

Ibagué, Jueves, 28 de septiembre de 2023.

Doctor:

JUECES DEL CIRCUITO -REPARTO-

E. S. D.

Referencia: **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA**
Accionante: **SAMUEL ENRIQUE DIAZ NINCO y MONICA LORENA QUIMBAYA QUINTERO**
C.C 1.075.222.031 y 1.075.249.807 DE NEIVA, HUILA
Accionando: **FISCALIA GENERAL DE LA NACION, U.T CONVOCATORIA FGN 2022 Y UNIVERSIDAD LIBRE**

SAMUEL ENRIQUE DIAZ NINCO y MONICA LORENA QUIMBAYA QUINTERO, identificados con la cédula de ciudadanía número 1.075.222.031 y 1.075.249.807 de Neiva, Huila, respectivamente, por medio del presente escrito formulamos ante ese despacho, ACCIÓN DE TUTELA, contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, U.T CONVOCATORIA FGN y la UNIVERSIDAD LIBRE** con el objeto que proteja nuestros derechos fundamentales de *Igualdad, derecho al mérito, acceso a cargos o función pública y debido proceso, entre otros*, que se encuentran siendo vulnerados por las entidades accionadas, con fundamento en lo siguiente:

HECHOS

PRIMERO: En el presente año, se publicó el acto administrativo sobre el concurso de méritos para ingresar al Sistema especial de Carrera Administrativa de la Fiscalía General de la Nación, mediante el acuerdo No 001 de 20 de enero de 2023 “*Por el cual se convoca y establecen las reglas del concurso de méritos para proveer 1.056 vacantes definitivas en las modalidades ascenso e ingreso, de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera*”.

SEGUNDO: Que derivado de lo anterior, nos inscribimos al concurso de mérito de la siguiente manera: SAMUEL ENRIQUE DIAZ NINCO, inscrito bajo el numero I-103-01(134)-65223 para el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipal y Promiscuo y bajo el numero I-102-01(134)-65226 para el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Circuito, siendo ADMITIDO en los dos cargos como se verifica a continuación:

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN SIDCA2

Resultados

NÚMERO DE INSCRIPCIÓN	NÚMERO DE DOCUMENTO	DENOMINACION	NIVEL
I-103-01(134)-65223	CC : 1075222031	FISCAL DELEGADO ANTE JUECES MUNICIPALES Y PROMISCUOS	PROFESIONAL
I-102-01(134)-65226	CC : 1075222031	FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DE CIRCUITO	PROFESIONAL
Páginas:		1 de 1	Total: 2

Asimismo, MONICA LORENA QUIMBAYA QUINTERO, fui inscrita bajo el numero I-103-01(134)-155467, siendo ADMITIDA para el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipal y Promiscuo, como se verifica a continuación.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN SIDCA2

Resultados

NÚMERO DE INSCRIPCIÓN	NÚMERO DE DOCUMENTO	DENOMINACION	NIVEL
I-103-01(134)-155467	CC : 1075249807	FISCAL DELEGADO ANTE JUECES MUNICIPALES Y PROMISCUOS	PROFESIONAL
Páginas:		1 de 1	Total: 1

TERCERO: Que según boletín informativo N° 9 de septiembre 8 de 2023, se reitero que el **10 de septiembre de 2023** se aplicará a los aspirantes ADMITIDOS la prueba escrita de componentes general, funcional y comportamental del concurso de mérito FGN 2022.

CUARTO: Que derivado de lo anterior, fuimos citados para presentar las pruebas de conocimiento en la fecha antes señalada para el 10 de septiembre de 2023, en la ciudad de Neiva.

QUINTO: Que mi esposa y accionante se encontraba en periodo de gestación, que dicho sea de paso de trataba de un embarazo de alto

riesgo, lo que dio lugar a que el día 06 de septiembre de 2023, a las 14:23 horas, fuera ingresada a la Clínica Keralty de la ciudad de Ibagué, para que iniciaran trabajo de parto quien luego de presentar complicaciones se hizo necesario el procedimiento quirúrgico cesárea el día **07 de septiembre de 2023**, que dio como resultado el nacimiento de mi hija LORENZA DIAZ QUIMBAYA, a las 4:03 AM, de ese mismo día.

Se precisa que de conformidad con la ley 2244 de 2022, *“Por medio de la cual se reconocen los derechos de la mujer en embarazo, trabajo de parto, parto y posparto y se dictan otras disposiciones o “Ley de Parto Digno, Respetado y Humanizado”* y por ser el único acudiente y responsable de mi esposa, estuve presente en todo el trabajo de parto incluida la cesárea.

QUINTO: Que derivado del procedimiento quirúrgico la accionante MONICA LORENA QUIMBAYA QUINTERO fue hospitalizada en la clínica Keralty de Ibagué, en la habitación N° 419 con acompañante, SAMUEL ENRIQUE DIAZ NINCO, permaneciendo en dicho centro médico por el periodo de tres (3) días, esto es, hasta el **09 de septiembre de 2023**, en horas de la tarde noche, cuando se le dio salida, con recomendaciones médicas, debido al dolor que sentía por el citado procedimiento quirúrgico y para lo cual requería el acompañamiento y apoyo constante durante los días posteriores del acá accionante DIAZ NINCO.

Asimismo, nuestra hija LORENZA DÍAZ QUIMBAYA desde su nacimiento fue hospitalizada en la UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS neonatal del periodo comprendido entre el 07 al **13 de septiembre de 2023**, permaneciendo siete (7) días hospitalizada y **encontrándose al cuidado único y exclusivo** de sus padres MONICA LORENA QUIMBAYA QUINTERO y SAMUEL ENRIQUE DIAZ NINCO, mismas personas que eran las únicas autorizadas para ingresar dentro de las instalaciones de la UCI, motivo por el cual nos rotábamos para estar al pendiente y cuidado de nuestra pequeña hija, durante toda su estancia en ese centro asistencial.

Se precisa que el accionante DIAZ NINCO, durante el interregno de los primeros 3 días posteriores al nacimiento de su menor hija, estuvo al cuidado especial de la misma, ya que su progenitora por las dolencias propias de la cirugía no pudo acudir a la UCI.

De otra parte dígase, que nuestro núcleo familiar se encuentra constituido únicamente por los acá accionantes y nuestra menor hija; asimismo, no contamos con familiares cercanos en la ciudad de Ibagué toda vez que nuestra familia en extenso reside en su totalidad en otras ciudades distantes del lugar de nuestra residencia actual – *Ibagué* –.

De modo que frente al accionante DIAZ NINCO, éste se constituyó en el único apoyo y acompañante físico y emocional, tanto de su compañera como de su recién nacida, circunstancia que se remarca impedía que se trasladara a otra ciudad y dejara a la intemperie y abandonadas a su pareja recién operada y a su hija en UCI, última esta que requería del acompañamiento presencial y contante de su padre, así como estar pendiente de la toma de cualquier decisión por parte de los médicos para el tratamiento de su salud.

SEXTO: Que ante esta circunstancia de fuerza mayor que imposibilitaba el traslado de una ciudad a otra, con distancia de más de 3 horas, y nuestra comparecencia a las pruebas de conocimiento del concurso de mérito de la FGN 2022, se elevó por parte del accionante DIAZ NINCO, solicitud de prueba supletoria donde se solicitaba fijar una nueva fecha y hora para la presentación de la misma y como lugar de la misma la ciudad de Ibagué, toda vez, que por la situación familiar presentaba, es lógico la inviabilidad de un traslado a la ciudad de Neiva, correspondiéndole la radicación N° UT2022-20230009703.

SEPTIMO: Que el Coordinador General del Concurso de Mérito FGN 2022, a través de oficio del 14 de septiembre de 2023, luego de transcribir el objeto y argumento de la solicitud de prueba supletoria, señaló la imposibilidad de acceder a la solicitud, bajo los siguientes argumentos:

“(..).De conformidad con lo establecido en los artículos 4 y 13 del Decreto Ley 020 de 20142, “La facultad para adelantar los procesos de selección o concursos para el ingreso a los cargos de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas, es de las Comisiones de la Carrera Especial, (...) la cual ejercerá sus funciones...” con el apoyo de la Subdirección de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía o de la dependencia que cumpla dichas funciones.

Con fundamento en lo anterior, la Fiscalía General de la Nación adelantó el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. FGN-NC-MEC-0006-2022, resultado del cual se suscribió el Contrato No. FGN-NC-0269-2022 entre la Fiscalía General de la Nación y la U.T Convocatoria FGN 2022, que tiene por objeto desarrollar el Concurso de Méritos FGN 2022.

Respecto a su solicitud, la U.T Convocatoria FGN 2022, se permite informarle que no es posible acceder a su solicitud de realizarle la prueba escrita en otra fecha diferente a la estipulada, siendo que desde que usted se inscribió aceptó las normas del concurso como lo señala en los artículos 4 y 13 del Acuerdo ya mencionado.

Es imperante reiterar que, en estos procesos de selección, no es posible realizar pruebas extemporáneas, toda vez que la etapa de pruebas, conlleva un sin número de actividades e implicaciones de carácter jurídico, técnico logístico y financiero. Desde el punto de vista legal se reitera que de acuerdo con el artículo 34 del Decreto Ley 020 de 2014, las pruebas tienen carácter reservado y en consecuencia sería necesario un nuevo proceso técnico de diseño de la

prueba, habilitación de un servidor de pruebas, auditoría de la estructura de la prueba, lectura de la prueba prediagramada, diagramación, entre otras.

En consecuencia, es de exclusiva responsabilidad consultar las OPECE, con el fin de constatar las condiciones del Requisito Mínimo de cada una de ellas, tanto de estudio como de experiencia y equivalencias establecidas, así como la realización del pago, y la elección de presentación de las pruebas escritas, por lo tanto no es posible acceder a su solicitud indicada en su escrito, es de resaltar que el aspirante desde el momento que se inscribe acepta todas las normas del concurso, siendo inalterables y de obligatorio cumplimiento, tanto para los participantes como para la FGN.

De igual manera la prueba ya se aplicó el día 10 e septiembre (...)”

Nótese que si bien se brindó respuesta, la misma no se detuvo a analizar si quiera las circunstancias puesta de presente, que dicho sea de paso **resultan imprevisibles**, y que imposibilitaban la comparecencia de los aspirantes accionantes a la aplicación de la pruebas escritas realizadas el 10 de septiembre de 2023; toda vez, que no se trataba de un hecho voluntario o programado, sino de un insuceso que se espera nunca suceda pero que ocurre y por lo tanto, merece un trato diferencial.

Sobre este punto, la Corte Constitucional, en sentencia SU-339 de 20117 precisó:

“... la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato– del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes”.

Lo que significa claramente que al evidenciarse de forma clara en los hoy accionantes, una situación **especial y diversa** como lo fue la hospitalización tanto de la madre y esposa accionante como la de hija de los extremos actores durante el periodo comprendido entre el **07 al 13 de septiembre de 2023**, resultaba perfectamente viable la aplicación de la prueba supletoria indistintamente de las normas que regulan el concurso, precisamente porque se trata de una situación particular que difiere totalmente de la regla general de los demás aspirantes del concurso que sí pudieron acudir al examen al no vivir una situación apremiante como la acontecida; motivo por el cual, no puede, ni debe medirse bajo el mismo racero a todos los concursantes y en consecuencia, se torna viable legal y **constitucionalmente** la realización de la prueba supletoria.

Sobre este aspecto, ya han existido pronunciamiento de la H. Corte Constitucional donde ha habilitado la posibilidad de presentar prueba de conocimiento en fechas distintas a la señalada cuando se evidencia un trato especial o extremo como el expuesto en el

presente libelo constitucional, a saber, las sentencias T-049 de 2019 y T-114 de 2022.

OCTAVO: En este orden, resulta pertinente recordar que el problema jurídico constitucional a analizar no se centra en las normas que regulan la convocatoria, sino en la situación diferencial que vivimos los accionantes durante el periodo comprendido entre el **07 al 13 de septiembre de 2023**, que impidió la asistencia a las pruebas de conocimiento en la ciudad de Neiva, **resultando necesario realizar un juicio integrado de igualdad o test de igualdad**, a efectos de determinar, si dicha, circunstancia de hechos expuesta torna procedente su reprogramación bajo una óptica humanizada y constitucional.

Bajo este contexto, se espera, que el juez constitucional busque la protección real y efectiva de nuestros derechos fundamentales, a tal punto que es perfectamente viable encausar el litigio hacia la fijación del debate constitucional que a su sentir corresponda a la realidad puesta de presente.

Posición que resulta acorde, con lo señalado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia SU-150-21 donde al determinar la línea jurisprudencia en relación a las atribuciones del juez para fijar el litigio y facultades extra y ultra petita, indicó:

*“(...) el juez de tutela debe analizar de manera oficiosa y a partir de las circunstancias concretas del caso, cuál es el conflicto que se le presenta, cuál es el objeto sobre el que recae el debate y cuál es la pretensión que en realidad se busca satisfacer a través del amparo constitucional. En efecto, por regla general, el juez deberá averiguar no solo todos los hechos determinantes **sino los derechos que puedan resultar afectados**, corrigiendo los errores o carencias técnicas en las que pudo haber incurrido el actor, siempre que tal actuación se haga a partir de los sucesos efectivamente narrados, de las pruebas aportadas y recaudadas y de las circunstancias relevantes que se hayan invocado en la solicitud de tutela.*

*Desde esta perspectiva, como principio básico de actuación y entendiendo que existen algunas excepciones puntuales, como ocurre en el caso de la acción de tutela contra providencias judiciales, el amparo no se somete a la lógica de la justicia rogada, de manera que –sobre la base de los límites ya expuestos– **si durante la acción de tutela el juez encuentra que el derecho fundamental vulnerado no es propiamente el que el actor invocó, advierte que las pretensiones no son idóneas para resguardar el derecho que debe protegerse o descubre que el sujeto causante de la vulneración no coincide con el señalado por la parte demandante, no debe por ello abdicar a su deber de protección de los derechos fundamentales, por el contrario, la informalidad, el impulso oficio y la prevalencia de lo sustancial conducen un resultado totalmente contrario, en el que el juez no debe limitarse estrictamente a lo solicitado por las partes, pudiendo fijar el alcance real del litigio, con miras a asegurar la efectiva protección de los derechos vulnerados o amenazados, con órdenes que sean consecuentes con el amparo pretendido**. No debe olvidarse que uno de los fines esenciales del Estado, en el que los jueces desempeñan un rol fundamental, es en garantizar la*

efectividad de los derechos consagrados en la Constitución (CP art. 2) (subrayado y negrilla fuera de texto) (...)”.

NOVENO: Conforme a lo reseñado, señor Juez, acudo a esta vía de defensa judicial, a fin de que se nos protejan los derechos fundamentales del *Igualdad, bajo un juicio integrado o teste de igualdad, derecho al mérito, acceso a cargos o función pública y debido proceso, entre otros*, en virtud, a lo dispuesto por la Jurisprudencia, en punto a tutelas interpuestas en el trámite de los concursos de méritos, convocados para acceder a cargos públicos, sostuvo que, por regla general, las decisiones dictadas en los concursos de méritos son actos administrativos de trámite, expedidos justamente para impulsar y dar continuidad a la convocatoria y contra los actos de trámite no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contenciosas administrativas y, por lo tanto, la tutela se ve como el remedio judicial idóneo y eficaz para la protección los derechos fundamentales de los concursantes¹.

Igualmente, la Acción de Tutela procede como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable, atendiendo que a la fecha el proceso se encuentra en la fase de calificación de las pruebas realizadas y una vez quede en firme este trámite, junto a la valoración de antecedentes, se emitirá la lista de elegibles y de acudir a un proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, se tiene que este *no es el medio adecuado, idóneo, ni eficaz* para tal efecto, pues dada la tardanza de ese tipo de procesos y teniendo en cuenta la realidad judicial de congestión que vivimos en la actualidad, la solución del litigio podría producirse después de finalizada la convocatoria, cuando ya la decisión que se profiera al respecto resulte inocua para los fines que aquí se persiguen. (En dichos términos lo ha reiterado la CORTE CONSTITUCIONAL en sentencia T- 441 de 2017).

2. DERECHOS VULNERADOS

Se vulneran los derechos fundamentales a la *Igualdad, bajo un juicio integrado o teste de igualdad, derecho al mérito, acceso a cargos o función pública y debido proceso, entre otros*.

3. PRETENSIÓN

¹ En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en Sentencia de AC-006982, sostuvo que “las decisiones dictadas durante un concurso docente son actos de trámite, expedidos dentro de la actuación propia del mismo y las determinaciones que en ellos se adoptan se hacen justamente para impulsar y dar continuidad al proceso de las convocatorias, en cumplimiento de los deberes legales de las entidades involucradas. Contra los actos de trámite no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contencioso-administrativas, por lo tanto, en el caso objeto de estudio, la actora no cuenta con otros medios de defensa para lograr la continuidad en el concurso docente y las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, no son eficaces para lograr la protección a los derechos fundamentales invocados”.

Solicito al señor Juez, que se amparen los derechos fundamentales al *Igualdad, bajo un juicio integrado o teste de igualdad, derecho al mérito, acceso a cargos o función pública y debido proceso*, y en consecuencia se ORDENE a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, U.T CONVOCATORIA FGN y la UNIVERSIDAD LIBRE**, que en el término de **quince (15) días siguientes**, a la notificación del presente fallo proceda a reprogramar y realizar la prueba escrita de componentes general, funcional y comportamental del concurso de mérito FGN 2022, en la ciudad de Ibagué (T) – *donde residimos actualmente* –, a los accionantes SAMUEL ENRIQUE DIAZ NINCO y MONICA LORENA QUIMBAYA QUINTERO para los cargos que fueron debidamente inscritos y admitidos en el concurso, esto es, Fiscal Delegado ante Jueces Municipal y Promiscuo y Fiscal Delegado ante Jueces Circuito, para el primero de los nombrados y Fiscal Delegado ante Jueces Municipal y Promiscuo para la segunda de las citadas.

4. SOLICITUD ESPECIAL EN CUANTO A LA PUBLICIDAD DEL ESCRITO DE TUTELA

Se solicita al Juez Constitucional que por reparto le corresponda el conocimiento de la presente acción constitucional, que de considerar necesaria el traslado de la demanda constitucional junto al auto admisorio de la misma a todos los aspirante del concurso, así como su publicación en el portal web de la convocatoria, se **ABSTENGA de remitir la totalidad del escrito de tutela, así como los medios de prueba que hacen parte de la misma, toda vez, que se trata de documentos sujetos a reserva legal y los fundamentos facticos expuestos corresponden a asuntos netamente personales, íntimos y familiares que no deben ser de conocimiento público, salvo de las entidades accionadas y el juez constitucional.**

En este orden, se autoriza que **únicamente** se de publicidad de las pretensión de la misma, esto es, “*Solicito al señor Juez, que se amparen los derechos fundamentales al Igualdad, bajo un juicio integrado o teste de igualdad, derecho al mérito, acceso a cargos o función pública y debido proceso, y en consecuencia se ORDENE a la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, U.T CONVOCATORIA FGN y la UNIVERSIDAD LIBRE, que en el término de quince (15) días siguientes, a la notificación del presente fallo proceda a reprogramar y realizar la prueba escrita de componentes general, funcional y comportamental del concurso de mérito FGN 2022, en la ciudad de Ibagué (T) – donde residimos actualmente –, a los accionantes SAMUEL ENRIQUE DIAZ NINCO y MONICA LORENA QUIMBAYA QUINTERO para los cargos que fueron debidamente inscritos y admitidos en el concurso, esto es, Fiscal Delegado ante Jueces Municipal y Promiscuo y Fiscal Delegado ante Jueces Circuito, para el primero de los nombrados y*

Fiscal Delegado ante Jueces Municipal y Promiscuo para la segunda de las citadas”, para que las partes aspirante a las convocatoria que desean pronunciarse lo hagan al respecto. Lo anterior, se precisa, de considerarlo de especial relevancia e importancia constitucional.

En consecuencia, se solicita dar prevalencia y especial protección al derecho fundamental de la **intimidad familiar dentro del presente asunto.**

5. JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA

a. Procedencia de la acción de tutela para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un Concurso Público.

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991, establece la posibilidad del ejercicio de la acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales en los casos en que estos resultaren vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública siempre y cuando el afectado, conforme lo establece el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la referida acción se utilice como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

En materia de concursos públicos, si bien en principio podría sostenerse que los afectados por una presunta vulneración de sus derechos fundamentales pueden controvertir las decisiones tomadas por la administración -las cuales están contenidas en actos administrativos de carácter general o de carácter particular-, mediante las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo, se ha estimado que estas vías judiciales no son siempre idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados.

Al respecto en la sentencia T-256 de 1995 (MP Antonio Barrera Carbonell), decisión reiterada en numerosos fallos posteriores, sostuvo: ***“La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda,***

cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, más aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales”.

De otro lado, el reiterado criterio de la Sala apunta a que tratándose de acciones de tutela en las que se invoque la vulneración de derechos fundamentales al interior de un concurso de méritos en desarrollo, su procedencia es viable a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, teniendo en cuenta la agilidad con que se desarrollan sus etapas, frente a las cuales el medio principal de protección dispuesto por el ordenamiento jurídico no garantiza la inmediatez de las medidas que llegaren a necesitarse para conjurar el eventual daño ocasionado a los intereses de quien acude en tutela, si llegare a demostrarse la violación de los derechos reclamados².

b. procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de quienes participan en concurso de méritos, al respecto indicó:

“(...) la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto”, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.

Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular.”

A pesar de ello, se debe advertir que la sentencia citada es anterior a la expedición de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual corresponde dilucidar si con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Radicación No: 15001-23-33-000-2013 – 00563-02

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) el mecanismo ordinario de protección de los derechos de los participantes en concursos de méritos, gozan de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales.

En línea con lo anterior, la Ley 1437 de 2011, establece en el artículo 137 que “(t)oda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general (...)”.

Adicionalmente, en su artículo 138 contempla que “(t)oda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se restablezca el derecho (...). Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo (...)”.

Luego, en el artículo 229, se establece que “en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo”.

Por último, en el literal b), del numeral 4° del artículo 231 del mismo Código, consagra **la procedencia de la suspensión provisional del acto administrativo, cuando** “existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”.

No obstante lo anterior, respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, esta Corporación ha señalado que existen, al menos, **dos excepciones que tornan procedente la acción de tutela para cuestionar actos administrativos**³:

“(i) cuando pese a la existencia de un mecanismo judicial idóneo, esto es, adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, el mismo no goza de suficiente efectividad para la protección de los derechos fundamentales invocados como amenazados a la luz del caso concreto; o, (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que implica una

*situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible*⁴.

Así mismo, el Consejo de Estado en la Sentencia de 24 de abril de 2008 Expediente núm. AC-2008-00018, precisó lo siguiente:

(...) La Sala estima pertinente precisar que, en principio, y en atención al artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela no sería procedente para el evento que nos ocupa, debido a la existencia de otro medio de defensa judicial, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, ha sido reiterada la Jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, en cuanto a que en tratándose de la protección oportuna de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en el proceso de selección de un aspirante a un cargo de carrera proveído mediante concurso de méritos, el presente amparo es el único mecanismo idóneo para restaurar eficaz y oportunamente los derechos fundamentales. Así lo precisó la Corte Constitucional en sentencia T- 2.861.822 de 28 de marzo de 2011, con ponencia del Magistrado doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, que al efecto expuso:

Sin embargo, conviene precisar que la existencia de diversos medios de defensa judicial debe ser analizada por el juez constitucional en términos de idoneidad y eficacia, frente a la situación particular de quien invoca el amparo constitucional, como quiera que una interpretación restrictiva de la norma, conllevaría la vulneración de derechos fundamentales, si con el ejercicio de dichos mecanismos no se logra la protección efectiva de los derechos conculcados. En estos eventos, se ha admitido la procedencia del amparo constitucional, incluso como mecanismo definitivo, siempre que se logre determinar que las vías ordinarias -jurisdiccionales o administrativas- no son lo suficientemente expeditas para prodigar una protección inmediata y real”.

En el presente asunto, si bien es cierto que los demandantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial para controvertir las medidas adoptadas por la CNSC, por cuanto pueden acudir a la jurisdicción de lo Contencioso administrativo para obtener la nulidad de los actos a través de los cuales fueron excluidos del proceso de selección, también lo es que ese mecanismo no es el medio idóneo ni eficaz para tal efecto, pues dada la tardanza de ese tipo de procesos, la solución del litigio podría producirse después de finalizada la convocatoria, cuando ya la decisión que se profiera al respecto resulte inocua para los fines que aquí se persiguen, los cuales se concretan en la posibilidad de continuar participando en el proceso de selección para

acceder a un cargo de carrera administrativa en el desarrollo de la Convocatoria No. 001 de 2005.”

c. frente a la vulneración de derechos fundamentales en desarrollo de los concursos públicos de méritos, bajo la misma línea argumentativa se tiene que.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procede cuando existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Es decir, que siempre que se desconozca el contenido de un derecho fundamental y exista para su protección un mecanismo dentro del ordenamiento jurídico, debe atenderse a su contenido debido al carácter residual de aquel instrumento constitucional.

No obstante, si se probare la violación de algún derecho fundamental y pese a la existencia de ese mecanismo alternativo, se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela entraría a operar de manera transitoria como el instrumento de protección eficaz para tal cometido.

Con todo y esto en sede constitucional debe observarse también si el otro instrumento procesal que desplaza el radio de acción de la tutela es eficaz para la protección del derecho fundamental que invoca el demandante como vulnerado. Así se ha pronunciado la Corte Constitucional en Sentencia T – 441 del 12 de octubre de 1993, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo:

*“...la existencia del medio judicial alternativo, suficiente para que no quepa la acción de tutela, debe apreciarse **en relación con el derecho fundamental de que se trata**, no respecto de otros.*

Esto significa que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado. En consecuencia, si dicho medio protege derechos distintos, es viable la acción de tutela en lo que concierne al derecho que el señalado medio no protege, pues para la protección de aquel se entiende que no hay otro procedimiento de defensa que pueda intentarse ante los jueces.

Desde este punto de vista, es necesario que el juez de tutela identifique con absoluta precisión en el caso concreto cuál es el derecho fundamental sujeto a violación o amenaza, para evitar atribuirle equivocadamente una vía de solución legal que no se ajusta, como debería ocurrir, al objetivo constitucional de protección cierta y efectiva” (Artículos 2, 5 y 86 de la Constitución).

*Teniendo presente la anterior jurisprudencia, y de frente a un supuesto de hecho semejante al que aquí se discute, la Corte Constitucional en **Sentencia de Unificación SU-086 de 1999**, reiterada en otros pronunciamientos¹, sostuvo **que el único mecanismo idóneo para restaurar eficaz y oportunamente los derechos fundamentales violados en el proceso de selección de un aspirante a un cargo de carrera administrativa proveído por medio de concurso de méritos es la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho...***

La Igualdad como Valor, Principio y Derecho.

Como lo ha reseñado la jurisprudencia de la Corte, la igualdad tiene un triple rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho⁵. En tanto valor, la igualdad es una norma que establece fines o propósitos, cuya realización es exigible a todas las autoridades públicas y en especial al legislador, en el desarrollo de su labor de concreción de los textos constitucionales. En su rol de principio, se ha considerado como un mandato de optimización que establece un deber ser específico, que admite su incorporación en reglas concretas derivadas del ejercicio de la función legislativa o que habilita su uso como herramienta general en la resolución de controversias sometidas a la decisión de los jueces. Finalmente, en tanto derecho, la igualdad se manifiesta en una potestad o facultad subjetiva que impone deberes de abstención como la prohibición de la discriminación, al mismo tiempo que exige obligaciones puntuales de acción, como ocurre con la consagración de tratos favorables para grupos puestos en situación de debilidad manifiesta.

A pesar de lo anterior, como ha sido resaltado por este Tribunal, la igualdad carece de un contenido material específico, es decir, “a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana, sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado”⁶. De ahí surge uno de los principales atributos que la identifica como lo es su carácter relacional.

En todo caso, vista la igualdad como principio, su contenido puede aplicarse a múltiples ámbitos del quehacer humano, y no sólo a uno o alguno de ellos. Esta circunstancia, en lo que corresponde a la igualdad de trato, comporta el surgimiento de dos mandatos específicos, cuyo origen responde al deber ser que le es inherente, esto es, **(i) el de dar un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no haya razones suficientes para**

⁵ Sentencias T-406 de 1992, T-881 de 2002, C-818 de 2010 y C-250 de 2012.

⁶ Sentencia C-818 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Esta providencia ha sido reiterada en varias oportunidades, como se destaca en las Sentencias C-250 de 2012 y C-743 de 2015.

darles un trato diferente; y (ii) el de dar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes⁷.

Los antedichos mandatos, conforme al grado de semejanza o de identidad, se pueden precisar en cuatro reglas: (i) la de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) la de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras⁸.

Por último, en atención a su carácter relacional, el análisis de la igualdad da lugar a un juicio tripartito, pues involucra el examen del precepto demandado, la revisión del supuesto o régimen jurídico respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado y la consideración del principio de igualdad. Por ello, ante la dificultad de este examen, la Corte suele emplear herramientas metodológicas como el juicio integrado de igualdad⁹.

5. PRUEBAS

Ruego al señor juez que con el fin de establecer la amenaza y violación de mis derechos fundamentales se sirva tener en cuenta las siguientes pruebas

DOCUMENTALES:

1. Respuesta a la solicitud de prueba supletoria.
2. Historia Clínica ~~-documentos reservados-~~ solo para las partes y juez constitucional para el proveer de la tutela, de MONICA LORENA QUIMBAYA QUINTERO y LORENZA DÍAZ QUIMBAYA ***-menor de edad y sujeto de especial protección constitucional-***, **por lo que se prohíbe su publicación en la página web de la convocatoria o en cualquier otro medio.**
3. Registro Civil de Nacimiento de la menor LORENZA DÍAZ QUIMBAYA, del cual también **se prohíbe su publicación en la página web de la convocatoria o en cualquier otro medio**
4. Fallo de tutela de segunda instancia del Tribunal Superior de Tunja, Sala Civil-Familia adiado el 28 de septiembre de 2022, que amparo un asunto similar al planteado.

⁷ Sentencias C-862 de 2008 y C-551 de 2015.

⁸ Sentencias C-862 de 2008, C-818 de 2010, C-250 de 2012, C-015 de 2014, C-239 de 2014, C-240 de 2014, C-811 de 2014 y C-329 de 2015.

⁹ Sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Las demás que de oficio considere pertinentes.

6. COMPETENCIA

Es usted competente Señor Juez por la naturaleza constitucional del asunto y por tener jurisdicción en el lugar de ocurrencia de la amenaza y vulneración de los derechos fundamentales invocados, conforme al Art 37 del Decreto 2591 de 1991.

7. JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento, manifestamos que no hemos puesto otra tutela con fundamento en los mismos hechos y Derechos materias de esta acción según el Art 37 del Decreto 2591 de 1991.

8. NOTIFICACIONES

LOS ACCIONANTES

Para efectos de notificación se me puede localizar en la Carrera 3 N°

LA ACCIONADA:

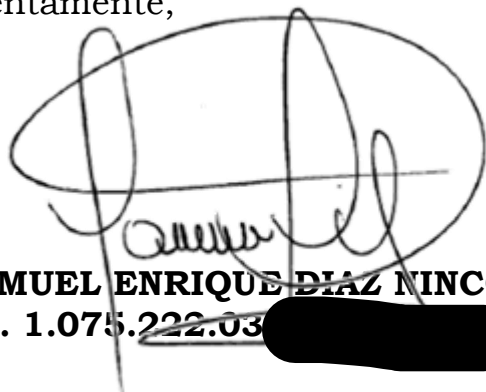
FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, Correo de notificaciones: juridicanotificacionestutela@fiscalia.gov.co

UNIVERSIDAD LIBRE, Correo de notificaciones: juridicanotificacionestutela@fiscalia.gov.co y infofgn@unilibre.edu.co

U.T CONVOCATORIA FGN Correo de notificaciones: infosidca2@unilibre.edu.co

Del señor Juez,

Atentamente,



SAMUEL ENRIQUE DIAZ NINCO
CC. 1.075.222.03

Monica Lorena Quimbaya Quintero

MONICA LORENA QUMBAYA QUINTERO
CC. 1,075.249.807 