



Soledad, veintidós (22) de febrero del dos mil veintitrés (2023).

Asunto:	Acción de Tutela – Primera Instancia
Radicado No.:	08-758-31-04-002-2023-00017-00
Derecho:	Igualdad y trabajo
Accionante:	Pablo David Rocha Mercado
Accionado:	Policía Nacional e ICFES

i.- Asunto:

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela invocada por el señor PABLO DAVID ROCHA MERCADO, en contra de la POLICÍA NACIONAL y del INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES, a fin de que se le proteja sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo.

ii.- Antecedentes:

ii.i.- Hechos:

Afirma la parte accionante que ingresó a la Policía Nacional el día 14 de enero de 2008, con el grado de patrullero, el cual ostenta hasta la fecha. Que se postuló para el curso de ascenso en el grado de Subintendente 2022-2 y que el día 25 de septiembre de 2022 presentó evaluación académica para tal fin.

Que el día 19 de noviembre de 2022 el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES, realizó la publicación de resultados en el que se le ubicó en el puesto 2.628. Y que el día 16 de diciembre de 2022 el ICFES manifestó un error en el sistema de calificación de la prueba realizada el día 25 de septiembre de 2022 y procedió a publicar una nueva lista de resultados, ubicándolo en el puesto 10.869, por lo que quedó por fuera del curso de ascenso.

ii.ii.- Pretensiones:

El accionante pretende que se le protejan sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo. En consecuencia, solicita se aporte en el plenario el convenio realizado por la Policía Nacional y el ICFES, para la realización de la prueba de ascenso al grado de Subintendente 2022-2; se ordene al ICFES envíen los resultados publicados del día 19 de noviembre de 2022, así como los publicados el día 16 de diciembre de 2022; se ordene al ICFES realizar una exposición de motivos del error y se den los detalles técnicos del mismo; y que se ordene mantener en firme el resultado publicado el día 19 de noviembre de 2022.

ii.iii.- Informes rendidos:

ii.iii.i.- Policía Nacional:

El Brigadier General NICOLÁS ALEJANDRO ZAPATA RESTREPO, Director de Talento Humano de la Policía Nacional (encargado), rindió informe manifestando en primera medida haber cumplido con la orden indicada en el auto de fecha 09 de febrero de 2023, proferido por este despacho en el que se ordenó a la entidad la publicación en su página web de la vinculación los demás participantes del curso de ascenso Subintendente 2022 de la Policía Nacional.

Que en consonancia con las facultades legales indicadas y el numeral 3 del artículo 2 del Decreto 113 de 2022, el mando Institucional expidió los actos administrativos para la ejecución del concurso previo al curso de capacitación para el ingreso al grado de Subintendente 2022, que por lo tanto se expidió la Resolución No. 01066 de 2022 “*Por la cual se establece el procedimiento para el concurso previo al curso de capacitación para el ingreso al grado de Subintendente 2022*”, donde se convocaron a concurso, 45.178 patrulleros cuya fecha fiscal de nombramiento corresponde del año 1998 a 2014.

Que la Policía Nacional apertura la herramienta de inscripción a través del portal de servicios internos PSI, del 05 de mayo de 2022 al 19 de mayo de 2022, donde se inscribieron 43.612 patrulleros. Que la Dirección de Talento Humano por cumplir las condiciones y requisitos habilitó para concurso 41.613 patrulleros.

Que el día 25 de septiembre de 2022, por parte del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES, fueron aplicadas las pruebas escritas del concurso a 41.599 patrulleros habilitados. Que el día 19 de noviembre del 2022, el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación-ICFES, publicó a través de su página web el resultado del concurso, el cual estaba integrado por el puntaje obtenido en la calificación de la prueba escrita (conocimientos policiales y psicotécnica), más el puntaje por tiempo de servicio como Patrullero (antigüedad).

Que el período de Atención a Reclamaciones expedido por el ICFES, enviado a cada concursante mediante correo electrónico, se llevó a cabo desde el 21 de noviembre de 2022 al 25 de noviembre de 2022, donde según lo informado por el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES se atendieron 148 reclamaciones.

Que el día 15 diciembre de 2022, el ICFES informó a la Policía Nacional mediante comunicación oficial bajo radicado No. 202210145531 que, en atención a 148 reclamaciones, se identificó una falla técnica en el cargue y procesamiento de una de las variables relacionadas con el ordenamiento que afectó el resultado de las pruebas publicadas el 19 de noviembre de 2022, siendo necesario actualizarlas y publicarlas nuevamente.

Que el día 16 de diciembre de 2022, el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES informó a todos los concursantes mediante comunicado a la opinión pública, la falla mencionada.

Que por lo anterior y teniendo en cuenta que fue necesario realizar una publicación final de resultados por parte del ICFES, se expidió la Directiva Administrativa Transitoria 051 DIPON-DITAH del 16 de diciembre de 2022 “Modificación a la Directiva Administrativa Transitoria Nro. 024 DIPON-DITAH del 04/05/2022 convocatoria para el concurso de patrulleros 2022, previo al curso de capacitación para el ingreso al grado de subintendente”, donde se amplió su vigencia hasta el 28 de febrero de 2023, y se modificaron unas fechas del cronograma relacionadas con publicación de los resultados actualizados y la etapa de atención a reclamaciones en el anexo 3 de la Directiva Administrativa Transitoria No. 024 DIPON-DITAH del 04 mayo de 2022, garantizando el debido proceso.

Que revisados los archivos documentales y magnéticos que reposan en el grupo de ascensos del Área de Desarrollo Humano, no existen peticiones realizadas por el accionante respecto al presente concurso o frente al tema que nos ocupa en la presente acción de tutela, ante la Policía Nacional.

Que mediante comunicación Oficial No. 202210153497 del 29 de diciembre de 2022, el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES, informa que surtido el período de reclamaciones entre el 19 y el 23 de diciembre de 2022, recibió 11 acciones constitucionales de tutela y 3.680 peticiones, las cuales se contestaron en su totalidad, con una verificación una a una de las calificaciones, sin presentar cambios, al resultado final del concurso de patrulleros 2022, previo al concurso de capacitación para ingreso al grado de Subintendente, publicado en su página web el 16 de diciembre 2022.

Finalmente indica que el pasado 29 de diciembre de 2022, se cumplió la etapa de publicación del resultado final del concurso, por parte del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES, a través de su página web, para conocimiento de todos los concursantes, y que el 30 de diciembre de 2022, se cumplió la etapa de llamamiento al curso de capacitación para ingreso al grado de subintendente.

De otro lado, solicita se remita la presente acción al Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Buenaventura, argumentando que este amparo es idéntico al que cursó en dicho Juzgado bajo el radicado 7610931100012023-00004-00, conforme lo señala el art. 2.2.3.1.3.1. del Decreto 1069 de 2015.

ii.iii.ii.- Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES:

La doctora CLAUDIA JINETH ÁLVAREZ BENITEZ, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, rindió informe a este despacho en el que indicó que de acuerdo a lo ordenado en el auto admisorio, se realizó de manera visible en la página web del ICFES la publicación del auto admisorio y la solicitud de amparo, así mismo, que fue compartido por medio de un mensaje masivo enviado a las direcciones electrónicas de la totalidad de patrulleros (41.612) que participaron en las pruebas del Concurso de Patrulleros de la Policía Nacional para el ingreso al grado de subintendente de la vigencia 2022.

Que a través de informe técnico se expuso a la Policía Nacional, en calidad de contratante, el motivo por el cual se generó la actualización de los resultados de las pruebas Concurso de Patrulleros de la Policía Nacional para el ingreso al grado de subintendente de la vigencia 2022, se indicó además la fase de las pruebas en la que se presentó el error y se detallaron las actuaciones administrativas y operativas tendientes a sanear la situación presentada y actualizar los resultados de manera definitiva.

Que publicó a través de su página web un comunicado a la opinión pública de fecha 16 de diciembre de 2022, en el cual expuso las explicaciones correspondientes frente a lo acaecido e informó a todos los interesados del concurso que como consecuencia de la revisión de las reclamaciones presentadas por los evaluados, se realizó la respectiva verificación del proceso de calificación y se identificó una falla técnica de carácter masivo en el cargue y procesamiento de una de las variables relacionadas con el ordenamiento de los resultados, misma que no fue advertida en los diferentes controles implementados para efectos de calificar las pruebas, la cual afectó el orden de los resultados de las pruebas publicadas respecto de todos los evaluados, razón por la cual, los resultados presentados por el Icfes el 19 de noviembre fueron sujetos de verificación, siendo necesario realizar la actualización respectiva, proceder con su publicación en la página web del Instituto el día de 16 de diciembre de 2022 y otorgar un nuevo término para que los interesados radicarán sus reclamaciones si así lo estimaban, entre el 19 y 23 de diciembre de 2022 y como fecha de publicación definitiva de resultados individuales en página web, el 29 de diciembre de 2022 garantizando así y en todo momento los derechos fundamentales al debido proceso y defensa de todos los evaluados.

Que contrario a lo que afirma el accionante, la publicación de resultados efectuada el 19 de noviembre de 2022 no le generó derechos adquiridos, en tanto el ICFES estaba facultado para corregir la situación evidenciada inmediatamente la detectó y actualizar el reporte de resultados publicado, como ocurrió el día 16 de diciembre de 2022.

Que para el caso del accionante la segunda publicación del resultado corresponde con las respuestas correctas que fueron marcadas por su parte durante la aplicación de su prueba de conocimientos policiales y pruebas psicotécnicas, y, por lo tanto, el actual puntaje publicado y el lugar ocupado

4

dentro de la convocatoria para esta concursante goza de total confiabilidad y transparencia y fue publicado de manera definitiva, conforme al cronograma, el 29 de diciembre de 2022 y que al no estar incluido dentro de las 10.000 plazas posibles ofertadas por su empleador para poder acceder al curso de ascenso, indica que no aprobó la evaluación.

Por último, solicita se declare la improcedencia de la Acción de Tutela para controvertir los resultados del concurso, en consideración a que el reglamento de la prueba de patrulleros de la Policía Nacional para el ingreso al grado de subintendente de la vigencia 2022, dispuso la reclamación como el mecanismo idóneo, mediante la cual, los participantes pueden elevar inconformidades frente al acto administrativo de publicación de resultado.

iii.- Consideraciones:

iii.i.- Competencia:

Éste Despacho es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y en el artículo 1º, numeral 2º del Decreto 1983 de 2017.

iii.ii.- Pruebas:

Se decide con fundamento en las afirmaciones contenidas en la solicitud de tutela, los informes rendidos por los accionados, así como las pruebas y anexos aportados.

iii.iii.- Decisión:

En el presente caso, se tiene que el problema jurídico radica en determinar si la decisión adoptada por la Policía Nacional y el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES, de realizar nuevamente la publicación de resultados de las pruebas publicadas respecto de todos los evaluados con un nuevo orden, al verificar el proceso de calificación e identificar una falla técnica de carácter masivo en el cargue y procesamiento de una de las variables relacionadas con el ordenamiento de los resultados, implica una violación de los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo del accionante quién apareció en el primer listado de admitidos dentro de las 10.000 plazas posibles ofertadas por la Policía Nacional.

Al respecto, indica la Policía Nacional indica en su contestación que el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES, es quien debe ejercer el derecho de defensa y contradicción, para explicar las razones particulares del caso, por ser un asunto de su competencia en el desarrollo del objeto contractual del negocio jurídico celebrado, habida consideración de encontrarse vinculado a la presente acción constitucional.

Por su parte, el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES indicó que la publicación de resultados efectuada el 19 de noviembre de 2022 no le generó derechos adquiridos al accionante, en tanto el ICFES estaba facultado para corregir la situación evidenciada inmediatamente la detectó y actualizar el reporte de resultados publicado, como ocurrió el día 16 de diciembre de 2022.

Así mismo indicó que como consecuencia de la revisión de las reclamaciones presentadas por los evaluados se realizó la respectiva verificación del proceso de calificación y se identificó una falla técnica de carácter masivo en el cargue y procesamiento de una de las variables relacionadas con el ordenamiento de los resultados, misma que no fue advertida en los diferentes controles implementados para efectos de calificar las pruebas, la cual afectó el orden de los resultados de las pruebas publicadas respecto de todos los evaluados, razón por la cual, los resultados presentados por el ICFES el 19 de noviembre de 2022 fueron sujetos de verificación, siendo necesario realizar la actualización respectiva, proceder con su publicación en la página web del Instituto el día de 16 de diciembre de 2022 y otorgar un nuevo término para que los interesados radicarán sus reclamaciones si así lo estimaban, entre el 19 y 23 de diciembre de 2022 y como fecha de publicación definitiva de resultados individuales en página web, el 29 de diciembre de 2022 garantizando así y en todo momento los derechos fundamentales al debido proceso y defensa de todos los evaluados.

Luego de lo anterior y previo al análisis del objeto de la acción de tutela interpuesta, esto es, determinar de fondo si se encuentran vulnerados los derechos fundamentales alegados o no, es necesario estudiar los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

Debiendo decirse, uno, que en efecto se trata de una acción constitucional que se fundamenta, tanto por los hechos como por las pretensiones planteadas, en la presunta vulneración a los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad.

El sujeto activo es una persona natural, que para el caso concreto se trata del señor PABLO DAVID ROCHA MERCADO, quien considera que se están vulnerando sus derechos fundamentales, motivo por el cual tendría en principio legitimación en la causa por activa. En lo que se refiere a la parte pasiva, se trata de la Policía Nacional y del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES, por lo que efectivamente la acción cuenta con sujetos pasivos que se encuentran legitimados para ser convocados a la presente actuación constitucional, pues son entidades públicas que tienen una posición dominante frente al accionante.

Ahora bien, respecto de la subsidiaridad, ciertamente se evidencia que lo que pretende el accionante es que se ordene a la Policía Nacional y al Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES que se mantenga en

6

firmó los resultados publicados el día 19 de noviembre de 2022, dentro del Concurso de Patrulleros de la Policía Nacional para el ingreso al grado de subintendente de la vigencia 2022.

Sin embargo, considera el despacho que las pretensiones de la presente acción constitucional, exceden el ámbito de aplicación de la acción de tutela, pues el actor cuenta con mecanismos idóneos por donde encausar sus pretensiones, no siendo por supuesto el Juez de tutela quien deba hacer los estudios legales que se pretenden, ya que no podemos en sede de tutela obviar las diferentes competencias que se encuentran plenamente establecidas para cada ámbito de nuestra legislación e invadir arbitrariamente las funciones en cabeza de los jueces ordinarios y/o administrativos y de lo contencioso administrativo.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante señalar que los artículos 86 de la Constitución Política y 6-1 del Decreto 2591 de 1991, establecen la improcedencia de la acción de tutela cuando existen otros recursos o medios de defensa judiciales, lo cual por supuesto no puede ser inobservado. No obstante, lo anterior, la acción de tutela procederá siempre que, a pesar de existir otro mecanismo de defensa, aquel no sea eficaz para garantizar el derecho presuntamente conculcado o en su defecto se use para evitar un perjuicio irremediable.

Por otro lado, la edad, el estado de salud, las condiciones económicas y la forma en que está integrado el grupo familiar de quien reclama la protección son factores a tener en cuenta para establecer si la acción de tutela emerge como subsidiaria para evitar un perjuicio irremediable (T – 721 de 2012, T – 313 de 2013 y T – 419 – 2015).

Respecto de la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos, con ocasión de concursos de méritos, en reiteración jurisprudencial, la honorable Corte Constitucional en Sentencia T-090 del 2013 dispuso que:

“3.1. En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado

7

dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) 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.

La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.

Centrando nuestro estudio en la primera subregla antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: “(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”. Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad”.

Además, la jurisprudencia ha indicado que las actuaciones en un concurso de méritos deben estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso, lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados y las reglas específicas de las diversas etapas del concurso, a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal como Ley del concurso. En tal sentido, la honorable Corte Constitucional en Sentencia SU-913 de 2009 expresó como regla jurisprudencia lo siguiente:

"(i) Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales.

(ii) A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se auto vincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.

(iii) Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros dados para acceder a un cargo de carrera administrativa.

(iv) Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido".

Como puede observarse la jurisprudencia constitucional ha expresado que los concursos de mérito para el acceso al empleo público deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso, (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe, y dicha obligación se traduce en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso, ya que aquellas son ley para las partes que intervienen en él.

Luego de lo anterior y previo a resolver el caso *sub examine*, debe advertirse que la POLICÍA NACIONAL en su informe solicitó que el presente amparo constitucional fuese remitido para acumulación ante el cursante en el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Buenaventura, bajo el radicado No. 7610931100012023-00004-00, por ser idéntico y porque considera que ese fue el Juzgado que primero avocó el conocimiento.

Es importante señalar en este punto que, a pesar de lo solicitado por esta accionada, se observa que adicional a dicha solicitud se anexó a la contestación varias providencias de tutela de diferentes juzgados en el cual se decide de fondo sobre el asunto y que obedecen a hechos y pretensiones similares a las planteadas en esta tutela, es decir, que a pesar de la existencia de acciones constitucionales que podrían considerarse masivas, no se acumularon para ser decididas en un solo sentido.

Conforme a ello y en atención a que las reglas de reparto no establecen la competencia, entiende el Despacho que, para el asunto bajo estudio, no procede la acumulación de las tutelas en los términos que reza el artículo 2.2.3.1.3.1 del Decreto 1834 de 2015, por lo que, no se accederá a la remisión del expediente al Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Buenaventura.

al asunto que nos concierne, la parte accionante afirma que durante el proceso de convocatoria para curso de ascenso al interior de la POLICÍA NACIONAL, se generaron actuaciones contrarias a la igualdad y al debido proceso pues, inicialmente se publicó una calificación de su prueba escrita que le permitía seguir en concurso, pero, que posteriormente publicó una nueva calificación excluyéndolo, situación que considera como una flagrante vulneración de sus derechos fundamentales.

Es decir, el accionante ROCHA MERCADO pretende que se revoque la decisión que modificó su calificación declarando la nulidad de dicho acto administrativo y se le permita continuar con su curso de ascenso al cargo de subintendente al cual aspiró.

Concretado el asunto, se advierte que la presente acción de tutela no resulta procedente para estudiar las presuntas vulneraciones a que hace referencia el accionante, pues es preciso recordar en esta oportunidad que, tal como se encuentra establecido en la jurisprudencia citada anteriormente, los concursos de méritos se encuentran sometidos a los actos administrativos que las regulan, y que las etapas y oportunidades que cuentan cada una de las partes están sujetas a las disposiciones allí contenidas, esto con el fin de no vulnerar el debido proceso, lo que explicaría que obrar en contrario no solo desconocería dicho derecho, sino, también el de igualdad, pues todos los participantes se encuentran en homogéneas condiciones frente a los procesos de convocatoria, como en este caso lo es, el curso de ascenso para el cual aspiraron 43.612 patrulleros y que por cumplir las condiciones y

requisitos la Dirección de Talento Humano habilitó para concurso 41.613 patrulleros.

Es importante resaltar que, en ninguna de las situaciones planteadas en la acción constitucional logra evidenciarse vulneración a derecho fundamental alguno, al contrario de concederse las pretensiones, se vulnerarían los derechos fundamentales de las personas que se sometieron a la convocatoria y superaron las pruebas escritas, dicho sea de paso, en igualdad de condiciones al actor, luego entonces, suspender la convocatoria u ordenar se mantenga en firme la publicación inicial del 29 de noviembre de 2022, a fin de conceder las prerrogativas que se solicitan podría vulnerar el derecho a la igualdad de las personas que en ella se encuentran, máxime cuando se reconocen por quien califica erróneas.

Es así entonces que, aunque el demandante reproche que las accionadas cometen errores sobre el resultado de las pruebas, y que estos incidieron en la puntuación finalmente obtenida, indicando que la calificación realizada en primera oportunidad estuvo bien realizada, pero que la corrección estuvo mal efectuada, el ICFES con observancia del debido proceso resolvieron las reclamaciones presentadas, y fue con base a estas que se realizó una verificación sentada en criterios técnicos, emitiendo en el pronunciamiento que derivó en la exclusión del demandante.

Ahora, al momento de participar en la Convocatoria, los aspirantes y el hoy accionante aceptaron las condiciones preestablecidas en ellas, por lo que de haber encontrado alguna inconformidad respecto de los preceptos que regularon el acceso a las pruebas realizadas a efectos de sustentar su reclamación, debió agotar los recursos administrativos procedentes, así como los mecanismos judiciales existentes para controvertir el acto administrativo que determinó tal circunstancia, pues en el artículo 18 dispuso que:

“Artículo 18. Reclamaciones. Las reclamaciones que surjan frente a la calificación de la prueba escrita del actual concurso, serán presentadas ante la entidad contratada, quien, de conformidad con el protocolo interno, deberá resolver las mismas”.

Es decir, previamente los aspirantes tenían conocimiento de la posibilidad de solicitar la reclamación contra el puntaje obtenido en el examen, y que sería ICFES quien decidiría sobre dichas reclamaciones con base, como ya se dijo, en los criterios técnicos preestablecidos, para lo cual contaban desde el lunes 19 de diciembre de 2022 hasta el viernes 23 de diciembre de 2022, según lo manifestado por las accionadas.

Por lo que si pretende el señor PABLO DAVID ROCHA MERCADO modificar tal regulación, o que ésta sea adicionada en determinado sentido, la acción constitucional que hoy es objeto de estudio no resulta procedente, pues

dispone de otros medios de defensa judicial para ello y para poder atacar las presuntas irregularidades o vicios que aduce se cometieron durante el trámite de la convocatoria, pues sería el Juez Natural de tales asuntos al que le correspondería resolver las mismas, quien cuenta con un período probatorio ideal para definir las inconformidades que hoy aquejan al actor pues, son muchos los aspectos de orden técnico que se deben estudiar y por ello la acción de tutela, por su perentoriedad e informalidad, no garantizaría un adecuado recaudo probatorio, máxime cuando no está creada para desplazar las acciones legales previstas en los diferentes códigos de procedimiento.

Ahora bien, en cuanto a los derechos conculcados, esto es, la igualdad y el trabajo, es necesario traer a colación lo manifestado por la honorable Corte Constitucional, en Sentencia T-702 de 2000, en cuanto a que *“un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario”*.

En lo que a la actividad probatoria se refiere, la honorable Corte Constitucional ha establecido que en principio la carga radica en el promotor de la acción, quien debe evidenciar, siquiera sumariamente la afectación de sus derechos. Esto dijo el Alto Tribunal en sentencia T – 131 de 2007, citando la sentencia T – 298 de 1993:

“El artículo 22 del mencionado decreto, “el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas”. Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento. Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes”.

Dentro del trámite de esta acción de tutela, el demandante no presenta prueba siquiera sumaria de la transgresión de sus derechos a la igualdad y al trabajo, pues no se encuentra demostrado, en cuanto al primero de ellos, que el Instituto haya mantenido en firme los resultados publicados el día 19 de

noviembre de 2022 a otra persona en la misma situación del accionante, y en cuanto al segundo, no se evidencia que se le esté impidiendo al accionante elegir y ejercer profesión u oficio en condiciones dignas y justas.

Sumado a ello, tenemos que señalar también que no está demostrado la ocurrencia de un perjuicio irremediable al accionante. Por lo que no hay disponible para el despacho ningún elemento de prueba, dentro del libelo tutelar, que encuadre al accionante como sujeto especial de protección, o que esté sufriendo un perjuicio irremediable grave, que obliguen el amparo como mecanismo transitorio, inmediato, impostergable y urgente. En vista de la excepcionalidad de la tutela contra actos administrativos, la parte actora es quien debe probar las circunstancias especiales que sirven de fundamento para promoverla como mecanismo transitorio.

Así las cosas y en atención a que la jurisprudencia y las normas citadas obligan al Juez, en punto de la subsidiariedad, a establecer si en la acción se evidencia la existencia de un daño inminente, o la necesidad de adoptar medidas urgentes y precisas a fin de evitar un daño grave, tenemos que decir que en el *sub-examine* ello no se prueba, pues no se avizora que la accionante se encuentre sufriendo un daño grave, o que éste se torne inminente.

Lo anterior implica que existiendo “medio de defensa, idóneo y eficaz”, se ha de concluir que la pretensión del actor es un trámite que debe efectuarse ante la jurisdicción ordinaria y, por lo anterior, no encontrándose satisfecho el requisito de subsidiariedad como presupuesto de procedibilidad de la acción constitucional, la tutela invocada por el señor PABLO DAVID ROCHA MERCADO en contra de la Policía Nacional y del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES, para la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, será declara improcedente.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Soledad, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de Ley,

RESUELVE

Primero: NEGAR la remisión de la presente acción de tutela para ser acumulada a la cursante ante el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Buenaventura, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

Segundo: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo los derechos fundamentales invocados por el señor PABLO DAVID ROCHA MERCADO en contra de la Policía Nacional y del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

Tercero: De no ser impugnado el presente fallo, SE REMITIRÁ a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIGI CARLO CIANCI FLÓREZ
JUEZ


DANIEL ANTONIO GIL RÍOS
SECRETARIO