



Pereira, Risaralda, enero veinte (20) de dos mil veintitrés (2023)

I. ASUNTO

Procede el despacho a proferir el fallo que corresponde, dentro de la presente acción de tutela promovida por Juan Carlos Montenegro Hernández en contra en contra del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Calidad de la Educación (ICFES), el Ministerio de Defensa Nacional, la Dirección Nacional de Policía Nacional, la Dirección de las Escuelas de Policía Nacional y la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de Policía Nacional.

II. ANTECEDENTES

2.1. Hechos

De la situación fáctica relacionada en el líbello de la demanda, se extraen como hechos jurídicamente relevantes los siguientes:

1. Juan Carlos Montenegro Hernández participó en el *Concurso de patrulleros 2022*.
2. El 19 de noviembre de 2022, el ICFES publicó los resultados de la prueba e informó que se habían autorizado 10.000 cupos para quienes hubiesen aprobado las mismas, el accionante no alcanzó a ingresar en ellos.
3. El 16 de diciembre de 2022, se expide comunicado señalando que debido a una falla en los resultados se procedería a una nueva calificación, en la que el actor subió de posición pero sin alcanzar a estar dentro de las primeras 10.000.

2.2. Pretensiones

La parte actora pidió que se tutelaran sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, mérito e igualdad. Solicitó que se le suministrara copias del formulario de preguntas con sus respuestas, de no acceder a ello se le tuviera en cuenta dentro de los 10.000 cupos ofertados, y en caso contrario, se realizaran nuevamente las pruebas psicotécnicas y de conocimientos.

2.3. Contestación de las accionadas

- El Director (E) de Talento Humano de la Policía Nacional explicó el funcionamiento del concurso y alegó su falta de legitimación en la causa por pasiva.
- La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICFES resaltó que a través de informe técnico se había expuesto el motivo de la actualización de resultados en la prueba, se refirió a las fases del concurso y manifestó que para el caso del señor Montenegro Hernández “si bien la actualización favoreció los puntajes del accionante, quien en un primer lugar se encontraba situado en el puesto 36.083, sigue sin ocupar un puesto que le permita acceder al curso de ascenso al grado de



subintendente, toda vez que se encuentra en el puesto 20.579, el cual tampoco lo ubica dentro de las 10.000 plazas asignadas por la Policía Nacional para ingresar al precitado curso de capacitación. (...) Así las cosas, el fondo del asunto radica en que el señor MONTENEGRO HERNÁNDEZ **no ocupó un puesto dentro de las 10.000 plazas posibles ofertadas por su empleador para poder acceder al curso de ascenso, lo que en otras palabras traduce que no aprobó la evaluación.**"

Añadió que el actor presentó reclamación solicitando copia de los materiales del examen, para lo cual "se le envió al peticionario la copia de su hoja de respuestas (sin preguntas ni opciones de respuestas) y la ficha de respuestas correcta asociadas a la forma del cuadernillo". Afirmó que los demás elementos de la prueba se encontraban sometidos a reserva y que en caso de que no hubiese estado conforme con tal determinación podía hacer uso del recurso de insistencia, por lo cual no se acreditaba el requisito de subsidiariedad en esta acción de tutela.

2.4. Pruebas

La parte actora allegó derecho de petición y respuesta del 30 de diciembre de 2022. La accionada ICFES, lo anterior más los anexos de esa respuesta.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Este juzgado es competente para tramitar y decidir la presente acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política y 29 del Decreto 2591 de 1991.

3.2. Problema jurídico a resolver

Consiste en determinar si en el caso objeto de estudio, la acción de tutela se torna procedente para la protección de los derechos que se aducen vulnerados.

3.3. Marco jurídico y jurisprudencial

De conformidad con las preceptivas del artículo 86 de la Constitución Política y del Decreto 2591 de 1991, las personas pueden demandar en tutela ante cualquier autoridad judicial, cuando quiera que por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares, según el caso, resulten vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales constitucionales, siempre que no dispongan de otro medio de defensa judicial ordinario idóneo para su protección, a menos que se utilice como mecanismo de amparo transitorio para evitar la causación de un perjuicio irremediable.

De lo que ha quedado expuesto se colige que a la acción de tutela le viene adscrita una naturaleza residual y excepcional, esto es, solo procede cuando el afectado o



afectada no disponga de otro medio de defensa o existiendo este no sea eficaz en el caso concreto, pues, no puede pretenderse reemplazar al juez o jueza ordinario en sus competencias legales.

3.3.1 Requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política, ha fijado particulares condiciones intrínsecas a la acción de tutela, de las que importa destacar, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, y la inexistencia de otros medios de defensa judicial para la procedencia de la misma. La referida disposición, en concordancia con lo previsto en los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, contiene, a su vez, los elementos de procedencia de la acción de tutela, entendiendo que estos son: i) la legitimación en la causa (activa y pasiva), ii) la inmediatez y, iii) la subsidiariedad¹.

La legitimación en la causa es la potestad que tiene toda persona para invocar sus pretensiones o para controvertir aquellas que se han aducido en su contra. El primero de los eventos se conoce como la legitimación en la causa por activa y, el segundo, como la legitimación en la causa por pasiva.

En relación con la legitimación en la causa por activa, la jurisprudencia constitucional², de conformidad con lo previsto en el artículo 86 superior y en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, ha señalado que la acción de tutela puede ser incoada: (i) de manera directa, es decir, por el titular de los derechos fundamentales que se consideran amenazados o vulnerados; (ii) a través de representante legal, en el caso de los menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y las personas jurídicas; (iii) a través de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la calidad de abogado titulado y al escrito de tutela se debe anexar el poder especial para el caso; y, finalmente, iv) por medio de agente oficioso, cuando el afectado en sus derechos no está en condiciones físicas o psicológicas de promover la acción de tutela por sus propios medios. Tratándose de los representantes legales de los menores de edad, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que “los padres pueden promover la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales amenazados o vulnerados de sus hijos menores de edad, en ejercicio de la patria potestad”.

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva en la acción de tutela, los artículos 86 de la Constitución Política y 42 del Decreto 2591 de 1991, prevén que esta se puede promover contra todas las autoridades públicas y, también, contra los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, cuya conducta afecte gravemente el interés colectivo o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

¹ Sentencia T-244 de 2017, M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

² Ver, por ejemplo, sentencias T-531 de 2002, SU-447 de 2011 y T-889 de 2013.



La inmediatez exige que la acción de tutela sea promovida en un tiempo breve, contado a partir del momento en el que por acción u omisión se produce la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales. Ello se explica, en tanto el propósito de la acción de tutela es la protección “inmediata” de los derechos constitucionales fundamentales, siendo entonces inherente a la naturaleza de dicha acción, brindar una protección actual y efectiva de aquellos.

Conforme con esto, a través de la exigencia del requisito de inmediatez se pretende evitar que el recurso de amparo constitucional sea empleado como una herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica, al permitir que la acción de tutela se promueva en un tiempo excesivo, irrazonable e injustificado a partir del momento en que se causó la amenaza o violación de los derechos fundamentales. Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que no existe término expreso de caducidad para la acción de tutela, también ha precisado que la inmediatez en su interposición sí constituye un requisito de procedibilidad, pues ésta debe ser intentada dentro de un plazo razonable y oportuno, lo cual es coherente con el fin de aquella y la urgencia manifiesta de proteger el derecho fundamental amenazado o conculcado.

Así pues, previo al estudio de fondo es menester verificar que la acción se formule de manera oportuna, esto es, que se interponga dentro de un plazo razonable y proporcional. Luego entonces, el pedido de protección ha de formularse en un lapso cercano a la ocurrencia de los hechos o de la violación de los derechos, de lo contrario, se desvirtuaría la finalidad de protección actual e inmediata.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-157 de 2009 explicó que la verificación del cumplimiento del requisito de inmediatez le corresponde al juez constitucional, quien debe ponderar las condiciones fácticas del caso en concreto y colegir la interposición oportuna o no del amparo. En el evento que se deduzca negativamente la inmediatez, es oportuna determinar si el ejercicio de la acción encuentra justificación o no.

La subsidiariedad surge como requisito básico de procedencia de la acción de tutela, en tanto esta se creó como un mecanismo judicial excepcional —cuyo empleo es residual—, obligando entonces al actor a que concurra primeramente a los medios ordinarios de defensa cuando estos sean oportunos y eficaces. De tal suerte, que les asegure una adecuada protección de sus derechos y sea el juez natural del asunto quien atienda la vicisitud planteada.

En virtud de este requisito es necesario verificar previamente que los derechos fundamentales cuya protección se solicita por vía de tutela, no puedan ser protegidos por los medios ordinarios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico, salvo cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, circunstancia que deberá demostrarse en cada caso. En la sentencia SU-355 de



2015, la corte unificó su postura respecto del requisito de subsidiariedad³ y estableció que este principio responde a las reglas de i) exclusión de procedencia y ii) procedencia transitoria. Si existe un medio de defensa idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico y no existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, es improcedente. Cuando no existen mecanismos de defensa idóneos y eficaces para resolver el asunto puesto a consideración, será procedente de manera definitiva. De manera excepcional, cuando la persona disponga de medios de defensa idóneos y eficaces, pero existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable⁴.

En ese orden de ideas, la tutela de modo alguno puede tener vocación de remplazo de los medios establecidos por el ordenamiento jurídico como ordinarios y naturales a la controversia planteada, entonces “[e]l amparo constitucional como sucede para el caso de protección de los derechos fundamentales, es subsidiario y residual, lo que implica que si la persona cuenta con un medio de defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente”³.

Lo anterior implica que la idoneidad y la eficacia del otro medio de defensa no pueden ser valoradas en abstracto por parte del juez constitucional sino que por el contrario, el fallador deberá centrarse en responder si, de acuerdo con las condiciones particulares del accionante, dicho medio le permite ejercer la defensa de los derechos que considera vulnerados de manera oportuna y eficaz. Sin embargo, ha sido enfática la jurisprudencia en indicar que quien alega la vulneración de los derechos, debe haber agotado todos los medios de defensa disponibles en la legislación para tal efecto, pues no puede la acción de tutela reemplazar los mecanismos ya diseñados por el legislador.

Así las cosas, se itera, existe una regla general: la acción de tutela es el último mecanismo judicial para la defensa de esos derechos al que puede acudir el afectado por su violación o amenaza solo después de ejercer infructuosamente todos los medios de defensa judicial ordinarios, o ante la inexistencia de los mismos.

Para establecer si existe un **perjuicio irremediable**, la afectación debe caracterizarse: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad⁴.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que “la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en

³ Sentencia T-723 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴ Sentencias T-828 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
Carrera 5 bis # 39-08 segundo piso
Teléfono: 6063498164



los que basa sus pretensiones”⁵. Por tanto, la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable debe efectuarse tomando en consideración con las circunstancias propias de cada caso, al no ser exigencias que puedan ser verificadas por el juez de tutela en abstracto. Sin embargo, ese grado de exigencia adquiere una menor intensidad cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, dada su debilidad o marginalidad en materia económica, física o mental⁶.

3.3.2 Procedencia de la acción de tutela en los concursos de méritos

La Corte Constitucional ha establecido que en principio, la acción de tutela no es el medio adecuado para atacar actos administrativos, debido a la existencia de instrumentos procesales de control judicial en la jurisdicción contenciosa. Sin embargo, se ha considerado que en lo que concierne a los actos administrativos expedidos en virtud de un concurso de méritos podría proceder siempre que se presente alguno de los siguientes supuestos: “*i*) inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido, *ii*) configuración de un perjuicio irremediable, y *iii*) planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo”⁷. La jurisprudencia se ha pronunciado así:

“En este sentido, la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente de forma definitiva para resolver controversias relacionadas con concursos de méritos, cuando (i) el empleo ofertado en el proceso de selección cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley ; (ii) se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles ; (iii) el caso presenta elementos que podrían escapar del control del juez de lo contencioso administrativo, por lo que tiene una marcada relevancia constitucional ; y, finalmente, (iv) cuando por las condiciones particulares del accionante (edad, estado de salud, condición social, entre otras), a este le resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario.”⁸

Recientemente, en sentencia T-081 de 2022 se señaló que **“la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial dispuesto para resolver las controversias que se derivan del trámite de los concursos de méritos, cuando ya se han dictado actos administrativos susceptibles de control por parte del juez de lo contencioso administrativo**, en especial, cuando ya existe una lista de elegibles. Sin embargo, el juez de tutela deberá valorar si, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, los medios de control ante la justicia administrativa son eficaces para resolver el problema jurídico propuesto, atendiendo a las subreglas previamente mencionadas, esto es, (i) si el empleo ofertado cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley; (ii) si se imponen trabas para nombrar

⁵ Sentencias SU-995 de 1999 y T-1088 de 2000.

⁶ Sentencias T-083 y T-556 de 2004, T-691 y T-996 de 2005 y T668 de 2007.

⁷ Sentencia SU-067 de 2022.

⁸ Sentencia T-081 de 2022.



en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles; (iii) si el caso tiene una marcada relevancia constitucional; y (iv) si resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario, en respuesta a las condiciones particulares del accionante”.

3.3.3 La carrera administrativa y el principio de mérito

Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, tal y como lo dispone el artículo 125 de la Constitución Política, y en atención a ello, en casos como estos el nombramiento se da por concurso público. La Corte Constitucional “ha definido a la carrera administrativa como un principio del ordenamiento superior, que cumple con los fines esenciales del Estado (art. 2° [superior]) como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales; y en particular, con los objetivos de la función administrativa (art. 209 [superior]), la cual está al servicio del interés general. De igual manera, también se ha sostenido que la carrera administrativa asegura que aquellos que han ingresado a ella con sujeción al principio de mérito, cuentan “con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo” y con la posibilidad de obtener capacitación profesional, así como “los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados”, tal como se desprende de los artículos 2°, 40, 13, 25, 53 y 54 de la Carta»⁹.

Adicionalmente se ha reiterado que:

“[L]a carrera administrativa guarda un vínculo, estrecho y disociable, con el mérito: «El mérito es el elemento estructural que le otorga sentido a la carrera administrativa como medio preferente para la selección de personal». Teniendo en cuenta dicho lazo, ha hecho énfasis en «el carácter instrumental que ostenta la carrera administrativa como expresión del mérito», al mismo tiempo en que ha manifestado que «el mérito constituye una piedra angular sobre la cual se funda el sistema de carrera administrativa». En cuanto al contenido vinculante del aludido principio constitucional, la Sala Plena ha declarado que «el principio del mérito exige que el procedimiento de selección sea abierto y democrático, de manera que los ciudadanos pongan a consideración de las autoridades del Estado su intención de hacer parte de la estructura burocrática, partiendo para ello de un análisis objetivo de la hoja de vida, de sus estudios, experiencia y calidades en general, con lo cual se impiden tratamientos discriminatorios injustificados en el acceso al servicio público»¹⁰.

3.3.4 Carácter vinculante de las convocatorias en los concursos de méritos

“La Corte ha declarado, de manera reiterada, que la convocatoria que da inicio a estas actuaciones administrativas constituye la norma jurídica primordial para su

⁹ Sentencia SU-067 de 2022.

¹⁰ Sentencia SU-067 de 2022.



desarrollo. La relevancia de este acto administrativo ha llevado a este tribunal a definirlo como «la ley del concurso». Lo anterior se explica en la medida en que el cumplimiento de los fines que se persiguen a través del concurso público depende de que este sea surtido con riguroso apego a las normas que hayan sido dispuestas en la aludida convocatoria, las cuales deben ceñirse en todo a la Constitución y la ley. A fin de que sea el mérito, y no un elemento distinto, el que decida la selección de quienes habrán de ocupar los cargos públicos, resulta imprescindible que la Administración adelante estas actuaciones observando rigurosamente las reglas que ella misma se ha impuesto. Lo anterior pone de presente que la expedición de la convocatoria entraña un acto de *autovinculación* y *autotutela* para la Administración. De este modo se procura evitar que pueda obrar con una discrecionalidad que acabe por desviar el recto curso que debe seguir la actuación en comento.”¹¹

3.4 Del caso concreto

Como se vio en líneas atrás, cuando a consideración del juez de tutela se pone una solicitud de amparo tutelar, le corresponde primeramente verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos de procedencia. Es decir, las circunstancias relativas a la legitimación en la causa, la inmediatez y la subsidiariedad.

En relación con el primero, se tiene que Juan Carlos Montenegro Hernández se inscribió al Concurso de Patrulleros 2022, y en tanto, cuenta con legitimación en la causa para demandar la protección de sus derechos fundamentales. Las accionadas se encuentran legitimadas pasivamente al ser las llamadas a responder en caso de comprobarse la aludida vulneración. Podría decirse que el requisito de inmediatez se acredita, si se considera que la publicación de resultados y posiciones dentro de la convocatoria se dio en los meses de noviembre y diciembre de 2022. Sin embargo, no es posible decir lo mismo de la subsidiariedad, por lo que pasa a verse.

La parte actora acudió a esta acción constitucional expresando su pretensión básicamente en los siguientes términos: que se le suministraran copias del formulario de preguntas con respuestas, de no acceder a ello se le tuviera en cuenta dentro de los 10.000 cupos ofertados o se repitieran las pruebas.

Los accionados además de explicar las etapas del proceso y cómo se respetaron las garantías de los participantes, señalaron que para el caso concreto, el accionante había pasado del puesto 36.083 al 20.579 sin que ello le alcanzara para ocupar una de las 10.000 vacantes ofertadas. Adicionalmente, señalaron que la solicitud del actor había sido resuelta, allegándole la documentación que era posible atendiendo al principio de reserva legal.

Recuérdese que la acción de tutela tiene un carácter excepcional y residual, según el cual se acude a ella siempre que los medios de defensa no sean oportunos o eficaces. Pues bien, conforme a lo anterior, lo jurídicamente viable era solicitar la

¹¹ Sentencia SU-067 de 2022.



documentación que en efecto fue suministrada al accionante. En caso de presentar reparos frente a tal consideración, el medio judicial previsto por el legislador, era el recurso de insistencia, del cual no se hizo uso.

Ahora, con respecto a la solicitud del actor de incluirlo en las plazas ofertadas, bajo ninguna circunstancia podría ser la acción de tutela el medio para conseguir una vacante dentro de un concurso que no superó. De hecho, el debido proceso garantiza precisamente que a las entidades del estado se vinculen personas que ostenten las mejores capacidades. Con respecto a la solicitud de repetir las pruebas, ello va en contravía de la misma convocatoria que rige el asunto, así como de sus fases y cronogramas, buscándose de esta manera atacar un acto a través de una acción no prevista para tal efecto.

No puede perderse de vista que al juez de tutela no le está permitido inmiscuirse en los asuntos para los cuales exista el medio idóneo, a menos que se evidencie la configuración de un perjuicio irremediable, es decir, que se demuestre el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental, de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo de forma inmediata e impostergable medidas que lo neutralicen. Sin embargo, ello no resulta acreditado en el presente caso. Siendo este pues, un requisito general de su procedencia, no es necesario analizar los demás aspectos.

De conformidad con lo expuesto, el **Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira Risaralda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo invocado por Juan Carlos Montenegro Hernández, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes el presente fallo a través del medio más expedito, comunicando que frente al mismo procede el recurso de impugnación.

TERCERO: REMITIR las presentes diligencias ante la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, una vez en firme este pronunciamiento.

Notifíquese y cúmplase

EDNA MARCELA MILLÁN GARZÓN

Jueza

Edna Marcela Millan Garzon

Firmado Por:

Carrera 5 bis # 39-08 segundo piso

Teléfono: 6063498164

Correo electrónico: ejpm04per@cendoj.ramajudicial.gov.co

Pereira, Risaralda

Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Ejecución 004 De Penas Y Medidas
Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **727df05f2ec4dc287a9928b550a712764f3ce4509b938ff8b2ae5fa22818cbc5**

Documento generado en 20/01/2023 02:19:09 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>