



JUZGADO DÉCIMO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE MEDELLÍN

Medellín, Trece (13) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Proceso	Acción de tutela No. 51
Accionante	Paola Andrea Quintero Osorio
Accionado	Ministerio de Educación, Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, Universidad Libre de Colombia – Unilibre, Secretaría de Educación de Medellín
Vinculado	Juzgado Dieciocho Administrativo Oral del Circuito de Medellín
Radicado	05001 31 10 010 2023 00176 00
Procedencia	Reparto
Instancia	Primera
Providencia	Sentencia No. 120
Decisión	Declara Improcedente

La señora **PAOLA ANDREA QUINTERO OSORIO**, promovió acción constitucional para reclamar por los derechos que estima vulnerados por la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA – UNILIBRE, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE MEDELLÍN y MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**.

Procede el Despacho a adoptar la decisión de fondo, luego de agotarse el respectivo trámite.

HECHOS

Manifestó la señora Quintero Osorio, que actualmente se encuentra vinculada a la Institución Educativa Pedro Luis Villa, del municipio de Medellín, Antioquia, en el cargo de docente oficial, nivel primaria, jornada de la tarde, nombrada en provisionalidad definitiva, sin embargo, a raíz de los procesos de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022, la CNSC, realiza la convocatoria para el concurso de Méritos de Directivos y Docentes a nivel nacional, por lo que luego, la CNSC solicitó a gobernadores y alcaldes de cada entidad territorial, reportar los cargos que se encuentran en vacancia definitiva, y el puesto que ocupa la accionante fue reportado y declarado en vacancia, lo que considera la accionante, vulnera sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al debido proceso y a la dignidad humana, debido a que es madre cabeza de familia y cuenta con estabilidad reforzada, razón por la cual, aduce la accionante, no pueden reportar su puesto como vacante.

PRETENSIONES

Pretende que se ordene a las entidades accionadas que excluyan del reporte de los cargos que se encuentren en vacancia definitiva, el cargo que la accionante ostenta, debido a que cuenta con estabilidad reforzada por ser madre cabeza de familia.

PRUEBAS

Al escrito se anexó copia de la cédula de la accionante, copia de la cédula de su señora madre, persona que quien tiene a su cargo, registro civil de nacimiento de la accionante y la historia clínica de su madre, la señora María Cristina Quintero Ríos

TRAMITE PROCESAL

Por auto del 31 de mayo pasado, se ordenó cumplir lo resuelto por el superior y admitió la acción constitucional; se dispuso la notificación y el traslado a las entidades cuestionadas y se les concedió el término de 02 días para que ejercieran su derecho de defensa.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

La **CNSC**, manifestó que efectivamente está en curso el proceso de selección por mérito en el marco del proceso de selección por mérito en el marco de los procesos de selección Nro. 2150 a 2237 de 2021, directivos docentes y docentes, por lo que anexan en principio los lineamientos del proceso de selección por mérito que ocupa la atención, asimismo, afirman que no es procedente como quiera que un conflicto de esta naturaleza lo tiene que dirimir el Juez Contencioso Administrativo y no el juez de tutela. Aunado a lo anterior, ponen en conocimiento que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva debido a que la Comisión Nacional no es la competente de certificar los cargos que se encuentren en vacancia definitiva, lo anterior debido a que esta actividad es exclusiva en la autoridad nominador, por lo que no existe una conexión fáctico jurídica entre el objeto de amparo de tutela con la accionada CNSC, además, atesta la entidad que es necesario que no se elimine la vacante del proceso de selección debido a que afectaría a los 5282 aspirantes inscritos en la OPEC 182558 de la entidad certificada en educación.

Por su parte la **Secretaría de Educación de Medellín**, pone de presente que en el caso en particular no existe una vulneración de Derechos Fundamentales, por el

contrario, el proceso de selección es reglado y requiere agotarse en debida forma, además, afirman que la acción constitucional es improcedente y no se está violando ningún derecho fundamental toda vez que el haber ofertado el cargo que ocupaba la accionante, con calidad de provisional, no implicó una violación de derechos, pues ello se realizó con el fin de proveer el empleo de manera definitiva a través de la modalidad de carrera administrativa y por ende no existe la vulneración de los derechos fundamentales que depreca la accionante.

La **Universidad Libre** dio contestación a la tutela, expresando que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva en lo referente a dicha entidad y que en razón a lo anterior solicita se le desvincule del presente trámite y por último, el **Ministerio de Educación Nacional**, señaló que la norma faculta a los entes territoriales para la adopción de medidas administrativas necesarias con el fin de garantizar la prestación del servicio, lo anterior de acuerdo a lo normado en el artículo 115 de 1994, encima, de conformidad con lo dispuesto en la ley 909 de 2004 y demás normas que reglamenten o adicionen, se tiene que el nombramiento provisional docente es de carácter transitorio y procede para proveer un empleo de carrera con el educador que cumpla con los requisitos y el perfil para ser nombrado, concluyendo que es competencia del nominador.

Por lo esbozado anteriormente, solicitan se declare improcedente la presente acción de tutela

Ulteriormente, el **Juzgado Dieciocho de Oralidad de Medellín**, informa que efectivamente dicha célula judicial conoció de una acción de tutela similar y que para la fecha del 24 de febrero fue admitida y posteriormente el día 09 de marzo de 2023, se emitió el fallo correspondiente el cual negó el amparo solicitado por la accionante, asimismo, informaron que en la actualidad no cursa ninguna acción constitucional similar en dicha Judicatura.

CONSIDERACIONES.

LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Nacional, establece la acción de tutela como un mecanismo de defensa para reclamar ante los jueces mediante un procedimiento preferente y sumario la protección inmediata de sus derechos constitucionales, cuando ellos resultan vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o en contra de los particulares, en los casos que establezca la ley.

El Decreto 2591 de 1991 que reglamentó la acción antes dicha en su artículo 5º establece que ella procede cuando con la acción u omisión de una autoridad o un particular se viole o amenace cualquiera de los derechos fundamentales consagrados

en la Carta Política.

La tutela tiene dos características que la identifican: la subsidiariedad e inmediatez. Es un mecanismo subsidiario porque únicamente puede instaurarse cuando el lesionado no cuenta con otro medio de defensa judicial o teniéndolo, acude a ella para conjurar un perjuicio irremediable que puede producirse. Es inmediata, como dispositivo que opera de manera urgente, rápida y eficazmente para proteger un derecho fundamental que ha sido violentado o se encuentra amenazado.

Es también la tutela residual o subsidiaria, en guarda de los derechos fundamentales de las personas y únicamente se puede acudir a ella, cuando existiendo un medio alternativo de defensa judicial, éste no es idóneo ni eficaz para tal cometido; de esa manera, resulta improcedente, como instrumento definitivo de protección.

Cuando una persona natural o jurídica acude a la administración de justicia en aras de la protección de sus derechos, no puede desconocer las etapas procesales contempladas en el ordenamiento jurídico para el caso específico y pretender a través del ejercicio de otra acción, una pronta resolución del problema planteado. Así las cosas, los sujetos procesales están llamados a observar con diligencia y cuidado la Constitución y la ley.

En este sentido, se debe utilizar el proceso que la ley ha determinado para dirimir los diferentes conflictos, de manera que sólo se podrá hacer uso de la acción de tutela, cuando no exista otro mecanismo judicial o cuando se utilice para evitar un perjuicio irremediable que puede producirse.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA ANTE LA INEXISTENCIA DE UNA CONDUCTA RESPECTO DE LA CUAL SE PUEDA EFECTUAR EL JUICIO DE VULNERABILIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, *“cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991. Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.*

En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003 o la T-883 de 2008, al afirmar que *“partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5 y 6 del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que*

vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulnere los derechos fundamentales existan (...)", ya que "sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)".

Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, *"ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermite los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos"*.

Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela.

PRINCIPIO DE LEGITIMA CONFIANZA

Al respecto, la Corte Constitucional se ha manifestado indicando que: *"(...) El principio de confianza legítima funciona entonces como un límite a las actividades de las autoridades, que pretende hacerle frente a eventuales modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además puede poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. Se trata pues, de un ideal ético que es jurídicamente exigible. Por lo tanto, esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la estabilidad que se espera de los entes estatales, debe ser respetada y protegida por el juez constitucional.*

En suma, para la Corte la confianza legítima protege las razones objetivas con las que cuenta un ciudadano que le permiten inferir la consolidación de un derecho que no ha adquirido. Por ello, no resulta constitucionalmente admisible que la administración quebrante de manera intempestiva la confianza que había creado con su conducta en los ciudadanos, más aún, cuando con ello puede afectar derechos fundamentales. (...)"¹

¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-453-18. (M.P. Diana Fajardo Rivera; noviembre 22 de 2018)

De lo anterior se desprende que este principio se ve trasgredido en la medida en que los entes estatales cambien premeditadamente unas reglas de juego establecidas que traigan como consecuencia el quebrantamiento de la confianza que había creado con los ciudadanos, por lo que, en el caso que nos ocupa no tiene nada que ver este principio, pues no es una novedad que los entes territoriales reporten los puestos vacantes para ser ocupados por quien gane ese derecho a través de la carrera administrativa que se debe cursar para ocupar cargos públicos en propiedad como es el caso que nos ocupa.

EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

Como bien lo ha señalado la Honorable Corte Constitucional, “(...) *el debido proceso como derecho fundamental, se encuentra consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, y como primer elemento cabe resaltar su aplicación no solo para los juicios y procedimientos judiciales, sino también para todas las actuaciones administrativas, cuando establece que: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”. La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que la extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones, “en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”.*

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso:

- (i) *El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo;*

- (ii) *el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley;*

(iii) *El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso;*

(iv) *el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables;*

(v) *el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y*

(vi) *el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.*

Frente a la exigencia de dichas garantías, esta Corporación ha señalado que esta es más rigurosa en determinados campos del derecho, como en materia penal, en la cual la actuación puede llegar a comprometer la libertad personal, en tanto que, en materia administrativa, su aplicación es más flexible, dada la naturaleza del proceso que no necesariamente compromete derechos fundamentales.

En este sentido, el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución, tiene diversos matices según el derecho de que se trate “dado que no todo derecho es de orden penal, sino que es posible encontrar “reglas y procedimientos” de otros órdenes como el civil, el administrativo, el policivo, el correccional, el disciplinario o el económico, entre otros, que no son comparables o asimilables directamente al ordenamiento penal y que comportan decisiones y sanciones de diversa categoría, matices que deberán ser contemplados en la regulación de sus propias reglas (...)”².

EL PRINCIPIO DEL MÉRITO Y LA CONSAGRACIÓN DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA DENTRO DE LA CARTA POLÍTICA DE 1991. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Sobre el particular la Corte Constitucional ha sostenido que: “(...) *En el marco de la*

² Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-341-14. (M.P. Mauricio González Cuervo; Bogotá, junio 04 del 2014)

regulación de la función pública, como parte del componente institucional diseñado por el Constituyente de 1991, el artículo 125 superior contiene algunos de los mandatos aplicables a la relación entre el Estado y los servidores públicos, con el objetivo de procurar la satisfacción de los fines establecidos en el Preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución, entre otros. En concreto, el artículo 125 establece (i) el régimen de carrera como regla general de vinculación con el Estado, (ii) el concurso público como instrumento de clausura o cierre para acreditar el mérito cuando la Constitución o la ley no establezcan otro sistema de nombramiento, (iii) la obligación de satisfacer las condiciones y requisitos previstos en la ley como indicativos del mérito y las calidades personales, para el ingreso y ascenso en el régimen de carrera, y la garantía de que el retiro del servicio se produce por calificación insatisfactoria, violación al régimen disciplinario y las demás causales constitucionales y legales, y (iv) la prohibición de que la filiación política influya en el nombramiento, ascenso o remoción de un empleado de carrera.

A partir de tales contenidos, es válido afirmar que el Constituyente de 1991 consideró como elemento fundamental del ejercicio de la función pública el principio del mérito y que previó a la carrera, sistema técnico de administración del componente humano, como un mecanismo general de vinculación; en el marco del cual el concurso público se constituye en un instrumento adecuado para que, bajo parámetros objetivos, no discriminatorios, transparentes y claros, se garantice la selección de las personas mejor calificadas integralmente. Además, fijó aspectos normativos precisos sobre las excepciones al régimen de carrera y los criterios relevantes para el ingreso, ascenso y desvinculación del servicio, y reservó otros al margen de configuración del Legislador, habilitación que debe leerse en concordancia con lo establecido en el artículo 150.23 de la Constitución y con aquellos límites sustantivos que derivan de la Carta.

Por lo anterior, la carrera adquiere relevancia en el Estado colombiano desde tres criterios:

“(i) El carácter histórico, con el cual se indica que a través de la historia del constitucionalismo colombiano han sido formuladas diversas reformas constitucionales y legales tendientes a hacer prevalecer el sistema de carrera como la vía por excelencia para acceder al servicio público y de esa manera eliminar prácticas clientelistas, de “amiguismo” o nepotismo, basadas en la función pública y en generar que se acceda a los cargos estatales equitativa y transparentemente realizando una valoración del mérito de los aspirantes.

(ii) El segundo criterio es conceptual y hace referencia a que la carrera debe ser entendida como un principio constitucional que cumple con dos objetivos: (i) ser el estándar y método por excelencia para ingresar al servicio público y; (ii) generar una

fórmula de interpretación de las reglas relativas al acceso a cargos del Estado que deben comprenderse a tal punto que cumplan los requisitos y finalidades de la carrera, especialmente el acceso de acuerdo al mérito de los aspirantes.

(iii) El último criterio es teleológico, por cuanto guarda una estrecha relación con las finalidades que tiene la carrera en el Estado constitucional. Por tal motivo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que al interpretar armónicamente el contenido del artículo 125 C.P. con normas superiores lleva a concluir que el principio de carrera tiene una función articuladora de diversos fines que cuentan con un reconocido valor para el ordenamiento.”

En efecto, el Estado Social de Derecho se construye a partir de la conjunción de principios, valores y fines constitucionales que le dan identidad y permiten su realización. Uno de ellos es el principio del mérito para el ejercicio de las funciones públicas, considerando que “el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública” y, por consiguiente, esta forma de Estado riñe con la provisión de los empleos públicos a partir de “factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado Social de Derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo.”

A la luz de lo anterior, esta Corporación ha reiterado el carácter instrumental que ostenta la carrera administrativa como expresión del mérito, regla general del acceso a cargos públicos y sistema técnico de administración del talento humano, para (i) la consecución de finalidades institucionales y, además, para (ii) la garantía de derechos fundamentales.

En cuanto a lo primero, la pretensión de que al Estado se vinculen, a partir de la prevalencia del mérito, aquellos miembros de la sociedad poseedores de altas competencias, relacionadas con aspectos objetivos -como el conocimiento y la experiencia- y subjetivos como la calidad personal y la idoneidad ética-, se vincula necesariamente a la idea de que el Estado tiene una misión constitucional superior, referida al compromiso por la garantía de la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la prosperidad general y la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. En este sentido, la carrera contribuye a que el Estado sea eficaz, eficiente y ejerza sus quehaceres en atención a pautas de moralidad, imparcialidad y transparencia.

La eficacia ha sido entendida como expresión de una cualidad de la acción administrativa en beneficio de la satisfacción de los cometidos, de diversa índole, que justifican la existencia misma del Estado; y, la eficiencia, comprendida como la maximización del cumplimiento de los objetivos estatales a través de las medidas adecuadas. En cuanto a la moralidad, imparcialidad y transparencia también es

evidente su vínculo con la carrera administrativa, en razón a que el mérito como sustento de la vinculación de personas al Estado constituye un criterio que, además de tener la potencialidad de ser valorado con objetividad, determina que quienes están mejor cualificados accedan al empleo público, alejando de la selección factores discriminatorios u odiosos que por supuesto no repercuten en la satisfacción adecuada de los cometidos estatales.

Además de lo anterior, se ha destacado que la carrera incide de manera definitiva en derechos fundamentales tales como la participación en el ejercicio del poder político, a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicas, artículo 40.7 de la CP; la protección de las posiciones fundamentales de las que son titulares los trabajadores, como la estabilidad, la capacitación profesional, entre otras. Finalmente, y de manera especial, también se ha llamado la atención sobre la vinculación de la carrera con el derecho a la igualdad, en el trato y en las oportunidades. (...)³

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD Y JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD

Al respecto la Corte Constitucional ha establecido: “el derecho a la igualdad esta previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, así como en instrumentos internacionales de derechos humanos que, en virtud del artículo 93 numeral 2, hacen parte del bloque de constitucionalidad. De este derecho se desprenden dos mandatos básicos: (i) otorgar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes y (ii) otorgar un trato diferente a situaciones de hecho disímiles. Como se observa, el rasgo esencial del derecho a la igualdad es que implica un juicio de comparación entre dos personas o grupos de personas.

Para determinar con mayor precisión el alcance del derecho a la igualdad, la Corte ha especificado estos dos mandatos generales en cuatro reglas, a saber: (i) debe darse un tratamiento distinto a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (ii) debe darse el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (iii) debe darse un trato paritario a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las similitudes sean más relevantes que las diferencias; y (iv) debe darse un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

Con el propósito de determinar cuándo se presenta alguna de las hipótesis mencionadas antes, la Corte ha tenido en cuenta un juicio a partir de tres etapas de análisis. Primero, se debe establecer el criterio de comparación (también denominado tertium comparationis). Con relación a este primer paso de análisis la Corte ha señalado lo siguiente:

³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-102-2022. (M.P. Diana Fajardo Rivera; marzo 17 de 2022)

“[e]l concepto de igualdad es relacional y siempre presupone una comparación entre personas o grupos de personas. La jurisprudencia constitucional se ha remitido en esta materia a la clásica formulación de Aristóteles según la cual debe tratarse igual a los iguales y en forma desigual a los desiguales. Pero ¿iguales o diferentes respecto de qué? Como en abstracto todos somos personas iguales y en concreto todos somos individuos diferentes, es preciso identificar un parámetro para valorar semejanzas relevantes y descartar diferencias irrelevantes. Esto porque no todo criterio para diferenciar entre personas o grupos de personas para efectos de otorgarles diverso tratamiento es constitucional. Así, la propia Constitución prohíbe, incluso al legislador, discriminar por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica con respecto al reconocimiento y protección de derechos, libertades y oportunidades (art. 13 inciso 1 C.P.).

La identificación del criterio de comparación sirve para examinar si la clasificación del legislador agrupa realmente a personas diferentes a la luz de la norma acusada, en otras palabras, si las clases fueron racionalmente configuradas o si lo fueron caprichosamente. La racionalidad de la medida diferenciadora obedece al grado de acierto en incluir a todas las personas similarmente situadas para los fines de la ley. Así, la determinación de si dos grupos son comparables depende de su situación vista a la luz de los fines de la norma.

Una clasificación es claramente racional si incluye a todas las personas en similar situación, y es totalmente irracional si ninguna de las personas incluidas tiene relación alguna con tales fines. Los casos donde la racionalidad de la clasificación es discutible, se refieren a los casos en que la ley no incluye a todas las personas colocadas en similar situación a la luz del fin buscado (infra-inclusiva) p.ej. garantiza la educación gratuita a los niños de baja estatura y no a los de alta estatura, incluye personas colocadas en situación diferente a la luz del fin buscado (sobre-inclusiva), p.ej. garantiza la educación gratuita a niños de padres adinerados o, al mismo tiempo, excluye a unas colocadas en situación similar e incluye a otras no colocadas en situación semejante (sobre-inclusiva e infra- inclusiva) p.ej. garantiza la educación gratuita a todos los niños de baja estatura sean ricos o pobres y no a los altos.

En los casos donde la racionalidad de la clasificación es discutible, el control ejercido por el juez constitucional reconoce que no es posible exigir al legislador una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación del ámbito de las clases resultantes de dicho criterio. Esto porque en una democracia donde se respeta el principio de separación de las ramas del poder público debe haber una distribución de funciones y un sistema de controles que permitan a la vez el cumplimiento efectivo de los fines del Estado, así como el respeto y la realización de principios, derechos y valores materiales. En este marco el legislador goza de un margen de configuración legislativa en materia del diseño de las políticas públicas,

sin que le sea exigible jurídica, ni prácticamente dada la creciente complejidad social, una racionalidad máxima, es decir, una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación de las clases resultantes de aplicar dicho criterio” (Negrillas fuera del texto adicional).

Segundo, se debe definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe realmente un trato igual o diferenciado. Así, una vez establecido el criterio de comparación, debe verificarse si efectivamente existe un trato igual o un trato diferenciado o si en realidad el cargo por vulneración del derecho a la igualdad parte de una indebida comprensión o interpretación de lo que establece la medida analizada. De este juicio pueden entonces desprenderse dos hipótesis: o los grupos o personas no son comparables a la luz del criterio de comparación y, en consecuencia, no se afecta el mandato de trato igual; o los grupos o personas si pueden ser asimiladas y, en esa medida, se presenta una afectación prima facie del derecho a la igualdad.

- *Si ocurre lo segundo (si las personas o grupos pueden ser asimilados), en tercer lugar, se debe determinar si la diferencia de trato se encuentra constitucionalmente justificada,* análisis que varía, pues puede hacerse en intensidades distintas, teniendo como propósito salvaguardar el principio democrático y la separación de poderes, sin afectar gravemente los derechos inalienables de la persona (artículos 1, 5 y 113 de la Constitución, respectivamente) En este sentido, la Corte ha señalado que el juicio de proporcionalidad no puede ser aplicado con la misma intensidad en todos los casos. De no proceder así (es decir, si siempre se aplicara la misma intensidad en el análisis de proporcionalidad), las competencias de los diferentes órganos del Estado, al igual que las posibilidades de actuación de los particulares en ejercicio de la libre iniciativa privada, podrían resultar anuladas o afectadas gravemente. Ello se debe a que, en últimas, en este paso lo que se analiza es si la diferenciación prevista por la medida analizada es o no proporcional. Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reconocido tres intensidades que pueden tenerse en cuenta para este análisis, a saber: leve, intermedia y estricta. Las situaciones en las que cada intensidad procede y lo que se analiza en cada una de ellas se describen de forma breve a continuación:

Juicio leve de igualdad: este juicio maximiza la separación de poderes y el principio democrático, representando el ámbito de intervención menos intenso del juez constitucional en asuntos de competencia del legislador. En principio, se aplica a eventos en los que la medida estudiada desarrolla una competencia específica definida en cabeza de un órgano constitucional; la medida estudiada aborda cuestiones económicas, tributarias o de política internacional; o del análisis de dicha medida no se advierte, prima facie, que la diferenciación que ella establece afecte de forma grave el goce de un derecho fundamental. El juicio leve de igualdad, que presupone siempre un examen independiente de la licitud de la medida, tiene como propósito analizar dos cuestiones: (i) si determinada distinción – medida- persigue

una finalidad constitucional legítima o no prohibida por la Constitución. En caso de ser ello así, se requiere además establecer si (ii) el medio puede considerarse, al menos prima facie, como idóneo para alcanzar la finalidad identificada.

Juicio intermedio de igualdad: se ha aplicado por la Corte cuando, entre otras, existe un indicio de que pueda haber una afectación a la libre competencia, cuando se trata de medidas de discriminación inversa o cuando se pueda afectar el goce de un derecho no fundamental. El juicio intermedio de igualdad está compuesto también de dos pasos analíticos, orientados a determinar (i) si la distinción prevista por la medida analizada se orienta a conseguir un propósito constitucionalmente importante y (ii) si el medio elegido es efectivamente conducente para el logro de esa finalidad.

Juicio estricto de igualdad: se aplica, en principio, cuando la diferenciación que se estudia utiliza una categoría sospechosa (como aquellas mencionadas en el artículo 13 de la Constitución a modo de prohibiciones); cuando implica la afectación de los derechos de personas en condición de debilidad manifiesta, o pertenecientes a grupos marginados o discriminados; interfiere con la representación o participación de sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones; genera la afectación de los derechos de minorías insulares y discretas; establece un privilegio; o afecta de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental.

Este análisis, el más riguroso, tiene como propósito determinar (i) si la distinción prevista en la medida analizada persigue una finalidad imperiosa, urgente o inaplazable; (ii) si dicha distinción es efectivamente conducente para lograr esa finalidad; (iii) si la distinción es necesaria, en el sentido de que es el medio menos gravoso para lograr con el mismo nivel de eficacia la finalidad perseguida; y (iv) si es proporcional en sentido estricto, es decir, si los beneficios de adoptar la medida analizada exceden las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

En cada caso deberá el juez valorar las diferentes razones que concurren para fundamentar la intensidad del juicio, de acuerdo con los criterios jurisprudencialmente establecidos (...).⁴

FACTORES DE ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA EN MATERIA DE TUTELA

Acerca del particular, la máxima guarda de la Constitución, ha establecido que: “(...) las autoridades judiciales solo pueden declararse incompetentes para conocer de una acción de tutela con fundamento en los factores de competencia. En tal sentido, la Corte Constitucional ha explicado que, de conformidad con los artículos 86

⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-571 de 2017. (M.P. Alejandro Linares Cantillo; Bogotá, septiembre 13 de 2017.)

superior y 8° transitorio del Título Transitorio de la Constitución y los artículos 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991, existen tres factores de asignación de competencia en materia de tutela:

(i) el factor territorial, en virtud del cual son competentes “a prevención” los jueces con jurisdicción en el lugar donde: (a) ocurre la vulneración o la amenaza que motiva la presentación de la solicitud, o (b) donde se produzcan sus efectos;

(ii) el factor subjetivo, que corresponde al caso de las acciones de tutela interpuestas en contra de: (a) los medios de comunicación, cuyo conocimiento fue asignado a los jueces del circuito de conformidad con el factor territorial; y (b) las autoridades de la Jurisdicción Especial para la Paz, cuya resolución corresponde al Tribunal para la Paz; y

(iii) el factor funcional, que debe ser verificado por las autoridades judiciales al momento de asumir el conocimiento de la impugnación de una sentencia de tutela y que implica que únicamente pueden conocer de ella las autoridades judiciales que tengan la condición de “superior jerárquico correspondiente” en los términos establecidos en la jurisprudencia. (...)”⁵

EL CASO CONCRETO

Descendiendo al caso en concreto se tiene que la accionante es quien mantiene su hogar compuesto de ella y su señora madre, quien, mediante la historia clínica anexada, es sobreviviente de cáncer, presenta problemas en sus dos rodillas y sufre artrosis, enfermedades que le impiden laborar, también se tiene que efectivamente el puesto que ocupa en la Institución Educativa Pedro Luis Villa, fue reportado en vacancia definitiva por lo que considera la accionante que se le están vulnerando sus derechos fundamentales.

Sea lo primero indicar que respecto de la petición “especial” realizada por la CNSC, tendiente a la acumulación masiva de la tutela de la referencia, habrá de pronunciarse este despacho de la siguiente manera: de conformidad con el A136-21, emitido por la Corte Constitucional el día veinticinco (25) de marzo del año dos mil veintiuno (2021) y cuya Magistrada Ponente fue la Doctora Gloria Stella Ortiz Delgado, se tiene que las oficinas de reparto son, en principio, las encargadas de la acumulación de acciones de tutela, solo en casos excepcionales en los que las oficinas de apoyo judicial carezcan de información suficiente para el reparto y acumulación de tutelas masivas, la norma establece que los jueces deben remitir el expediente a quien avocó conocimiento del proceso, pero, de acuerdo con lo manifestado por la Corte Constitucional, la obligación que tiene el juez de establecer cuál fue la autoridad judicial a la que se repartió la

⁵ Corte Constitucional de Colombia, A136-21. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; marzo 25 de 2021)

primera acción de tutela, **no puede interpretarse** sin perjuicio de los principios de celeridad, prevalencia del derecho sustancial, eficacia y economía que gobiernan el trámite de la acción de tutela, por lo que, en el supuesto en el que el juez deba hacer un recaudo de pruebas exhaustivo, únicamente para determinar la autoridad judicial que avocó conocimiento de la primera acción de tutela, contradice los mentados principios, como el caso de la referencia, dado que si la Oficina de Reparto Judicial no tuvo la suficiente información para remitir la tutela en los términos anteriormente expuestos, mal haría este Juzgador en tomar las acciones encaminadas a buscar remitir la tutela a otro Despacho, pues primero es un trámite engorroso y antes de tener que hacer dicho trámite, tendría que hacer un recaudo de información importante para poder remitir algo tan importante como lo es una acción constitucional.

Por lo anterior, no resultaría tolerable hacer el recaudo probatorio necesario para remitir la acción tuitiva, ya que el tiempo que tomaría hacer tal cosa desnaturalizaría el objeto de la acción de tutela e implicaría un desgaste desproporcionado de principios fundamentales y podría derivar incluso en la afectación de derechos fundamentales. Con lo anterior se quiere decir que, no sería aceptable entablar acciones encaminadas a buscar remitir la acción constitucional en lugar de entrar a resolver de fondo la misma.

Ahora bien, las entidades accionadas, respondieron de manera similar indicando que por un lado, el reportar el puesto de la accionante en vacancia definitiva, no significaba una violación de derechos fundamentales per se, pues de la norma se desprende que uno de los requisitos para ser removido de un puesto que es ocupado provisionalmente, es que el nombramiento provisional artículo 13 del Decreto 1278 de 2002 **será hasta cuando se provea el cargo en periodo de prueba o en propiedad**, de acuerdo con el listado de elegibles, además, atestan las entidades que si bien la accionante es madre cabeza de hogar, esta efectivamente cuenta con estabilidad relativa, sin embargo, la ley 909 de 2004 ha sido clara manifestando que el nombramiento provisional docente es de **carácter transitorio y procede para proveer un empleo de carrera con el educador que cumpla con los requisitos y el perfil para ser nombrado**, asimismo, la CNSC en específico, manifestó que es imperioso que NO se elimine la vacante del Proceso de selección, debido a que con esto se estaría afectando a los 5282 aspirantes inscritos en la OPEC 184558 de la entidad certificada en educación, quienes tienen una expectativa frente a esta vacante. Es por lo anteriormente expuesto que todas las entidades vinculadas piden que se deniegue la presente acción constitucional para que en su lugar se declare improcedente debido a que no ha habido vulneración de derechos alguna.

Ahora bien, una vez analizado el caso en concreto, se tiene que lo que pretende la accionante es que se excluya el puesto que ocupa de ser provisto mediante carrera administrativa, pues atesta que, si bien se encuentra ocupando un cargo de manera provisional, esta cuenta con estabilidad reforzada de manera en que removerla del puesto traería consigo una violación a sus derechos fundamentales, pero, considera este despacho que lo expuesto desconoce a todas luces las normas que rigen los nombramientos provisionales, pues bien estipulado está en el artículo 13 del Decreto

1278 de 2002, anteriormente citado.

Corolario a lo anterior, en lo que respecta de su condición de madre cabeza de hogar, la jurisprudencia solo ha contemplado un escenario en el que remover a las personas con esta situación es algo que solo se debe hacer excepcionalmente, y esto es cuando la cantidad de aspirantes no supere el número de plazas reportadas en vacancia definitiva, es decir, solo en los casos en que sean menos los aspirantes que el número de plazas disponibles, se tratará de no remover a la persona con estabilidad reforzada, sin embargo, para el caso que nos ocupa hay alrededor de 5282 aspirantes inscritos en la OPEC Nro.184558 y atendiendo a esto se pone de presente que no se desconocen los derechos de estos docentes con este tipo de situaciones, pues precisamente la estabilidad relativa la cual gozan quienes están vinculados bajo la modalidad de nombramiento provisional, **cedefrente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos**, como lo ha indicado la Honorable Corte Constitucional en su sentencia T-063-22.

No obstante, respecto de todos los derechos fundamentales y principios que manifestó la señora Quintero Osorio, se le están vulnerando a raíz de que su puesto haya sido reportado para ser ocupado por un aspirante ganador del concurso, no habrá que pronunciarse sobre cada uno de ellos como quiera que es errada la argumentación realizada por la accionante, toda vez que, la entidad territorial tiene la obligación de reportar los puestos disponibles para proveer a los ganadores del concurso de méritos y el hecho de que haya sido removida y se haya reportado su cargo se ha hecho con una razón justificada que es una causal para la remoción de empleado nombrado en provisionalidad, esto es, **que los servidores en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera**, como lo es este caso en específico.

En conclusión, del reporte de puestos en vacancia definitiva, no se desprende que haya vulneración de derecho fundamental alguno, pues por el contrario es algo que es una obligación contemplada en las directrices que rigen la carrera administrativa y el concurso público de méritos, por lo que la futura terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, antes bien, de conformidad con lo expuesto en la sentencia C-588 de 2009, se tiene que la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados.

Dicho lo anterior, esta dependencia judicial encuentra que la acción Constitucional que ahora nos ocupa es improcedente como quiera que no se evidencia una acción u

omisión por parte de la entidad accionada que haya podido derivar en la violación de algún derecho fundamental.

Por lo anteriormente expuesto, el **JUEZ DÉCIMO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato constitucional

FALLA

PRIMERO. - DECLARAR IMPROCEDENTE la acción constitucional promovida por la señora **PAOLA ANDREA QUINTERO OSORIO**, frente al **MINISTERIO DE EDUCACIÓN**, a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**, a la **UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA – UNILIBRE** y a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE MEDELLÍN**, conforme a las consideraciones insertadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - ORDENAR a la **CNSC** publicar el fallo de la presente acción constitucional en su portal web con ocasión en los **PROCESOS DE SELECCIÓN No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 – DIRECTIVOS DOCENTES Y DOCENTES**, correspondiente a la Entidad Territorial Certificada en Educación Municipio de Medellín, ello con el fin de poner en conocimiento de todos los terceros interesados la decisión tomada por este despacho.

TERCERO. - NOTIFICAR de esta decisión a las partes por el medio más expedito.

CUARTO. - REMITIR el expediente para la eventual revisión de la **CORTE CONSTITUCIONAL**, en el evento de que ninguna de las partes impugne esta decisión; de ser excluida, procédase a su archivo una vez regrese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUAN LUIS MEJIA SOTO
JUEZ(E)