

**Honorable
JUEZ CONSTITUCIONAL DE CIRCUITO REPARTO
Santa Marta, Magdalena**

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA

Accionante: BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA CC. 57.461.609

**Accionados: COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN. - UT CONVOCATORIA FGN 2022.
UNIVERSIDAD LIBRE**

BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA, identificado con cedula de ciudadanía 57.461.609 de Santa Marta, Magdalena, domiciliado en Santa Marta, en calidad de aspirante de la convocatoria del concurso de méritos para proveer vacantes definitivas provistas en provisionalidad, en la modalidad de ingreso, de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, pertenecientes al Sistema Especial de Carrera, Acuerdo 001 de 20 de febrero de 2023, concretamente en los empleos de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES PENALES DE CIRCUITO, con código de OPECE I-102-01-(134), en el nivel PROFESIONAL, actuando en nombre propio, en ejercicio del artículo 86 de la Constitución Política, y de conformidad con los Decretos 2591 de 1991; 306 de 1992 y 1386 de 2000, interpongo ante su honorable despacho la presente acción de tutela, con el fin de que se me protejan mis derechos fundamentales a los principios de legalidad, buena fe, debido proceso, confianza legítima, igualdad y transparencia, los cuales considero vulnerados por la COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA UT CONVOCATORIA FGN 2022-UNIVERSIDAD LIBRE; para fundamentar esta acción constitucional me permito relacionar los siguientes:

Hechos

PRIMERO: El mencionado Concurso se encuentra regulado por el Acuerdo 001 del 20 de febrero 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 personas de la Fiscalía General de la Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera.

SEGUNDO: En el marco de dicha convocatoria me inscribí al cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES PENALES DE CIRCUITO, con código de OPECE I-102-01-(134), modalidad de ingreso, aportando todos los documentos exigidos para dicho cargo, tales como el requisito académico, certificado de experiencia laboral, documento que me acredita como colombiano de nacimiento, pagué los derechos de inscripción, etc., todo de acuerdo a las reglas del aludido concurso.

TERCERO: En desarrollo de las etapas del Concurso de Méritos expuesto, el 15 de agosto del 2023 fueron publicados los resultados definitivos de la etapa de Verificación del Cumplimiento de Requisitos Mínimos y Condiciones de Participación -VRMCP, y en consecuencia fui ADMITIDO y continué en el concurso de méritos, RAZÓN POR LA CUAL FUI CONVOCADO PARA LA REALIZACIÓN DE LAS PRUEBAS ESCRITAS EFECTUADAS EL 10 DE SEPTIEMBRE DE 2023, LAS CUALES SUPERÉ SATISFACTORIAMENTE.

CUARTO: No obstante lo anterior, la Unión Temporal emitió el Auto No. 320 del 28 de noviembre de 2023, mediante el cual se dispuso iniciar una actuación administrativa tendiente a determinar, nuevamente, el cumplimiento de los Requisitos Mínimos y Condiciones de Participación de mi parte y la eventual exclusión del Concurso de Méritos FGN. Auto que me fue notificado y ante el cual expresé solicité se tuviera como prueba la certificación expedida por la Dirección Seccional de Administración Judicial, fechada 13 de diciembre de 2023, en la cual se manifiesta que el documento aportado al momento de la inscripción al concurso de la fiscalía General de la Nación, goza de autenticidad y corresponde a mi realidad labora. Es decir, no se pretendía aportar una nueva certificación, solo acreditar que la aportada al momento de la inscripción goza de autenticidad. Sin embargo, la entidad no la tuvo en cuenta por considerar, erróneamente, que el momento de aportar documento para acreditar experiencia ya había fenecido, siendo que lo que se pretendía, se itera, era probar la autenticidad del aportado al momento de la inscripción. En consecuencia, nuevamente vulnera mis derechos al debido proceso al no valorar una prueba dentro de la actuación administrativa.

QUINTO: Mediante la RESOLUCIÓN No. 320. Por medio de la cual se concluye una actuación administrativa tendiente a determinar el cumplimiento de los Requisitos Mínimos y Condiciones de Participación del aspirante BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA, identificada con cédula de ciudadanía No. 57.461.609, dentro del Concurso de Méritos FGN 2022 el 03 de enero de 2024, se dispuso modificar mi estado como aspirante y pasé de ser ADMITIDO a NO ADMITIDO para el empleo denominado FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DE CIRCUITO con código de OPECE I-102-01- (134); como consecuencia de ello, fui excluido del Concurso de Méritos FGN 2022.

SEXTO: Debido a que esa decisión flagrantemente desconoce la Constitución y la Ley, así como el mérito, el debido proceso, el principio de buena fe y, entre otros, el derecho de contradicción, interpusé recurso de reposición, como única opción que se me otorgaba; sin embargo, la LA U.T CONVOCATORIA FGN 2022, de manera tozuda continúa insistiendo que debo ser excluido del concurso y, de acuerdo con ello, mediante resolución 477 de 26 de enero de 2024 no repuso la resolución 320 a través de la cual se resolvió modificar mi estado de ADMITIDO a NO ADMITIDO y la consecuente exclusión del concurso de méritos FGN 2022. Decisión frente a la cual se indicó que no procedía recurso alguno.

SÉPTIMO: El motivo que generó la modificación de mi estado de ADMITIDO a NO ADMITIDO, y la consecuente EXCLUSIÓN del concurso, fue porque no se tuvo en cuenta, como factor experiencia, el lapso que llevo laborando durante más de 15 años al servicio de la Rama Judicial, dado que según la entidad accionada, el certificado aportado no es válido para el cumplimiento de requisitos mínimos de experiencia, toda vez que el soporte carece de firma de quien lo expide, formalidad contemplada en el artículo 18° del Acuerdo No. 001 de 2023.

Es importante destacar que al momento de la inscripción en el concurso aporté, como sustento de la experiencia, un certificado expedido por el sistema EFINOMINA, plataforma digital con la que cuenta el Consejo Superior de la Judicatura para todos los trámites en línea como certificaciones laborales y de tiempo de servicio completo, verificable, electrónicamente en el portal <https://efinomina.ramajudicial.gov.co/EfinominaEL/default.aspx>, número de certificado 10540 de 17 de abril de 2023; además, también se puede verificar comunicándose al número 954211551, área respectiva de talento humano, como bien se indica en la parte inferior del documento aportado.

OCTAVO: Al no haberse repuesto la arbitraria decisión por la accionada y no tener ningún tipo de recurso en contra de esa decisión, me estoy quedando injustamente por fuera del concurso luego de haber superado satisfactoriamente la etapa de evaluación de conocimientos, no porque no cumpla los requisitos, porque sí los reúno claramente, sino por una interpretación del acuerdo que regula la convocatoria, interpretación que violenta el principio de la buena fe, transparencia, debido proceso, confianza legítima, mérito, etc., firma que partiendo del principio de buena fe; desconoce la accionada Ley 1712 de 2014, Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional, la cual indica que la información suministrada en los sistemas de información del Estado es veraz y auténtica, que la información allí plasmada es fidedigna, por lo que solicito que se vincule LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y SU SECCIONAL MAGDALENA, para que emita informe relativo a la validez y autenticidad del certificado expedido a mi nombre.

Fundamentos de vulneración

- **Desconocimiento de la Ley 1712 de 2014 y del Acuerdo 001 de 2023**

Las decisiones de las entidades accionadas desconocen que la información suministrada es veraz y auténtica al tenor de lo exigido por la Ley 1712 de 2014, Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho

de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones, en cuanto a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y en aplicación de los principios de información que dicha ley establece en su artículo 9, atinentes a la información mínima obligatoria.

Asimismo, el mismo el CGP, en relación con la autenticidad de los documentos, indica que lo es cuando exista certeza respecto de la persona a quien se le atribuya el documento, es claro que el documento aportado fue expedido por la "DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y SUS SECCIONALES DE LA RAMA JUDICIAL", a través de una plataforma digital, EFINOMINA, y que en el lugar donde corresponde a la firma, se encuentra una firma autógrafa denominada "RAMA JUDICIAL", el cual corresponde al nombre de la entidad que lo expide; luego no es verdad que carezca de firma de quien lo expide y es claro que hay absoluta certeza de que fue la RAMA JUDICIAL la que elaboro y emitió dicho documento.

Lo que sucede es que es una modalidad de certificación que ni la ley ni el Acuerdo 001 de 2023 la prohíben o le resten validez, sino que la accionada, a través de una simple interpretación y con exceso en un ritualismo absurdo e injustificado, el cual a través de una lectura sesgada del documento aportado, concluye que carece de validez, pero ni la Ley ni el acuerdo de convocatoria indican que la única posibilidad de certificación de experiencia es aquella suscrita por un ser humano en ejercicio de un cargo en específico, por ello se insiste en que esa interpretación de la entidad accionada contraviene la constitución al presumir la mala fe, no sólo en mí como participante del concurso, sino de la Administración de Justicia al descalificar la certificación a través de la plataforma EFINOMINA; ello, per se, es un acto injusto, arbitrario y una verdadera vía de hecho.

También desconoce la Ley y el Acuerdo 001 de 2023, porque allí, se itera, en ninguna parte dice o se manifiesta que es invalidada una certificación si no es expedida y firmada por un ser humano en ejercicio de un cargo en particular.

En el referido Acuerdo, en cuanto a la certificación de la experiencia de indica:

"Experiencia: La experiencia se acredita mediante la presentación de constancias escritas expedidas por la autoridad competente de las respectivas instituciones públicas o privadas. Las certificaciones o declaraciones de experiencia deberán contener como mínimo, los siguientes (...) firma de quien lo expide o mecanismo electrónico de verificación"

Visto lo anterior y como se viene de dilucidar, no es cierto que el documento que aporte para acreditar mi experiencia carezca de firma de quien lo expide, pues se sabe, con absoluta certeza, que lo expide la RAMA JUDICIAL, a través de la plataforma EFINOMINA, por ello allí, en la parte donde debería ir una firma autógrafa si fuese un humano, se encuentra el nombre de "RAMA JUDICIAL", por tratarse de una plataforma que lo expide automáticamente; del cual se tiene certeza que es un documento que emana de los sistemas de información del Estado, que la entidad que lo expide tiene un nombre o una razón social, que tiene todos los logos y distintivos que la distinguen e identifican como la entidad pública que dice ser, que en el documento son visibles mis nombres, apellidos e identificación, los empleos que he desempeñado, precisando fecha inicial y fechas de egreso en cada uno de los cargos, etc. Certificación que, además de lo anteriormente planteado, también tiene una fecha de elaboración, 17 de abril de 2023, un número que distingue el certificado de todos los demás, "Efinomina- 10540- Reporte Tiempo Servicio", por lo que, en consecuencia, es absolutamente claro la entidad pública que lo expide, por ello no es de recibo que se pretenda expresar algún tipo de incertidumbre o mácula en relación con dicha certificación con el pretexto de que no aparece la firma de quien lo suscribe, es decir una persona de la especie humana, cuando de una lectura, inclusive desprevenida, se evidencia que es expedido por una plataforma diseñada para dicho fin, situación que no contraviene ni la constitución, ni la ley, ni el Acuerdo que regula la convocatoria.

Así las cosas, cuanto debe presumirse es la veracidad y legitimidad de la información aportada como experiencia para la inscripción, misma que no deviene de una entidad privada sino de una entidad pública que, al igual que la Fiscalía General de la Nación, hace parte de la Rama Judicial y no es que carezca de firma autógrafa como se presume por la accionada, sino que esa certificación en particular, repito, la expide LA ENTIDAD como tal a través de una plataforma digital y es completamente verificable.

- Debido Proceso

Las accionadas han desconocido lo establecido en la sentencia C- 034 de 2014, , en la cual la Corte Constitucional mencionó lo siguiente: "En ese sentido, es posible concluir que la pluralidad de principios del debido proceso administrativo involucra los derechos de defensa y contradicción, ambos con naturaleza y estructura autónoma de derecho fundamental. En tal sentido, en sentencia T-1341 de 2001, la Corte sentenció: "i.) La efectividad de ese derecho en las instancias administrativas supone la posibilidad de que el administrado interesado en la decisión final que se adopte con respecto de sus derechos e intereses, pueda cuestionarla

y presentar pruebas, así como controvertir las que se alleguen en su contra (CP, art. 29), pues, a juicio de la Corte, de esta forma se permite racionalizar el proceso de toma de decisiones administrativas, en tanto que ello evidentemente constituye un límite para evitar la arbitrariedad del poder público. (subraya fuera de texto)

artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, y en armonía con lo preceptuado por el artículo 2 de la misma Ley, son admisibles todos los medios de prueba señalados en la Ley 1564 de 2012 "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso". Artículo 77 y 79 de la Ley 1437 de 2011.

- **Vía de Hecho**

De otro lado, el obrar de la entidad accionada es arbitrario, caprichoso, con exceso en las formalidades y constituye una flagrante vía de hecho, ya que en este caso en específico al representar al Estado en la elaboración de las reglas del concurso de méritos, no sólo desconoce con su actuar los principios constitucionales de confianza legítima y buena fe, sino los postulados de prevalencia de los derechos sustanciales sobre las formas, De modo que, a partir del artículo 228 de la Constitución Política el contenido y alcance de las normas formales y procesales -necesarias en cualquier ordenamiento jurídico para la operatividad y eficacia de las disposiciones de índole sustantivo es preciso efectuarse de consuno con los principios constitucionales en los que, sin hesitación, se privilegia la materialización del derecho sustancial sobre el procesal, es decir, un derecho justo que se acopla y entra en permanente interacción con la realidad a través de vasos comunicantes" Sentencia del 28 de agosto de 2013. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. 05001-23-31-0001996-00659-01 (25022)

Adicional al fundamento constitucional aludido, debe tenerse en cuenta para la acreditación de la experiencia, que es precisamente el asunto que nos atañe en este caso específico, el concepto 393471 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, Radicado 20216000393471, del 29 de octubre de 2021, en el cual, en concordancia con los Decretos 1083 de 2015 y 019 de 2012, concluyó:

1. "¿Debe corroborarse la autenticidad del documento aportado para acreditar educación o experiencia?"

"Conforme a la normativa señalada, los documentos públicos y privados se presumen auténticos, mientras no se compruebe lo contrario mediante la tacha de falsedad. Las Entidades Estatales no podrán solicitar autenticaciones, reconocimiento, presentación personal o trámites adicionales para un nombramiento, excepto cuando la ley lo exige expresamente."

Ahora bien, se insiste, en este estado de cosas, hay que aclarar que la certificación por mí aportada NO CARECE DE FIRMA, sino que es una modalidad de certificación expedida por la entidad pública encargada de su expedición (LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y SUS SECCIONALES), respecto de la cual, para el caso concreto, no se puede exigir que tenga una signatura en específico, mecanografiada, escrita o autógrafa como si la hubiese expedido un ser humano en ejercicio de un cargo en específico; además, la certificación aportada es verificable por los medios insertos en la misma como se viene de dilucidar, luego, no se puede presumir que carezca de autenticidad porque, se itera, ello es violatorio de la constitución y la ley, además, al ser verificable se aviene o está de conformidad con el acuerdo 001 de 2023 antes referenciado.

- **Desconocimiento de la Ley 1437 de 2011**

Recuérdese, en cuanto a la autenticidad de los documentos, lo establecido en la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 55 expresa: "Documento público en medio electrónico. Los documentos públicos autorizados o suscritos por medios electrónicos tienen la validez y fuerza probatoria que le confieren a los mismos las disposiciones del Código de Procedimiento Civil"

En tanto a la normatividad civil, en lo atinente a la regulación vigente dispones, Ley 1564 de 2012:

"Artículo 244. Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento. Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso"

En este caso particular, nótese que hay absoluta certeza sobre a quien se atribuye la elaboración del documento, es decir, la "DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y SUS SECCIONALES EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y SUS SECCIONALES DE LA RAMA JUDICIAL" debe presumirse auténtico mientras no sea tachado de falso por la entidad accionada, situación que no ha sucedido.

En relación con dichos elementos la Corte constitucional en Sentencia T-972/1 indicó que por autenticidad de un documento se entiende la certeza

respecto a la persona que lo elabora, que para este caso es la entidad de la cual proviene, Rama Judicial, plataforma EFINOMINA. Agrega la Corte que “lo expuesto permite sostener que, aún cuando la firma es uno de los medios o formas que conducen al reconocimiento de la certeza sobre la autoría de un documento e incluso a la presunción de autenticidad, no es el único, pues existen otros que también dan lugar a la certeza de su autenticidad cuando se trata de documentos elaborados o manuscritos, como las marcas, las improntas, o cualquier señal física y/o electrónica (...)

- **Derecho a la igualdad**

Finalmente, y como medio ilustrativo de la violación de mis derechos fundamentales por parte de las entidades accionadas, con absoluto respeto y consciente de la independencia y autonomía de los Jueces al momento de emitir sus decisiones, pongo a consideración de su honorable Despacho Sentencia de tutela de segunda instancia, de fecha 23 de octubre de 2023, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena que, en un asunto similar, confirmó sentencia de primer grado amparando los derechos fundamentales solicitados. Rad. Único: 13 836 31 03001 2023 10052 01. M. P. MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA.

También tutela de segunda instancia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en cual revoca una decisión de primero grado que negó los derechos que hoy se piden tutelar, en un caso similar, y dispuso tutelar los mismos; decisión del 17 de enero de 2024. Radicado 13-001-31-09-001-202300109-01, M.P. JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL.

Sobre la Procedencia de la Acción

Acorde a los hechos puestos a consideración del señor juez de tutela y las situaciones que evidentemente afectan mis derechos fundamentales, debo indicar que las decisiones que se dictan en el desarrollo de un concurso de méritos para la provisión de empleos, generalmente constituyen actos de trámite y contra estos no proceden los recursos de la vía gubernativa ni los medios de control que regula la Ley 1437 de 2011 CPACA-, por lo que en el evento de presentarse, en desarrollo del concurso, la flagrante violación de un derecho fundamental, la acción de tutela para el afectado resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judiciales para lograr la continuidad en el concurso.

La presente acción de tutela es con el fin de evitar un perjuicio irremediable, debido a que se observa una violación de los derechos fundamentales por parte de la entidad accionada, ya que luego de haber superado el examen de conocimientos, alega la demandada que no cumpla los requisitos

mínimos de experiencia para los cargos a los cuales me inscribí, cuando en realidad me están es excluyendo del concurso por una formalidad insulsa fundamentada en una interpretación errada que los lleva a suponer que la certificación aportada carece de firma y por lo tanto carece de autenticidad, cuando ello no es así según expliqué en el acápite de los hechos.

Como se indicó anteladamente, recurro a esta acción constitucional por cuanto No cuento con un mecanismo judicial distinto que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de mis derechos fundamentales, toda vez que el Acuerdo 001 del 20 de febrero 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", es un acto de carácter general que conforme al artículo 75 de la Ley 1437 de 2011 prescribe que no habrá recursos en la vía gubernativa en su contra; además, una demanda contenciosa administrativa llevaría a una demora en su solución que afectaría mis derechos fundamentales en el presente concurso, ya que el proceso de selección se encuentra en trámite y en punto de determinar las listas de legibles definitivas; por ello, se itera, la acción de tutela es la vía judicial idónea y eficaz para reclamar oportunamente la salvaguarda de mis derechos fundamentales.

Derechos Vulnerados

Derecho a la IGUALDAD Artículo 13 C.N.; Derecho al DEBIDO PROCESO Artículo 29 CN; Derecho al TRABAJO Artículo 25 CN; Derecho de CONFIANZA LEGÍTIMA Artículo 83 CN.; derecho al ACCESO A CARGOS PÚBLICOS, AL TRABAJO Y AL DERECHO DEL MÉRITO estos últimos reconocidos por la Honorable Corte Constitucional. Contenidos en los artículos 13, 25, 29 y 125 de la Constitución Política de Colombia.

Fundamentos Jurisprudenciales

- Derecho a la igualdad y debido proceso, al acceso a cargos públicos (derecho al mérito) y al trabajo:

La evaluación de cada etapa del concurso de méritos se debe realizar de manera adecuada y conforme a los acuerdos que rigen el concurso de méritos así lo ha establecido la Corte Constitucional, Sentencias T-463 de 1996, T-1266 de 2008, T-045 de 2011 y T-441 de 2017.

“En particular, y de conformidad con la jurisprudencia constitucional, los requisitos físicos exigibles a los aspirantes, dentro de los cuales se encuentran los aspectos de salud, pueden ser incluidos siempre y cuando (i) no lleven implícita o explícita una discriminación o preferencia injustificada; (ii) sean razonables o, en otras palabras, persigan un fin constitucionalmente legítimo; (iii) sean proporcionales respecto de los fines para los cuales se establecen, (iv) guarden relación con la clase de asunto respecto del cual se convoca a los aspirantes, lo cual atiende a la naturaleza de la actividad que requiere el cargo; (v) los candidatos hubieren sido previa y debidamente advertidos y vi) el proceso de selección se hubiese adelantado en igualdad de condiciones”

- Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos.

La Honorable Corte Constitucional en su Sentencia T-551-17 de quien es Magistrado Ponente la Dra. Cristina Pardo Schlesinger, estableció que existen por lo menos dos excepciones a la regla de subsidiariedad y residualidad de la acción de tutela, así:

“El numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial al que debe acudir para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos. Dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sin embargo, esta Corporación también ha señalado que hay, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”.

Conjunto a ello, la misma Corte estableció de manera contundente a través de la Sentencia T- 100 de 1994, de quien fue Magistrado Ponente el Dr. Carlos Gaviria Díaz, que se encuentra en potestad del Juez de tutela determinar si la misma debe tramitarse como la vía procesal prevalente, así:

"cuando el juez de tutela halle que existe otro mecanismo de defensa judicial aplicable al caso, debe evaluar si, conocidos los hechos en los que se basa la demanda y el alcance del derecho fundamental violado o amenazado, resultan debidamente incluidos TODOS los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y COMPLETA del derecho fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alterno de defensa. Si no es así, si cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser examinado por el juez ordinario a través de los procedimientos previstos para la protección de los derechos de rango meramente legal, entonces, no sólo procede la acción de tutela, sino que ha de tramitarse como la vía procesal prevalente. Así como la Constitución no permite que se suplante al juez ordinario con el de tutela, para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias" (Subrayado fuera del texto original)

Es ésta misma Honorable Corte en la Sentencia T-319-14, la que realiza un definitivo análisis en el que concluye que, según sus muy reiterados precedentes, la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de méritos, así:

"De forma pacífica, la Corte ha señalado que conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.

De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la

acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos. En este sentido, esta Corporación en sentencia T-315 de 1998, señaló:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño ius fundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

En los mismos términos, en la Sentencia SU-913 de 2009, la Corte Constitucional concluyó que si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata.

Esta concepción jurisprudencial tiene especial relevancia cuando se corre el riesgo de que en el trámite de una de las vías con que pueda contar el tutelante, la lista de elegibles pierda vigencia y la hipotética protección que deba extenderse quede sin sustento, generando un perjuicio irremediable.

Al hilo de lo expuesto, se concluye que según la jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados

publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, por cuanto, como se verá en el siguiente acápite, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política" Resaltado mío.

Con posterioridad a la citada SU se expidió la ley 1437 de 2011 o CPACA, el cual amplió un catálogo de medidas cautelares que pueden ser solicitadas dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para buscar la suspensión de los efectos del acto administrativo demandado, lo que en principio reduciría la procedencia de la tutela frente a estos actos administrativos de trámite (que por regla general no tienen control judicial); sin embargo, pese a ese mecanismo jurídico existente y aplicable a la fecha, la jurisprudencia actual aún sigue abriendo la viabilidad de la procedencia del estudio de tutela frente a actos administrativos de trámite expedidos durante la ejecución del proceso del concurso demérito, siempre y cuando se cumplan algunas excepciones.

Bajo este panorama procedo a relacionar y citar apartes relevantes de las sentencias de las altas cortes relacionadas con este tópico. En el año 2013 en sentencia T -798, la Corte Constitucional señaló que existen al menos dos excepciones que la tornan procedente, a saber:

1) 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

2) 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. En otra sentencia de tutela, la T- 090 del 26 de febrero de 2013, se enfatizó en dos subreglas para habilitar de manera excepcional la procedencia del estudio de la acción de tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan el proceso de concurso de méritos para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados, que son a saber:

a) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y,

b) 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 actor.

Luego de establecidas esas dos subreglas, las altas cortes marcaron su postura bajo esas dos excepciones y siguieron profiriendo decisiones en ese sentido, que vale la pena citar y copiar los apuntes relevantes de las mismas.

El 30 de enero de 2014, el Consejo de Estado (sentencia de la Sección Cuarta, expediente No. 08001- 23-33-000-2013-00355-01, Magistrado ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas), corporación de cierre y especializado en el tópico del control de legalidad de los actos administrativos, también se ha pronunciado sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela en temas relacionados con concursos de méritos, expresándose de la siguiente manera.

"La acción procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En todo caso, el otro mecanismo debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, debe examinar de fondo los argumentos que proponga el demandante.

Ahora bien, para el caso de las tutelas interpuestas en el trámite de los concursos de méritos, convocados para acceder a cargos públicos, esta Corporación ha sostenido que, por regla general, las decisiones dictadas en los concursos de méritos son actos administrativos de trámite, expedidos justamente para impulsar y dar continuidad de la convocatoria. Contra los actos de trámite no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contencioso administrativas y, por lo tanto, la tutela se ve como el remedio judicial idóneo y eficaz para la protección los derechos fundamentales de los concursantes"

Posteriormente, el 24 de febrero de 2014, ese mismo órgano de Cierre en su Sección Segunda, Subsección "A", Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, expresó:

"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. 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 a quien acude en tutela, si llegare a demostrarse la violación de los derechos reclamadas".

En sentencia de tutela, T - 030 de 2015, la Corte Constitucional ha señalado la obligación de los jueces constitucionales de realizar un análisis minucioso del carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, más aún cuando se controvierten decisiones adoptadas por intermedio de actos administrativos y el accionante infiere que acude a este mecanismo con el objeto de que no se le ocasione un perjuicio irremediable, al respecto, dijo: «(...) 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 morigerará 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. En este sentido, la Corte ha expuesto que, conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo 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 ha establecido:

"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". Ahora bien, otro tanto ocurre frente a los actos administrativos de trámite, esto es, aquellos que "no expresan en conjunto la voluntad de la administración, pues simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias, que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y, en la mayoría de los casos, no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas". Ante este tipo de actos administrativos, la Corte ha señalado que por regla general no son susceptibles de acción de tutela ya que "se limitan a ordenar que se adelante una actuación administrativa dispuesta por la ley, de manera oficiosa por la administración, en ejercicio del derecho de petición de un particular o cuando éste actúa en cumplimiento de un deber legal".

No obstante, en virtud de que pueden verse afectados derechos fundamentales, la Corte ha considerado que contra los actos de trámite es posible la procedencia excepcional de la acción de tutela "cuando el respectivo acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa y ha sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución."

La Corte Constitucional en sentencia T- 748 del 7 de diciembre de 2015, manifestó que pese a la existencia de un medio de defensa para proteger el derecho que se indica vulnerado, como consecuencia de un acto administrativo proferido al interior de un concurso de méritos, los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener, frente al relativo corto tiempo que normalmente dura un concurso, así manifestó:

"(...) si bien puede llegarse a considerar, en principio, que el asunto, como consecuencia de la aplicación del principio de la subsidiariedad, debe declararse improcedente, lo cierto es que acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial, cual es, en este caso, la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación

directa, puede resultar excesivo y desproporcionado, atendiendo para ello al prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener (...).

En similar sentido la sentencia T-509 de 2011 M.P. Palacio Palacio observó:

Respecto de la procedencia específica de la acción de tutela en los concursos de méritos es claro, en principio, que quienes se vean afectados por una decisión de este tipo podrían valerse de las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo para lograr la restauración de sus derechos. Sin embargo, la Corte ha estimado que estas vías judiciales no son siempre idóneas y eficaces para reponer dicha vulneración. Es así como la jurisprudencia reiterada de este Tribunal Constitucional ha señalado que en estos casos las acciones contencioso administrativas no alcanzan una protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas que, habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación a través de un sistema de selección de méritos, ven truncada su posibilidad de acceder al cargo por aspectos ajenos a la esencia del concurso".

En sentencia T-682 del 2 de diciembre 2016, la Corte Constitucional Precisó:

"3.3. En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente. No obstante, lo anterior, el precedente de la Corte ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener.

3.4 Específicamente, en lo que tiene que ver con la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, se ha precisado, por parte del precedente de la Corporación, que existen dos casos en los cuales la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo: (i) aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional; (ii) cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de

no producirse la orden de amparo, podían resultar irremediabilmente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño fundamental deben ser; al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional”

La Corte Constitucional en sentencia en la T - 438 de 2018, indicó que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial al que debe acudir para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos, y que en este campo su procedencia es excepcional cuando la persona afectada no tiene otro medio judicial o teniéndolo el mismo no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable, y así lo explicó:

"Lo anterior, en virtud de la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, por lo que, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo deberá acudir a las acciones que para tales fines existen ante la jurisdicción contenciosa administrativa. No obstante, esta Corporación también ha indicado que hay, al menos, dos excepciones a la regla antes descrita, a saber: (1) cuando la persona afectada no cuente con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales; y, (2) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (...). En efecto, este Tribunal ha reconocido que se configura una excepción a la improcedencia de la tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, cuando los mecanismos ordinarios existentes no son idóneos ni eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Si bien el accionante tiene la vía gubernativa y el contencioso administrativo como remedios judiciales, estos no son los conducentes para proteger de manera efectiva los derechos del peticionario, pues, como ha sido establecido de manera reiterada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, "la vía contencioso administrativa no es el mecanismo idóneo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en concursos de méritos".

- Derecho a la Confianza Legítima

El derecho de confianza legítima, lo establece la norma superior en su artículo 83, se define como las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que este derecho hace énfasis a la

necesidad que los particulares gocen de la certeza que la actuación de las entidades públicas cumplirá conforme al ordenamiento jurídico, es decir, es la obligación que tienen que mantener las entidades respecto de las condiciones establecidas en la convocatoria, respetando los preceptos esenciales de la función administrativa, del acceso a los cargos públicos y de carrera. Este derecho tiene estrecha relación con el principio de legalidad de los actos administrativos en el sentido que los reglamentos del concurso o convocatoria se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico, esto es, que no contrarié la Constitución ni la Ley.

Es de acuerdo al amplio desarrollo expuesto por la Honorable Corte Constitucional, que debe entenderse como en el presente caso, que no sólo se estarían vulnerando mis derechos como tutelante al debido proceso y a la igualdad, sino también el acceso a los cargos públicos, al mérito, la transparencia y confianza legítima, por lo que se concluye que el presente asunto debe tramitarse a través de la presente acción de tutela, como la vía procesal prevalente.

PETICIONES

Con fundamento en los hechos narrados y por las consideraciones expuestas, respetuosamente solicito al honorable Juez de Tutela las siguientes peticiones, a saber:

1. AMPARAR los derechos fundamentales de Publicidad, legalidad, Buena fe, debido proceso, confianza legítima, mérito, igualdad y transparencia.
2. Con base en lo anterior se ordene a la COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA UT CONVOCATORIA FGN 2022, tenga y valore como documento veraz y autentico la certificación expedida por la plataforma EFINOMINA y aportada como documento para probar mi experiencia al interior de la Rama Judicial. Así como también, que se valore el documento aportado en la actuación administrativa por medio del cual se pretendía reafirmar la autenticidad del documento que se aportó al momento de la inscripción al cargo.

3. Ordenar a la COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA UT CONVOCATORIA FGN 2022, bajo los principios de Publicidad, legalidad, Buena fe, debido proceso, confianza legítima, igualdad y transparencia, tenerme como restablecer mi estado de ADMITIDO al concurso en cita y, en consecuencia, dejar sin efectos el acto que me excluyo del mismo, permitiéndome continuar en el proceso de selección. Y proceda a realizar la VALORACIÓN DE ANTECEDENTES.

JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad del juramento que no he presentado una tutela por los mismos hechos y peticiones invocados en esta acción.

ANEXOS Y PRUEBAS

1. Certificado de experiencia expedido por la Rama Judicial a través del aplicativo EFINOMINA y aportado a través de la plataforma SIDCA 2 para la convocatoria FGN 2022. UNIVERSIDAD LIBRE. Fechada abril 17 de 2023.
2. Certificación expedida por la Coordinadora del Área de Talento Humano, del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, Santa Marta – Magdalena. Fechada 13 de diciembre de 2023.
3. Resolución 320 de 03 de enero de 2024, en la cual paso de ser ADMITIDO a NO ADMITIDO y se me excluye del concurso de méritos aludido.
4. Resolución 477 de 26 de enero de 2024, en la cual se decide no reponer la resolución 320 antes mencionada y frente a la cual no procede recurso alguno.
5. Acuerdo 001 del 20 de febrero 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.
6. Sentencia de tutela de segunda instancia de fecha 23 de octubre de 2023, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena que, en un asunto similar, confirmó sentencia de primer grado amparando los derechos fundamentales solicitados.

7. Sentencia de tutela Segunda instancia Sala Penal Tribunal superior de Cartagena, del 17 de enero de 2024. En la cual se tutelaron los derechos que hoy se invocan en un caso similar.

8. Cédula de ciudadanía del accionante.

NOTIFICACIONES

Las accionadas:

1. La Fiscalía General de la Nación las recibirá en el correo electrónico: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co

2. La Universidad Libre las recibirá en los correos

notificacionesjudiciales@unilibre.edu.co
infofgn@unilibre.edu.co infosidca2@unilibre.edu.co

la accionantes en el correo: bernabandera@hotmail.com

Atentamente

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Berna Mola Bandera' with a stylized flourish and a period.

BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA

C.C.57.461.609 expedida en Santa Marta