional, la cual fue admitida ante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, se decretó la medida provisional solicitada y se corrió traslado a los accionados.

El TECNOLÓGICO DE ANTIOQUIA, dio respuesta a la acción de tutela a través de su Rector informando que, efectivamente el Concejo Municipal de Medellín, mediante el acto administrativo MD 20211030000246 del 29 de octubre de 2021, dio apertura a la Convocatoria Pública para la elección del Contralor Municipal de Medellín para el Periodo 2022-2025, dentro del cual se determinó el cronograma para el desarrollo de las etapas previstas para el proceso y, las condiciones particulares de la misma, poniendo en conocimiento mediante transcripción el contenido de los artículos 6°, 10°, 11° y 16° de la citada Resolución.

Manifiesta que, los documentos presentados por el señor Jorge Hernán Ospina Zapata, fueron analizados, conforme a las reglas establecidas en la Resolución MD 20211030000246 del 29 de octubre de 2021, determinándose que el aspirante, no cumplía con el requisito de la declaración juramentada de bienes y rentas con el lleno de los requisitos legales, lo cual se publicó como información provisional, frente a lo cual el señor Ospina Zapata presentó reclamación, a la que se le dio respuesta dentro de los términos establecidos en la Resolución de Convocatoria; para garantizar los principios en los que se basa la misma, que se procedió de nuevo a revisar en su integridad el sobre presentado por el actor y el medio magnético al momento de la inscripción, evidenciándose que la declaración juramentada de bienes y rentas se presentó incompleta.

Dice que, *"Es deber del aspirante presentar la documentación como lo describe la Resolución, es decir observar cada uno de los requisitos exigidos, pues la carga de la información la tiene este y no la institución o entidad donde presente la documentación como aspirante a un cargo, por lo tanto, tal como se evidenció, el aspirante presentó el Formulario Único Declaración Juramentada de Bienes y Rentas incompleto anexando solo la hoja número 1 en dos (2) folios 5 y 6, como el mismo lo muestra en su escrito de tutela y no presenta la hoja número 2 de esta Declaración, la que valga la pena resaltar debe ser diligenciada y entregada de acuerdo con lo descrito por el Departamento Administrativo de la Función Pública y de obligatorio cumplimiento al tener del artículo 122 de la Constitución Política."*

Hace alusión a la subsidiariedad de la tutela indicando que, *"El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, establece que la Acción de Tutela se constituye en una acción residual o subsidiaria que no está llamada a prosperar como mecanismo alterno o sustituto de las vías legales de protección de derechos fundamentales, por lo cual sólo procede cuando el agraviado no cuenta con otro medio de defensa judicial o para precaver un perjuicio irremediable que busca ser conjurado de manera transitoria, esto es así porque la Acción de Tutela tiene la característica de ser un mecanismo excepcional y no la regla general."*, trayendo a colación lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia T-533 de 1998, *"(...) Nuevamente reitera la Corte Constitucional que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y que, por lo tanto, no cabe cuando al alcance del interesado existe un medio judicial ordinario apto para la protección de sus derechos, salvo el caso -verificado sin duda por el juez- de la inminencia de un perjuicio irremediable.* Termina la entidad solicitando que sea desestimada la pretensión de la acción de tutela.

A su turno, el CONCEJO DE MEDELLÍN a través de su Secretario General informó que una vez la corporación fue notificada de la decisión del Juzgado de suspensión del proceso de escogencia del Contralor del Municipio de Medellín, se procedió a dar cumplimiento a lo ordenado haciéndose la respectiva publicación en la página web institucional avisando de la suspensión a todos los interesados en la convocatoria y que, también se remitió el aviso al Tecnológico de Antioquia.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se ejerce para reclamar de la jurisdicción, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando se vean amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión de las autoridades o de los particulares mediante un procedimiento preferente y sumario.

LA TUTELA COMO MECANISMO SUBSIDIARIO

Ha sido reiterada la posición de la Corte Constitucional en cuanto al carácter subsidiario de la acción de tutela, que sólo será procedente en el evento de no existir mecanismos jurisdiccionales ordinarios eficaces para proteger los derechos que aleguen vulnerados quienes acudan a la jurisdicción, o que existiendo hayan sido debidamente agotados, toda vez que, la tutela no puede entenderse como una prerrogativa sustituta que permita reemplazar o suplir la presentación oportuna de las acciones ordinarias que ofrece el ordenamiento jurídico para amparar los derechos a través de la resolución de los litigios. La razón de ser de esto radica en la búsqueda de coherencia y adecuado funcionamiento del sistema normativo en el que, en condiciones normales, deben prevalecer los medios de control ordinarios, sobre los excepcionales. En este sentido se ha pronunciado esta Corte Constitucional señalando 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." (Sentencia T-106 de 1993)

La acción de tutela como mecanismo para el amparo de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano, consagrada en el artículo 86 de la Constitución, es como tal un recurso subsidiario con respecto a los procedimientos ordinarios que ofrece el ordenamiento jurídico, y no constituye entonces, una acción principal. La norma referida en su inciso 3º inequívocamente señala que: *"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"*. Así las cosas, ya ha sido reiterativa la Corte aclarando que se trata sin lugar a dudas de un mecanismo *"de evidente carácter residual que está previsto para asegurar la tutela efectiva y sustancial de los derechos constitucionales fundamentales, pues solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial"*¹, por lo que, su procedencia siempre se encontrará condicionada al agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios por parte del accionante, o de lo contrario, a la demostración de su inexistencia; esta exigencia es fundamental para poder entrar al análisis de fondo de una acción de tutela por parte del juez constitucional, toda vez que esta será *"improcedente cuando con ella se pretendan surtir mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido o incuria de quien solicita el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo"*². A pesar de ello, debe anotarse que de manera muy excepcional procede la interposición de la acción de tutela aún durante el trámite mismo de la instancia judicial ordinaria, de acuerdo a los lineamientos establecidos en la Sentencia T-181 de 1991, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, siempre y cuando se haya venido haciendo uso de los ya referidos mecanismos ordinarios de defensa judicial existentes.

En este orden de ideas, el art. 6 del Decreto Ley 2591 de 1991, que reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política imprime expresamente como una de las causales explícitas para la improcedencia de la acción enunciada: *"Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante."*; así queda evidenciado que la norma indicada señala con toda claridad el carácter excepcional de la tutela, lo que implica siempre agotar plenamente el mecanismo ordinario que exista, claro está en caso de que así sea, pues como señala la norma, tornará la acción en improcedente ya que esta no fue concebida para suplantar, usurpar ni sustituir los instrumentos usuales que ofrece el ordenamiento jurídico, puesto que a diferencia de estos, la tutela no debe tener una procedencia usual y frecuente para el amparo de los derechos, sino que como se ha reiterado desde el año 1993, y se insistió por la alta Corporación en el año 2001³ se trata de una acción típicamente excepcional. También, el numeral 1º de dicho artículo, establece un deber para el juez constitucional de realizar caso por caso un examen que permita establecer la eficacia del medio ordinario de defensa judicial, cuando éste exista, ponderando la finalidad de la acción judicial que se considera principal para el caso bajo conocimiento, que en últimas podría desplazar a la acción de tutela. Debe igualmente, determinar el resultado previsible del ejercicio de dicho mecanismo, para identificar si el juez competente en los diferentes procesos puede o no proteger los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, ya que de lo contrario podría tener procedencia la acción de tutela por cumplir un objetivo completamente diferente al mecanismo ordinario, e incluso tener consecuencias enteramente opuestas. Este examen deberá llevarse a cabo en cada uno de los

¹ Sentencia T-134 de 1994

² Sentencia T-567 de 1998

³ (Sentencia T-983)

casos considerando las situaciones particulares de los hechos que motivan la presentación de la acción, así como de los sujetos que las interponen.

No obstante el carácter subsidiario de la acción de tutela, esta exigencia resulta, en determinadas circunstancias, matizada, en razón de circunstancias muy particulares que pueden abarcar desde los hechos que llevan a interponer la acción como un criterio objetivo de ponderación, hasta las condiciones personales de los accionantes, que constituirán una valoración subjetiva que respalda una excepción a la referida regla general. En este orden de ideas, dentro de estos últimos se encuentran los sujetos de especial protección constitucional, que según lo ha definido la Corte son *"aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza"*⁴. De esta manera, resulta viable garantizar plenamente el derecho fundamental a la igualdad, ya que el artículo 13 de la Constitución Política al consagrar que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, abrió la puerta para garantizar la adopción de medidas destinadas a resguardar de manera especial a estos sujetos de especial protección constitucional, por las circunstancias en que se encuentren.

Dentro de estas medidas, que deben procurar abarcar el diferente ámbito de derechos que por su situación pueden resultar vulnerados cuando se compararen con un sujeto que no se encuentre en una condición similar, se deben incluir aquellos entre los cuales se encuentra el acceso a la administración de justicia. Por ende, ya desde el año 2013, la alta Corporación planteó que deben ser tenidos como *"(...)sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados"*⁵.

En últimas, la Corte Constitucional ha delimitado una serie de excepciones donde no obstante existir un medio ordinario de defensa judicial procederá la acción de tutela, específicamente cuando *"(i) (...) no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; (ii) aún cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; y iii) **el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas (...))**, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela"*⁶. Así las cosas, la regla de **subsidiariedad** de la acción de tutela no es tan estricta ni tan rígida para los sujetos de especial protección constitucional por la situación tan especial que ostentan, esto lo ha manifestado esta Corte al afirmar que:

"En relación con estas personas no es posible hacer el examen de subsidiariedad con la misma rigurosidad que para los demás. Por ello, el requisito de subsidiariedad no puede dejar sin contenido al trato preferencial que reciben los sujetos de especial protección constitucional. Un análisis riguroso de este principio de cara a dicho grupo acentuaría su condición de debilidad, toda vez que el juez de tutela aplicaría los mismos criterios que al común de la sociedad. Es por eso que su valoración no debe ser exclusivamente normativa. La evaluación debe prever los aspectos subjetivos del caso. Por tanto, cuando de los elementos del caso se concluya que la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección, el análisis se hace más flexible para el sujeto pero más riguroso para el juez, ya que debe considerar circunstancias adicionales a las que normalmente valora (...) En conclusión, los medios de defensa con los que cuentan los sujetos de especial

⁴ Sentencia T-157 de 2011

⁵ Sentencia T 736 de 2013

⁶ Sentencia T 185 de 2007, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería

protección constitucional se presumen inidóneos. Sin embargo, en cada caso, la condición de vulnerabilidad (persona de la tercera edad, niño o niña, persona en situación de discapacidad, etc.), debe ser analizada por el juez de tal forma que lo lleve a considerar que efectivamente, por sus características, en esa circunstancia en particular, se encuentra en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones⁷".

Así entonces se concluye, que no obstante la subsidiariedad es un requisito de procedencia de la acción de tutela que, dependiendo de las circunstancias particulares, fácticas y personales, el análisis de la existencia de un mecanismo ordinario deberá flexibilizarse en aras de proteger los derechos fundamentales de los actores en acciones de tutela, partiendo de algunos tan claros como el acceso a la administración de justicia.

En consecuencia, la alta Corporación Constitucional ha indicado reiteradamente que cuando de la acción de tutela se trate "...**el desconocimiento del principio de subsidiariedad 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.**"⁸, postura que, en definitiva, no hace más que reiterar el carácter **subsidiario** de la acción de tutela, que única y exclusivamente tendrá procedencia y cabida cuando el amenazado o vulnerado en sus derechos no cuente con ninguna otra acción o posibilidad de defensa judicial que lo preserve en éstos. (negritas del Despacho)

A pesar de lo anterior, cuando el Decreto enunciado, en su mismo artículo 6° pone de presente que: "*La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.*", debe analizarse primeramente si existe o no la acción ordinaria, y en caso tal, si no obstante estar, esta resulta realmente eficaz, considerando la situación particular del accionante, en este caso del señor JORGE HERNÁN OSPINA ZAPATA.

Entonces, sea lo primero manifestar que en el caso que ocupa a la Judicatura, el mecanismo jurisdiccional ordinario existe, tratándose puntualmente de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 CPACA), que no puede concurrir con la acción de tutela que se presenta con idénticas pretensiones, precisamente por el tan reiterado índole **subsidiario** que tiene, tal y como lo ha sostenido el alto Tribunal Constitucional.

Así las cosas, se concluye que en el caso del señor JORGE HERNÁN OSPINA ZAPATA la acción de tutela presentada no cumple con el criterio de **subsidiariedad**, toda vez, que cuenta con un instrumento ordinario para las pretensiones que solicita le sean concedidas, que efectivamente resulta ser la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, regulada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO

La tutela como mecanismo transitorio para la protección de derechos fundamentales debe entenderse como la excepción a la ya desarrollada regla de la **subsidiariedad** de la acción y el agotamiento efectivo de los medios ordinarios para aquellos casos en que debe dársele procedencia a este amparo, por encontrarse el accionante frente a la inminencia de la causación de un **perjuicio irremediable**, a pesar de existir una acción ordinaria que no obstante ser virtualmente idónea y aplicable al caso en concreto, carece de efectividad en la práctica, esto es, en la situación que se analiza. Reiterando su condición extraordinaria y que en caso de aceptarse la procedencia de la acción de tutela, no se releva al actor de su obligación de promover la acción ordinaria respectiva:

"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,

⁷ Sentencia T 398 de 2014

⁸ Sentencia T-1222 de 2001

el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que solo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado. Esta consideración se morigera con la opción de que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De no hacerse así, esto es, actuando en desconocimiento del principio de subsidiariedad se procedería en contravía de la articulación del sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario.”⁹.

El perjuicio irremediable, según el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 8º, dará lugar a la procedencia de la acción de tutela “Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial (...) cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, es decir, esta última característica es requisito indispensable para pretender la aceptación de una tutela como mecanismo transitorio para la protección de derechos cuando exista una acción ordinaria idónea como la nulidad y restablecimiento del derecho; sobre esto dijo la Corte en un primer momento que para considerarse irremediable: *“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”¹⁰.*

Posteriormente, la Sentencia T-007 de 2010, volvió a pronunciarse sobre las peculiaridades que un perjuicio que alguien alegue haber padecido debe tener para ser considerado por la Corporación como irremediable, remitiéndose a lo que en dicho fallo se identifica como una línea jurisprudencial que viene de la Sentencia T-043 de 2007, exponiendo que:

“En lo relativo a los requisitos para la acreditación de la inminencia de perjuicio irremediable, también existe una doctrina constitucional consolidada, la cual prevé que para que resulte comprobado este requisito debe acreditarse en el caso concreto que (i) se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable (...) la evaluación de los requisitos anteriores en el caso concreto no corresponde a un simple escrutinio fáctico, sino que debe tener en cuenta las circunstancias particulares del interesado (...) Especialmente, deberá analizarse si el afectado pertenece a alguna de las categorías sujetas a la especial protección del Estado. (...) tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia (...) es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto”.

A partir de estas consideraciones jurídicas, en el caso concreto se verifica que el señor JORGE HERNÁN OSPINA ZAPATA no se encuentra actualmente en presencia de un perjuicio irremediable por lo que no sería adecuado proceder a conceder la presente tutela, ya que lo que el actor alega haberle sucedido con la presentación de la documentación requerida para la convocatoria no se puede considerar procedente como mecanismo transitorio, por no cumplir con las condiciones que para ello establece el precedente transcrito

En el mismo orden de ideas, el actor tampoco ha negado la existencia de los medios ordinarios ni se acredita el requisito de la inminencia de un perjuicio irremediable, puesto que no se requieren medidas urgentes para superar un supuesto daño que conlleven a la procedencia de la presente tutela, ya que como se ha dicho el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se estima como un mecanismo ordinario y oportuno para las pretensiones que ocupan al despacho, tiene la posibilidad de solicitar la adopción de medidas de naturaleza preventiva en los términos del CPACA, que pueden tener los mismos efectos que una tutela transitoria sobre los actos

⁹ Sentencia T- 030 de 2015

¹⁰ Sentencia T-316 de 2001

administrativos que se están atacando, proferidos por el Tecnológico de Antioquia lo que la hace realmente eficaz para proteger los derechos presuntamente vulnerados del actor.

No solo resulta improcedente la tutela como mecanismo transitorio por lo que se ha anotado, sino también porque además de no cumplir la situación de hecho con los requisitos jurisprudenciales del simple escrutinio fáctico para la aplicación de la transitoriedad, ocurre también que el actor JORGE HERNÁN OSPINA ZAPATA, no es un sujeto de especial protección del Estado, por lo que no requiere un mecanismo especial para acceder a la administración de justicia como sería la acción de tutela al no estar en un grupo de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta, lo que implica que un supuesto perjuicio irremediable que de por sí no fue alegado no debe ser interpretado de forma amplia tal y como lo expresa la jurisprudencia referida, puesto que no es ni discapacitado, ni de la tercera edad, ni madre o padre cabeza de familia, o menor de edad.

Lo anterior, sumado a que quedó suficientemente desvirtuada una afectación actual a derechos fundamentales del actor, implican que la presente acción no puede ser considerada procedente como mecanismo transitorio, sino que debe reafirmarse el criterio de la subsidiariedad aplicando la regla general para las acciones de tutela, dejando de lado esta excepción para darle cabida a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 CPACA) como mecanismo idóneo y ordinario para dirimir la controversia presente.

Finalmente, se reitera que la acción de tutela presentada por el señor JORGE HERNÁN OSPINA ZAPATA, no es procedente en cuanto tiene la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que pueden llegar a ser igual de efectivas para suspender los efectos de los actos administrativos emitidos por el TECNOLÓGICO DE ANTIOQUIA. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en el fallo T-376 de 2016, donde se analizó la idoneidad de las medidas cautelares que se pueden solicitar ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo:

“Para su procedencia se estableció que la solicitud debe encontrarse debidamente sustentada y presentada en cualquier estado del proceso. Prescribió además que el juez o magistrado podrá decretarlas si las considera necesarias con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia...La medida cautelar de suspensión provisional se encuentra regulada en el artículo 231 en el que se contempló para su procedencia la comprobación de una contradicción entre el acto demandado y una norma superior o entre el acto cuestionado y el estudio de las pruebas allegadas a la solicitud...El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció un sistema innominado de medidas cautelares, como así se extrae de las expresiones contenidas en el artículo 230 que las contempló¹¹. Esto implica que, se puede adoptar por el juez una medida de cualquier tipo que se ajuste a las necesidades de la situación específica...se concluye que el cambio introducido por la ley estudiada dotó a los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de una perspectiva constitucional, dado que amplió la procedencia de las medidas cautelares que pueden ser decretadas en el ejercicio de cualquier acción propia de esta jurisdicción lo que admite, entre otras cosas, que la protección de los derechos constitucionales pueda llevarse, al menos prima facie, de manera efectiva. Estas consideraciones permiten, en abstracto, afirmar que el legislador realizó un esfuerzo importante para dotar de efectividad a los medios de control contemplados en la Ley 1437 de 2011, a fin de fortalecerla de cara a la protección de los derechos constitucionales.”

Así entonces, queda suficientemente claro que la acción de tutela instaurada por OSPINA ZAPATA, no solo resulta improcedente como mecanismo transitorio, por el hecho de no existir un perjuicio irremediable ni ser el actor un sujeto de especial protección del Estado, sino que en los términos de la jurisprudencia transcrita de la Corte queda puesta de presente suficiente

11 Auto del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015) del Consejo de Estado, en el que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, Subsección C, expediente número 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa) advirtió que: “[E]s preciso resaltar que el Código no establece un numerus clausus de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: “ordenar que se mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite “ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos” y, por último, “impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

evidencia sobre la efectividad de las medidas cautelares que el actor podría pedir ante la jurisdicción administrativa competente.

De esta manera, queda claro que el demandante no demostró la configuración de un perjuicio de carácter irremediable que amerite la intervención constitucional de manera transitoria, pues no probó en manera alguna un daño urgente, grave e inminente que se le cause con los actos administrativos emitidos por el TECNOLÓGICO DE ANTIOQUIA y que le impidió continuar con el trámite de la convocatoria de aspirante para Contralor Municipal de Medellín para el Periodo 2022-2025, lo cual torna en improcedente la tutela, ya que no se cumple con el criterio de subsidiariedad.

Contra la decisión que se ha de adoptar procede el recurso de apelación, pudiendo ser interpuesto por la parte interesada dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia de no ser recurrido será enviado al día siguiente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Séptimo Penal Municipal de Medellín con Función de Control de Garantías**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley,

RESUELVE

Primero: DECLARAR IMPROCEDENTE, la tutela promovida por JORGE HERNÁN OSPINA ZAPATA, contra la TECNOLÓGICO DE ANTIOQUIA Y CONCEJO DE MEDELLÍN, por las razones indicadas en la motivación.

Segundo: Notificar esta providencia a las partes por el medio más expedito.

Tercero: Si el fallo no fuere impugnado, envíese oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 33 DL. 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CONSUELO CERVERA CERVERA
JUEZA