

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
POPAYÁN  
SALA CONSTITUCIONAL**

**Magistrado Ponente**

**ARY BERNARDO ORTEGA PLAZA**

Popayán, veintidós (22) abril de dos mil dieciséis (2016)

Proyecto discutido y aprobado mediante Acta No. 302

**MOTIVO**

**Consejo Superior**

La Sala, competente funcional, resuelve la acción de tutela interpuesta por el señor Hugo Darío Medina Benavides, contra el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, la Unidad de Carrera Judicial y la Universidad de Pamplona, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la "Igualdad", "Trabajo", "Debido Proceso", "Participación y Acceso a Cargos Público", "Confianza Legítima" y "Legalidad".

## II

### LA DEMANDA

El señor Hugo Darío Medina Benavides, reclamó la protección de sus derechos fundamentales a la "Igualdad", "Trabajo", "Debido Proceso", "Participación y Acceso a Cargos Público", "Confianza Legítima" y "Legalidad", los cuales consideró vulnerados por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, la Unidad de Carrera Judicial y la Universidad de Pamplona.

Como sustento de lo anterior, manifestó que mediante acto administrativo PSAA13-9939 de 2013, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, reglamentó el proceso de selección y convocó al concurso de méritos para la provisión de cargos de funcionarios de la rama judicial, inscribiéndose para el cargo de Juez Penal del Circuito.

Presentó la prueba de conocimiento, obteniendo un puntaje de 796,59 de acuerdo a la Resolución CJRES15-20, motivo por el cual dentro de los términos prescritos interpuso el recurso de reposición contra tal Acto Administrativo, el que fuera resuelto por la Directora de la Unidad de Administración de la Carrera Judicial, mediante la Resolución CJRES15-252, confirmándola en todas sus partes, vulnerando sus derechos fundamentales constitucionales.

Pues, el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, mediante acto administrativo PSAA13-9939 de 2013, reglamentó el proceso de selección y convocó al concurso de méritos para la

provisión de cargos de funcionarios de la rama judicial, Convocatoria 22, sin establecer que unilateralmente las entidades accionadas tuvieran la posibilidad de modificar en las fases del mismo dichas reglas, pero según lo manifestado en la Resolución CJRES15 - 252, que resolvió todos los recursos interpuestos y que confirmo los puntajes obtenidos en la prueba de conocimientos, las accionadas eliminaron 9 preguntas, a saber, los ítems 4, 11, 14, 16, 22, 42, 62, 65 y 86, del cuestionario para Juez Penal del Circuito, por "Presunta elaboración de preguntas sin posibilidades de respuesta, ambiguas, mal redactadas o con errores ortográficos", hecho que, según su decir, constituye una modificación unilateral de las reglas establecidas en la convocatoria del concurso de méritos,

▮

Agregó, que presentó la prueba de conocimiento bajo unas reglas de juego, con el número de preguntas preestablecido por los accionados, sin embargo, se le evalúa excluyéndose de dicho cuestionario un número de preguntas que potencialmente habría podido acertar, es decir, que la cuestión se origina en el actuar de las accionadas, mas no en su conducta como tampoco en el diseño de la fórmula de evaluación de la prueba, sino de la modificación de las variables a tener en cuenta en la fórmula calificatoria, como sería preguntas presentadas y acertadas, que el Juez debe ordenar restablecer o al menos verificar, y cuya exclusión general a todos los participantes, no salvaguarda la igualdad de los mismos en la medida de que cada caso particular del aspirante es individual, esto es la variable denominada número de preguntas acertadas.

Finalmente manifestó que si acertó alguna de las preguntas eliminadas ello podrían influir en el puntaje final obtenido y superar de tal modo la etapa de la prueba de conocimiento.

En consecuencia, solicitó se ordene al Consejo Superior de la Judicatura - Sala administrativa, a la Unidad de la Administración de Carrera Judicial y a la Universidad de Pamplona, que procedan a calificar las nueve preguntas eliminadas de la prueba de conocimiento para el cargo de Juez Penal del Circuito, con el fin de determinar cuántas de ellas respondió en forma correcta, y como consecuencia se sume ese puntaje a los 796.59 que le fuera otorgado, resultado que deberá ser publicado y notificado por la Unidad de Administración de la Carrera Judicial, con el resultado de la prueba psicotécnica.

Asimismo, que en el evento de no efectuarse incremento alguno o que se indique por parte de las accionadas que con dicho incremento no superó el umbral de los 800 puntos, se ordene a aquellas la exhibición del cuadernillo de preguntas y respuestas correspondientes al examen presentado por el suscrito para el cargo de Juez Penal del Circuito, con el fin de determinar cuáles preguntas de las nueve eliminadas, fueron correctamente contestadas.

Se tutele su derecho a la igualdad, según el cual situaciones fácticas iguales merecen iguales soluciones, frente al señor Carlos Enrique Pinzón Muñoz, dentro de la acción de tutela 05001-22-05-000-2015-00819-01, decidida por el Tribunal Superior de Medellín - Sala Laboral, con ponencia del doctor Marino Cárdenas Estrada, en la cual se tutelaron sus derechos fundamentales al debido proceso, y se ordenó a la Universidad de Pamplona, que verificara cuál o cuántas de las 5 preguntas retiradas de la prueba de

conocimiento para el cargo de Magistrado de Tribunal Administrativo tenía resueltas correctamente, conforme las respuestas que originalmente se tenían como válidas al momento de la presentación de la prueba de conocimiento.

Y respecto del ciudadano Julio Cesar Zambrano Perea, dentro de la acción de tutela No. 76-001-23-33-005-2016-00284-00, decidida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con ponencia del doctor Jhon Erick Chaves Bravo, fallo proferido el 15 de marzo de 2016, mediante el cual tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y al acceso a cargos públicos.

### III

## TRÁMITE y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. Mediante auto de sustanciación del 1 de abril de 2016, la Sala dispuso avocar el conocimiento de la presente acción de tutela, vincular como partes procesales demandadas al Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, a la Unidad de Carrera Judicial y a la Universidad de Pamplona y ordenar a la primera de las citadas, la publicación de dicho auto junto con el escrito incoatorio en la página web de la rama judicial, por cuanto la decisión que se adopte puede perjudicar a los aspirantes admitidos en el concurso de méritos para ocupar cargos de funcionarios de la Rama Judicial, Convocatoria No. 22 de 2013, a quienes se les advirtió que tenían un término no superior a 2 días hábiles, para ejercer su derecho de defensa. Escritos que podrían ser remitidos

vía fax al número 8223103 o a través de los correos electrónicos: [tribpopayanpenal@hotmail.com](mailto:tribpopayanpenal@hotmail.com) y [spentspop@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:spentspop@cendoj.ramajudicial.gov.co), en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 306 de 1992.

2. La Universidad de Pamplona, dio contestación al escrito incoatorio señalando que la presente acción de tutela debe rechazarse por improcedente en los términos del Decreto 2591 de 1991, pues existe otro mecanismo judicial eficaz y expedito y no es el medio idóneo para atacar concursos de mérito.

Agregó, que la acción tiene por objeto la inaplicación o anulación de los actos administrativos: Acuerdo PSAA13-9939 de 25 de junio de 2013, "Por medio del cual se adelanta el proceso de selección y se convoca al concurso de méritos para la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial", Resolución CJRES15-20 por medio del cual se publicaron los puntajes obtenidos en la prueba de conocimientos y la Resolución CJRES15-252 de 24 de septiembre de 2015, que resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CJRES15-20, actos que son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante el ejercicio de la acción de nulidad.

Así, las presuntas irregularidades que en esta acción constitucional pone de presente el actor, deben ser presentados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones o medios de control que el ordenamiento jurídico ha establecido para ello, pues de proceder aquí el estudio de la forma como se expidieron los actos administrativos en particular, se estaría usurpando la competencia del juez administrativo.

Corolario de lo expuesto es que si el accionante considera que las

Resoluciones CJRES15-20 y CJRES-15-252 no se ajustan a derecho, al incluir 796.59 puntos como resultado en su prueba de conocimientos, deberá ventilar su inconformidad frente al juez natural del asunto, pues la protección constitucional no puede ser utilizada como mecanismo paralelo de protección cuando la legislación tiene establecidas las vías adecuadas para salvaguardar sus derechos, acción que además le permite solicitar, como medida provisional, la suspensión de los efectos, habida cuenta que fue ese el mecanismo establecido por el constituyente y el legislador para debatir judicialmente asuntos como el que aquí se propone.

Frente a la improcedencia de la acción de tutela en casos como el presente, el Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Susana Buitrago Valencia, 6 de noviembre de 2014, radicación número: 17001-23-33-000-2014- 00295-01, señaló que si hay una presunta irregularidad que tenga la entidad suficiente para afectar actos y actuaciones administrativas dentro de un concurso de méritos, estos son susceptibles de ser atacados y enjuiciados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante los medios de control que corresponda, y agregó que tampoco procede por tutela la suspensión provisional porque tal la medida cautelar debe ser resuelta por el juez de lo contencioso administrativo, lo que la hace el medio apto e idóneo para la protección de los derechos fundamentales, por más que no se demostró siquiera sumariamente el perjuicio irremediable.

Finalmente, señaló que institución universitaria que representa firmó contrato de consultoría con la Nación - Consejo Superior de la Judicatura, como operador logístico de la convocatoria de los concursos de Rama Judicial, para el "Diseño, Construcción y

Aplicación de Pruebas Psicotécnicas, de Conocimientos y/o de Competencias para los Cargos de Funcionarios de la Rama Judicial”.

Asimismo, la Universidad de Pamplona suscribió contrato con la empresa ALPHA GESTION S.A para la elaboración, aplicación y calificación de la respectiva prueba de conocimiento dentro de la Convocatoria 22; además, desplegó todas las acciones administrativas necesarias para cumplir a cabalidad con el objeto contractual, pues en su rol de contratista abordó labores para con la Rama Judicial prestando apoyo técnico, mas no efectuar actividades de resolver recursos o modificar puntajes ni demás acciones que no estuvieran contempladas dentro de su objeto contractual.

No obstante, siendo evidente que existe una improcedencia de la acción de tutela para reclamar una vulneración de unos derechos fundamentales por parte de la Universidad de Pamplona, es necesario precisar que el parágrafo primero del artículo 164 de la Ley 270 de 1996, faculta a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para que determine todos los aspectos concernientes a la reglamentación general, contenido y procedimientos de cada una de las etapas (selección y clasificación) que conforman un concurso de méritos y señalar los puntajes correspondientes a las diferentes pruebas que conforman la primera de ellas.

Acotó que en relación al caso del señor Pinzón Muñoz, el Magistrado al momento tomar una decisión de fondo no tuvo en consideración los argumentos esgrimidos por la Universidad de

Pamplona, lo anterior debido a que esta no ejerció el derecho a la defensa en primera instancia toda vez que tuvo conocimiento del proceso fue con la radicación del incidente de desacato formulado por el accionante, en consecuencia no se evidenció oportunidad para pronunciarse frente a una presunta elaboración de preguntas sin posibilidades de respuesta, ambiguas, mal redactadas o con errores ortográficos, ante lo cual es preciso mencionar que un *"grupo técnico de especialistas elaboraron el banco de preguntas, dirigido a evaluar las habilidades cognitivas que debe tener todo juez en la escala jerárquica jurisdiccional. Así mismo, en las etapas de diseño, construcción y validación de la prueba, se ajustaron posibles errores de ortografía o redacción y se incluyó un instrumento de medición estadística de cada una de las preguntas, de tal suerte, que solamente aquellas que obtuvieron índices iguales o por encima de un estándar definido, conformaron la prueba final, lo que permitió establecer que la medición fue confiable y válida.*

*Así mismo resulta procedente comunicar que dicho fallo fue enviado junto con solicitudes de nulidad presentadas por otros concursantes a la Honorable Corte constitucional, para someter la litis de fondo a revisión.*

*No obstante lo anterior, de conformidad con la información suministrada, una vez aplicadas las pruebas se estableció que algunos ítems no presentaron buenos indicadores de desempeño (respondidos por menos del 10% de los aspirantes que abordaron la misma prueba o con bajos índices de discriminación) debido a varias razones como ausencia de posibilidad de respuesta, mala redacción o ambigüedad, entre otras; por lo anterior y en virtud a que la técnica psicométrica recomienda excluirlos de la calificación con el objeto de tener una medición más confiable y válida, se relacionan a continuación la cantidad de ítems retirados de la calificación en cada una de las 14 pruebas aplicadas, discriminando los componentes general y específico".*

En consecuencia de lo anterior, para todos los cargos, se decidió por técnicas del procedimiento de calificación que se eliminaran las preguntas por considerar que estas no hacían ningún aporte a los criterios evaluados, así las cosas, la exclusión de los ítems anteriormente relacionados se realizó teniendo en presente que las pruebas fueron previamente analizadas por el equipo encargado del diseño y construcción de las pruebas, teniendo en cuenta los conocimientos, habilidades y características requeridas por los aspirantes en este proceso de selección. Cada uno de los ítems superó al menos dos validaciones de jueces expertos y fueron analizados psicométricamente, de tal manera que los ítems que presentaron indicadores inferiores al standard adoptado, fueron eliminados de la calificación, cuyos standard adoptados fueron: Alta dificultad del ítem y Índices de discriminación negativos o cercanos a cero, es decir, que no eran respondidos por prácticamente ninguna persona.

Igualmente resaltó que la exclusión se efectuó porque así lo recomiendan los estándares internacionales sobre la construcción de pruebas de esta índole, resultando así que a los concursantes se les evaluó sobre el número de preguntas restante, en el caso de Hugo Darío Medina Benavides, y a todos los que aspiraban a los diferentes cargos se les calificó la prueba aplicada, sobre el número de preguntas restantes y no sobre 100, pues la eliminación se dio porque dichas preguntas no aportaban al examen lo que se pretendía medir, por tal razón resulta improcedente aumentar o disminuir el puntaje obtenido por el concursante, dado que los resultados obtenidos fueron verificados.

En síntesis dentro del proceso de construcción de la prueba de conocimiento inicialmente se tenían como válidas unas respuestas

para las 100 preguntas, sin embargo dentro del proceso de calificación y validación de la prueba después de su aplicación, se determinó que no hay respuestas acertadas para las preguntas eliminadas lo anterior en virtud de las normas internacionales de calificación aplicables a este tipo de pruebas.

En consecuencia, requirió se despache en forma desfavorable las pretensiones de la tutela dirigida contra la Universidad de Pamplona, por cuanto la misma no está llamada a prosperar por la falta de legitimación en la causa por pasiva y por la inexistencia del de un daño irremediable a los derechos alegados como vulnerados, toda vez que después de la aplicación de la prueba, en el proceso de calificación final se estableció que no existen respuestas acertadas para las preguntas eliminadas, razón por la cual no fueron tenidas en cuenta.

3. La Directora de la Unidad de Carrera Judicial del Consejo Superior de la judicatura, recorrió traslado bajo los mismos argumentos que la Universidad de Pamplona, agregando que la reglamentación de la convocatoria efectuada mediante el Acuerdo PSAA13-9939 de 25 de junio de 2013, tiene fundamento en el siguiente marco normativo y jurisprudencial:

- Constitución Política. Artículos 125 y 256.
- Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, artículos 101, 164, 165, y 174.
- Sentencia C-037 de 1996
- Sentencia SU-617 de 2013"

En cuanto a los límites de la facultad reglamentaria de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de manera particular sobre su ejercicio dentro de los concursos públicos de

méritos, para delimitar la reglamentación que atañe a los procesos de selección convocados por esta entidad, en el Auto proferido el 12 de mayo de 2014, por el doctor Gerardo Arenas Monsalve en el proceso 11001032500020130151500, negó la medida cautelar de suspensión provisional del aparte demandado de la convocatoria PSAA13-9939 de 2013, al considerar:

*"Es importante destacar que el acceso a cargos de carrera y el ascenso a los mismos, dentro de la Rama Judicial, se realiza previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados por la Constitución y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, así como en los reglamentos que expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura con base en las facultades conferidas por el artículo 257 numeral 3° de la Constitución Política.*

*Siendo entonces el mérito el principal presupuesto para el ingreso a la carrera judicial, la ley estableció requisitos generales y especiales que deben cumplirse, entre ellos la realización de un proceso de selección pública y abierta cuya realización como ya se dijo, se le atribuyó al Consejo Superior de la Judicatura.*

*(...)*

*Se concluye así que, la potestad reglamentaria del presidente es diferente a la que compete ejecutar a ciertos entes por mandato constitucional, y a la que deben desarrollar algunos órganos administrativos, como el Consejo Superior de la Judicatura en desarrollo de los artículos 256 y 257 de la Constitución Política y, 85 numeral 17 y 160, 162 y 164 de la Ley 270 de 1996, para la administración de la carrera judicial.*

*Y fue en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 162 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que consagra las etapas de selección del proceso, que el Consejo Superior de la Judicatura con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, estableció al momento de reglamentar el Acuerdo PSAA13-9939 del 25 de junio de 2013, el número de cargos para el cual se podía concursar.*

*Se ejercieron así las facultades que el párrafo del artículo 162 de la ley Estatutaria establece reglamentando la forma, clase, contenido, alcances y demás aspectos de cada una de las etapas del concurso, y se respetaron los principios de publicidad y contradicción de las decisiones.*

*Finalmente, no se evidencia vulneración del derecho a la igualdad, pues no se advierte que existan personas que hayan recibido un trato diferente*

*por parte de la entidad demanda (sic); por el contrario, todos los participantes del proceso de selección, regulado por el acto demandado, se encuentran sujetos a las mismas reglas y condiciones, es decir, a todos y a cada uno de ellos sólo se les permite escoger de entre los varios cargos que relacionan la convocatoria, uno sólo para ingresar a ella."*

De esa forma, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de sus facultades Constitucionales, legales y reglamentarias, expidió el Acuerdo PSAA13-9939 de 25 de junio de 2013, para adelantar el proceso de selección y convocar al concurso de méritos para la provisión de los cargos de funcionarios de la Rama Judicial.

En el caso bajo estudio, el accionante se presentó al concurso para funcionarios de la Rama Judicial, para el cargo de Juez Penal del Circuito, convocado a través de Acuerdo PSAA13-9939 de 2013, norma obligatoria y reguladora de este proceso de selección, por consiguiente de forzoso cumplimiento tanto para los participantes como para la administración, en la que se estableció que en la primera fase del concurso de méritos está incluida, con carácter eliminatorio, la prueba de conocimiento y aptitudes y sólo quienes obtuvieran un puntaje igual o superior a 800 puntos, continuarían en la fase II del concurso (curso de Formación Judicial).

El accionante obtuvo una calificación definitiva equivalente a los 796.56 puntos, que fue publicada a través de la Resolución CJRES15-20 de 12 de febrero de 2015, acto recurrido en oportunidad, y resuelto con la Resolución CJRES15-252, que confirmó la nota del aspirante a Juez.

Dentro de la Resolución CJRES15-252 del 24 de septiembre de

2015, fueron desarrollados los cuestionamientos de los aspirantes que al igual que el señor Hugo Darío Medina Benavides, interpusieron recurso de reposición dentro del término previsto, en contra de la calificación asignada a las pruebas de conocimientos, con el fin de que se realizara una revisión manual del examen, señalando entre otras razones, las siguientes: a) Presunto error aritmético en la cuantificación del puntaje final de la prueba de conocimientos, b) Presunta falla del lente óptico al momento de verificar las respuestas seleccionadas; c) Posibilidad de otorgar al aspirante un puntaje correspondiente a otra persona.

Ante dichas inconformidades, solicitaron entre otros aspectos: a) la revisión manual de las preguntas de la prueba de conocimiento; b) la posibilidad de dejar sin efectos la prueba de conocimientos, por considerar que no fueron evaluados los temas enunciados en el instructivo para cada especialidad, y que se incluyó un alto número de preguntas sobre áreas del derecho no relacionadas; c) informar si fueron tenidas en cuenta las habilidades cognitivas de la taxonomía de Benjamín Bloom, en cada componente (común y específico); y el número de preguntas que tuvieron en cuenta las habilidades cognitivas; d) las teorías psicométricas utilizadas de acuerdo al tipo de pruebas y competencias para calificar cada aspirante; f) presunta elaboración de preguntas sin posibilidades de respuesta, ambiguas, mal redactadas o con errores ortográficos; g) la presunta inclusión de preguntas que no evaluaban el pensamiento crítico o las capacidades para resolver problemas; h) temas señalados en el instructivo de la Universidad de Pamplona vs preguntas contenidas en la prueba de conocimiento, i) confusión de preguntas del Código General del Proceso y Teoría General del Proceso), y j) asignación de un segundo calificador para la revisión

de las respuestas de la prueba.

Una vez publicados los resultados de las pruebas de conocimiento y recurridos los puntajes, por solicitud de los recurrentes, incluida el tutelante, se realizó una segunda verificación manual a cargo de la firma Alpha Gestión, actuando como segundo calificador dentro del presente proceso de selección, en virtud de un subcontrato con la Universidad de Pamplona.

Dentro de la citada resolución, se comunicó de manera detallada la técnica psicométrica para obtener una medición más confiable y válida, de los resultados de las pruebas, por medio de la firma Alpha Gestión, que como se indicó, realizó una segunda verificación manual, entidad subcontratada por la Universidad de Pamplona, como un segundo calificador dentro del presente proceso de selección, la cual informó que:

*“una vez aplicadas las pruebas se estableció que algunos ítems no presentaron buenos indicadores de desempeño (respondidos por menos del 10% de los aspirantes que abordaron la misma prueba o con bajos índices de discriminación) debido a varias razones como ausencia de posibilidad de respuesta, mala redacción o ambigüedad, entre otras; por lo anterior y en virtud a que la técnica psicométrica recomienda excluirlas de la calificación con el objeto de tener una medición más confiable y válida, éstos fueron previamente retirados antes de emitir la calificación definitiva en cada una de las catorce (14) pruebas aplicadas, las cuales en el acto atacado y respecto de este caso, fueron relacionadas de la siguiente manera:*

Cargos	Prueba	Ítems eliminados del componente	Ítems eliminados del componente específico	Total de ítems eliminados
Juez Penal del Circuito	4	4, 11, 14, 16, 22, 42	62, 65, 86	9

*De igual manera, la Universidad de Pamplona, indicó:*

*"...uso el indicador de ajuste próximo<sup>2</sup> que hace referencia a la relación entre el valor de dificultad del ítem y la dificultad del ítem, de tal forma que los ítems que fueron escogidos por menos del 10% de los evaluados, por ser demasiado difíciles de responder, no permiten diferenciar adecuadamente si las personas tienen los conocimientos necesarios o si se trata de ítems que no fueron comprendidos, por problemas de conceptualización o redacción. Por otra parte, se considera que un ítem no discrimina cuando fue respondido por aspirantes que no tuvieron un buen desempeño en la prueba en general; esto indica que el ítem no está permitiendo seleccionar aquellos aspirantes con los conocimientos esperados para el cargo, en relación con aquellos que no los tienen."*

Ahora, respecto del cuestionamiento relacionado con la presunta elaboración de preguntas sin posibilidades de respuesta, ambiguas, mal redactadas o con errores ortográficos, que fueron objeto de eliminación de la prueba de conocimientos, es importante mencionar que el banco de preguntas utilizado en el desarrollo del examen de conocimientos fue elaborado por un grupo técnico de especialistas, encaminado a evaluar las habilidades cognitivas que debe tener todo juez en la escala jerárquica jurisdiccional, con eso, en las etapas de diseño, construcción y validación de la prueba, se ajustaron posibles errores de ortografía o redacción y se incluyó un instrumento de medición estadística de cada una de las preguntas, de tal suerte, que solamente aquellas que obtuvieron índices iguales o por encima de un estándar definido, conformaron la prueba final, lo que permitió establecer que la medición fuera confiable y válida.

Es por ello, que debe resaltarse que previa a la consolidación y publicación de los resultados definitivos de la prueba de conocimientos, se agotó el procedimiento técnico de validación y

calificación de las pruebas aplicadas, el cual inició con el proceso de lectura o captura de las respuestas dadas por cada participante, mediante equipos de lectura óptica a cargo de la empresa de seguridad Thomas Greg & Sons, bajo los protocolos de seguridad e integridad de los datos elaborados por la Universidad de Pamplona, que permitían determinar posibles fallas en este proceso, lo que originó el retiro de los ítems que no registraron buenos indicadores de desempeño, y sólo hasta que se depuró totalmente la lectura y se tuvo la certeza de haber capturado las respuestas de cada aspirante, se procedió a la etapa siguiente.

Así las cosas, en dicho acto administrativo se informó a los concursantes que en el desarrollo previo a la consolidación de los resultados definitivos alcanzados en la prueba de conocimientos por los aspirantes que presentaron el examen, se hizo pública la relación de los ítems eliminados de los componentes común y específico que conformaban la prueba, en cada cargo de aspiración.

En ese sentido, es importante mencionar que la Corte Constitucional en la sentencia SU 617 de 2013, ha expresado que es válida la eliminación de preguntas de un concurso cuando las mismas se tomen ambiguas, lo cual permite garantizar los principios de la función pública como los de eficacia, igualdad de oportunidades, publicidad, mérito, objetividad, imparcialidad, confianza, transparencia, validez.

Anotó que con base en la mencionada sentencia de unificación, han sido falladas acciones de tutela, en forma adversa a los accionantes, frente a casos similares<sup>3</sup>.

Las razones antes descritas permiten evidenciar que no le asiste razón al accionante por cuanto no existe trasgresión de sus derechos fundamentales invocados, y menos aun cuando no se encuentra actualmente compitiendo en el proceso de selección convocado mediante el Acuerdo PSAA13-9939 de 2013, que busca de la excelencia para cumplir una función tan importante como lo es administrar justicia.

Lo anterior, permite considerar la improcedencia de la petición de recalificar y notificar al accionante un nuevo puntaje para la prueba de conocimientos por cuanto como se explicó, previamente a la consolidación definitiva de su puntaje alcanzado en dicho examen, se eliminaron las 9 preguntas que arrojaban confusión o se encontraban mal elaboradas, y asimismo se desvirtúa la posible vulneración de sus derechos constitucionales invocados.

Adicional a lo anterior, frente a las solicitudes relacionadas con la entrega de copia de los cuestionarios del examen y de las hojas de respuestas, es necesario precisar, que con el objeto de garantizar el derecho a la igualdad de los aspirantes a ocupar cargos de carrera de la Rama Judicial, el parágrafo segundo del artículo 164 de la Ley 270 de 1996, estableció: *“Las pruebas que se apliquen en los concursos para proveer cargos de carrera judicial, así como toda la documentación que constituya el soporte técnico de aquellas, tiene carácter reservado”*, lineamiento que ha sido reiterado por la H. Corte Constitucional, en la sentencia T – 267 de 2012.

En virtud de lo anterior, en ejercicio de esa potestad Constitucional y legal, y dado el carácter reservado de las pruebas y sus estadísticas, en las convocatorias que realiza el Consejo Superior

de la Judicatura para proveer cargos de carrera judicial, no es posible realizar entrega en detalle de los procedimientos ni de los elementos, o bien la copia de la prueba (cuestionario y/o hoja de respuestas).

De otra parte, señaló que al comenzar la prueba, se informó a los aspirantes de la existencia de un acta para el reporte de las novedades que surgieran con ocasión de la presentación del examen, por lo cual, los concursantes tenían la posibilidad de reportar a los jefes de salón cualquier inquietud u observación relacionada con el examen o con las preguntas. Finalizada la prueba, los jefes de Salón, suscribieron acta de terminación interna, debidamente firmada en donde debían dejar constancia del cumplimiento del itinerario propuesto, las observaciones hechas y el desarrollo de las actividades realizadas.

Por tanto, en aras de proteger el derecho a la igualdad de todos los participantes dentro del proceso de selección, y dado a que dichas preguntas fueron retiradas antes de hacerse públicos los resultados, no es viable acceder a una recalificación de la prueba de conocimientos, por cuanto se manifestó que se hicieron las revisiones respectivas a efecto de encontrar errores que permitieran aumentar el puntaje, sin que se haya evidenciado error en el proceso, por lo cual la nota reflejada en la Resolución CJRES15-252 de 24 de septiembre de 2015, es correcta.

Indicó también que esa Unidad, dio respuesta al recurso de reposición presentado contra los resultados de la prueba de conocimientos realizada dentro de la Convocatoria 22; diferente es que tal respuesta no fuera favorable a las pretensiones del

accionante.

Respecto de las preguntas eliminadas, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial suscribió el Contrato No.112 de 2013 con la Universidad de Pamplona, cuyo objeto es realizar el *"Diseño, construcción y aplicación de pruebas psicotécnicas, de conocimientos y/o de competencias para los cargos de funcionarios de la Rama Judicial"*.

Y en ese orden, la Universidad de Pamplona respecto de la posible asignación de puntaje a las preguntas eliminadas ha informado: *"...dentro del proceso de construcción de la prueba de conocimiento inicialmente se tenían como válidas unas respuestas para las 100 preguntas, sin embargo dentro del proceso de calificación y validación de la prueba después de su aplicación, se determinó que no hay respuestas acertadas para las preguntas eliminadas lo anterior en virtud de las normas internacionales de calificación aplicables a este tipo de pruebas."*<sup>6</sup>

Se tiene que la misma se efectuó con referencia a la norma, es decir, que las ejecuciones de un concursante son puntuadas e interpretadas con respecto a los demás aspirantes que abordan la misma prueba. En este caso, se calculan ciertos estadísticos de la población para determinar la escala de resultados.

Con ello, se obtiene el número de respuestas correctas de cada persona que aborda las preguntas, para luego, proceder a calcular el promedio y la desviación estándar de todos los aspirantes. Con estos datos, se realiza el proceso de estandarización de puntajes y por último se transforma este resultado a una escala particular, así:

*"Obtención de puntuaciones directas (PD) para cada Prueba:*

*Paso 1. Se obtiene la puntuación directa de cada aspirante para la prueba de Conocimientos a partir de la lectura óptica de la hoja de respuestas de cada prueba, que coteja las respuestas del aspirante contra la plantilla de claves de respuesta de cada prueba.*

*Paso 2. Por cada respuesta correcta se asigna un punto, de tal modo que la puntuación directa será la sumatoria de los aciertos de la prueba. Es decir, si una persona respondió correctamente a 40 preguntas, la puntuación directa es 40, si otra persona respondió correctamente las 100 preguntas, la puntuación directa es de 100.*

*Así las cosas, tal y como lo indicó la convocatoria, para la prueba de conocimientos se construyeron las respectivas escalas estándar que oscilaron entre 0 y 1.000 puntos y para aprobarlas se requería obtener un mínimo de 800 puntos.*

*El puntaje estándar está en relación directa con el número de preguntas contestadas correctamente por el concursante (puntuación directa o puntaje bruto), pero además establece una comparación entre el desempeño de la persona con relación a su grupo de referencia (personas que aspiraron al mismo cargo en la misma especialidad). En estas condiciones, el puntaje estándar NO es el número de preguntas que contestó correctamente el concursante.*

*De la fórmula utilizada se extrae que la producción de puntajes estándar implica la división del grupo total de concursantes en varios subgrupos según el cargo de aspiración, el cálculo de los puntajes promedio y la desviación estándar para cada uno de los subgrupos. Una vez obtenidos los valores del puntaje promedio y de la desviación estándar para cada subgrupo, se procede a la obtención de los puntajes estándar para cada persona.*

*En este orden de ideas, se advierte que la calificación de la prueba de conocimientos se apoya en un componente técnico y otro matemático; el primero lo realiza la lectora óptica y el segundo, equivale a las fórmulas matemáticas ya referidas; de tal suerte que el margen de error es próximo a cero; como en efecto lo evidenció la revisión efectuada de forma manual a las hojas de respuesta de los recurrentes.*

*A partir de los puntajes estandarizados se generan los resultados individuales para cada tipo de cargo, los cuales fueron debidamente*

informados en la Resolución recurrida.

Con fundamento en lo anterior, el valor asignado a cada pregunta, es relativo al desempeño de los aspirantes que se presentaron al mismo cargo, por lo tanto la calificación no se realizó con relación al criterio, sino a la norma y en consecuencia, este enfoque hace hincapié en que las mediciones son relativas y las puntuaciones de los individuos se deben interpretar comparándolas con las obtenidas por otros aspirantes al mismo cargo.

### **Cálculo del Puntaje Promedio**

El puntaje promedio se calcula para cada subgrupo aplicando la siguiente fórmula:

$$M = \frac{\sum X}{N}$$

Donde:

$M$  = Puntaje promedio del subgrupo.

$\sum X$  = Suma de todos los puntajes obtenidos por todas las personas que integran el subgrupo.

$N$  = Número de personas que integran el subgrupo.

El puntaje promedio ( $M$ ) del subgrupo da información sobre el desempeño general del mismo, se espera que en una prueba de 100 preguntas el número promedio de respuestas correctas del grupo sea de 50 ( $Me$ ). Cuando el promedio de un grupo está por debajo de este valor se dice que el desempeño del mismo es bajo y cuando está por encima de este se dice que el grupo tuvo un buen desempeño frente a la prueba.

### **Cálculo de la Desviación Estándar**

La desviación estándar se obtiene también para cada subgrupo según la especialidad y cargo, utilizando la siguiente fórmula:

$$d = \sqrt{\frac{\sum (X-M)^2}{N}}$$

Donde:

$d$  = Desviación estándar del subgrupo.

$(X-M)^2$  = La resta de cada puntaje y la media del grupo, elevada al cuadrado.

$\sum(X-M)^2$  = La suma de los resultados obtenidos en el paso anterior.

$N$  = Número de personas que conforman el subgrupo.

Para calcular la desviación estándar se debe seguir, entonces, los siguientes pasos:

1. Se obtiene la diferencia de cada puntaje y la medida del subgrupo  $(X-M)$ .
2. Cada una de esas diferencias se eleva al cuadrado  $\{(X-M)^2\}$
3. Se suman todos los resultados del paso 2  $\{\sum(X-M)^2\}$
4. El resultado de esa suma se divide por el número de personas que conforman el grupo

$$\frac{\sum(X-M)^2}{N}$$

5. Al resultado de la división anterior se le saca raíz cuadrada

$$\frac{\sqrt{\sum(X-M)^2}}{N}$$

La desviación estándar indica en qué grado variaron los puntajes del subgrupo, es decir, si los puntajes de las personas de ese subgrupo fueron similares o muy diferentes. En una prueba de 100 preguntas se espera que la desviación estándar ( $d$ ) sea de 10, si ésta tiene un valor superior se puede decir que los puntajes obtenidos por las personas del subgrupo fueron muy diferentes y si tiene un valor inferior a 10 se dirá que los puntajes obtenidos por las personas que conforman el subgrupo son más homogéneos.

Una vez obtenidos los valores del puntaje promedio y de la desviación estándar para cada subgrupo, se procede a la obtención de los puntajes estándar para cada persona, utilizando la fórmula que se mencionó antes

$$PS = \frac{X-M}{d} * de + Me$$

Para obtener el puntaje estándar, entonces se llevan a cabo los siguientes pasos:

1. Se obtiene la diferencia del puntaje de la persona y el puntaje

promedio de su subgrupo ( $X - M$ ).

2. El resultado de la resta anterior se divide por la desviación estándar del subgrupo.

$$\frac{\{(X-M)\}}{d}$$

3. Se multiplica el resultado anterior por la desviación esperada (10)

$$\frac{\{(X - M)\} * 10}{d}$$

4. Al resultado del producto anterior se le suma la media esperada (50)

$$\frac{\{(X - M)\} * 10 + 50}{d}$$

Dado que la escala de calificación se encuentra en el rango de (0 y 1000 puntos) se utiliza (de) igual a 100 y un (Me) entre 600 y 800." (Sic)

En el caso del accionante Hugo Darío Medina Benavides, se tiene que se presentó al cargo de Juez Penal del Circuito, al que se inscribieron 1337 aspirantes, el promedio de la prueba fue de 51,56171, las repuesta contestadas correctamente por el concursante fueron 64, desviación Estándar: 8,48498.

"Media Esperada: 650

Cálculo del puntaje:  $PS = \frac{X-M}{d} * de + Me$

$$PS = \frac{(64-51.56171) * 100 + 650}{8,48498}$$

$$PS = \frac{(12,43829) * 100 + 650}{8.48498}$$

$$PS = \frac{1243.829 + 650}{8.48498}$$

$$PS = 146,59186 + 650$$

$$PS = 796,59"$$

Entonces cuando el accionante manifiesta que se presentó un error en su calificación, no corresponde a la realidad, puesto que solo fueron 64 las preguntas que fueron respondidas correctamente por él y que coinciden con la clave de respuesta, las cuales fueron tenidas en cuenta por el lector óptico al momento de otorgarle el puntaje en dicha prueba; las solas afirmaciones de a su parecer le debió ser valorado, no son suficientes para modificar su calificación, lo cual lleva a esta Unidad a la conclusión que los resultados son correctos y concordantes con la metodología definida para todos los aspirantes, en tal sentido se considera que no hubo error aritmético en la sumatoria de respuestas correctas, frente al resultado de las pruebas de conocimientos que fueron informadas y que técnicamente no es viable hacer corrección alguna al puntaje asignado al accionante en la prueba de conocimientos.

En relación a la modificación que se hizo por parte de la Unidad de Administración de Carrera Judicial, del puntaje obtenido en la prueba de conocimientos por el concursante en la Convocatoria 22, señor Carlos Enrique Pinzón Muñoz, que menciona el accionante, es indispensable aclarar, que la misma se realizó en expreso acatamiento a la orden del Juez de tutela, quien sin ningún soporte técnico y contrario a lo manifestado por la Universidad de Pamplona dispuso tal modificación, como quedó plasmado en la Resolución CJRES16-39 del 22 de febrero de 2016, pero que, cada caso en particular debe ser analizado y considerados los argumentos expuestos por los expertos en el tema y por lo tanto no puede pretenderse que esta acción en particular deba ser fallada en los mismos términos, sin soporte legal alguno, tal como lo hizo el Tribunal Superior de Medellín- Sala Laboral; fallo respecto del cual es preciso manifestar que contra el mismo se presentaron varias

solicitudes de nulidad remitidas a la H. Corte Constitucional para su estudio.

Al respecto se precisa resaltar, que de conformidad con lo establecido en el artículo 164 de la Ley 270 de 1996, y en el artículo 3° numeral 5.1 del Acuerdo de convocatoria No. PSAA13-9939 de 2013, la cual es norma obligatoria y reguladora de este proceso de selección, por consiguiente de obligatorio cumplimiento tanto para los participantes como para la administración, se estableció que en la primera fase del concurso de méritos está incluida, con carácter eliminatorio, la prueba de conocimiento y aptitudes y sólo quienes obtuvieron un puntaje igual o superior a ochocientos (800) puntos, continuaron en la fase II del concurso y serán convocados al curso de Formación Judicial.

Lo anterior, permite concluir la improcedencia de la petición de recalificar y notificar al accionante un nuevo puntaje para la prueba de conocimientos por cuanto como se explicó, previamente a la consolidación definitiva de su puntaje alcanzado en dicho examen, se eliminaron las preguntas que arrojaban confusión o se encontraban mal elaboradas, y así mismo se desvirtúa la posible vulneración de sus derechos constitucionales invocados.

Por tanto, su participación dentro del proceso de selección culminó al no haber aprobado con el puntaje mínimo requerido (800,00), la prueba de conocimientos correspondiente al concurso de méritos para la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial, la cual fue valorada con los mismos parámetros para todos los aspirantes.

Finalmente, vale precisar que no es posible considerar como derechos vulnerados, meras expectativas de poder ingresar por el sistema de méritos a un cargo de funcionario en la Rama Judicial; es claro entonces que no se le ha causado un agravio injustificado al accionante ni se desconocieron derechos que no ha adquirido a través del concurso de méritos; por el contrario, lo que reclama como vulneración de derechos fundamentales es

#### IV

### **OPOSICIONES A LA DEMANDA**

Los señores Guillermo Ramírez Espinosa, Manuel Andrés Osando Legarda, Giovanny Hernán Diago Urrutia, Hugo Alexander Diago Urrutia, Andrés Medina Pineda, Leonardo Rodríguez Arango, Gloria Patricia Ruano Bolaños, Mónica Jimena Reyes Martínez, Alfredo Ipuana Mariño, Ernesto Trillos Oqueno, Marlyn Paola Cabrera Rivas, Diego Guerrero Osejo, Fabio Hernán Bastidas Villota, Halinsky Sánchez Meneses, Alejandro Elías Paternina Castillo, Tinker Rafael Lafont Mendozá, Yasmin Del Rosario Castilla Badel, Karen Elizabeth Jurado Paredes, Iván Darío Zuluaga C., Nelson Meléndez Granados, Carlos Eduardo Arias Correa, Ángela Mercedes Meneses Osorio, Martha Elizabeth Báez Figueroa, Enver Iván Álvarez Rojas, Carlos Andrés Ospina, Edna Marcela Millán Garzón, Elena María Sánchez Mera, Clara Inés Parra Camargo, José Luis Gualacó Lozano, Eduardo De Ávila Solano, Luis Guillermo Aguilar Caro y Laura Freidel Betancourt, se inscribieron y fueron aceptados en la Convocatoria No. 22 de la carrera judicial, regulada por el acuerdo PSAA13-9939 del 25 de junio de 2013, que

se encuentra cargado en la página web de la rama judicial, carrera judicial, concurso a Nivel Nacional.

Ellos coadyuvan a la parte accionada Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, solicitando se declare no probada la violación y/o amenaza de los derechos fundamentales invocados por el actor, la improcedencia de la acción de tutela de la referencia y la existencia de otros medios judiciales que se debieron agotar en el presente caso.

En lo medular, los opositores, frente a la pretensión del actor, señalan que es improcedente pues tenía otro mecanismo judicial para atacar el acto que presuntamente vulneró sus derechos fundamentales, esto es, haber acudido a la jurisdicción contencioso administrativa y solicitar una medida cautelar, conforme al artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, lo que no lo hizo.

Además, porque en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la Corte Constitucional ha establecido la procedencia excepcional pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, por considerar que en ocasiones no es idónea para proteger los derechos involucrados en un concurso de méritos, sin embargo, recuerdan que la acción de tutela en estos eventos, es procedente siempre y cuando la acción principal este aún vigente, pues no podría el interesado simplemente dejar de ejercer las acciones legales correspondientes en el plazo que la ley le concede para atacar la legalidad, de los actos administrativos que le afecten, y luego simplemente acudir a la acción de tutela, como si

se tratase de una acción principal y no subsidiaria.

Y en el caso bajo estudio la vía gubernativa se agotó el 25 de septiembre de 2015, luego el accionante tenía hasta el 25 de enero de 2016, para iniciar la acción principal, que es la nulidad y restablecimiento del derecho, pero no lo hizo, motivo por el cual vencido el plazo de ley, sin intentar la acción, no puede acudir a la acción de tutela como acción principal, resultando evidente entonces la improcedencia de la acción de tutela.

Con relación a las preguntas eliminadas y solicitud que plantea el accionante en el sentido que se verifique si las había contestado correctamente y en caso afirmativo que se las califiquen, indican que mediante Resolución No. CJRES15-252 de septiembre 24 de 2015, la Unidad de Carrera resolvió los recursos de reposición contra la prueba de conocimientos, y, al abordar el tema de la presunta elaboración de preguntas sin posibilidades de respuesta, ambiguas, mal redactadas o con errores ortográficos, explicó que para todos los cargos ofertados excluyó las preguntas 11, 14, 16, 22, 42, por las razones técnicas explicadas en aquella resolución.

Es decir, que a los aproximadamente 20.000 concursantes les evaluaron el componente común sobre la base de 45 preguntas; y no podría el juez de tutela, permitir que a una solo concursante se le evaluara su examen sobre la base de 50 preguntas en el componente común, pretensión que en sus consideraciones no tiene ningún fundamento técnico, ni estadístico, ni matemático, pues se sustenta en el hecho de que existe una posibilidad que haya resuelto acertadamente alguna de las preguntas excluidas, sin

atender a las reglas de la estadística sobre la elaboración de puntajes estándar.

Luego entonces, la eliminación de las preguntas y la eliminación de las respuestas era perfectamente posible y no puede pretender que muy a pesar que una pregunta no tenga una respuesta válida, se obligue a la universidad a considerarla, pues estadísticamente se consideran preguntas basura, sin que se puedan darles ningún valor.

Por ello, la petición formulada en el sentido de conocer si el actor respondió "correctamente" X número particular de preguntas que ella identifica y que corresponde a las eliminadas técnicamente; es absurda, ya que, no importa, puesto que aquellas fueron eliminadas para todos los concursantes.

Finalmente, resaltan que lo que es igual para todos, no es ventaja para ninguno; sin embargo, de aceptarse las pretensiones de la acción de tutela se desequilibrarían sin ningún fundamento técnico, las reglas del concurso para acceder a cargos en la Rama Judicial - Convocatoria 22.

Además, recalcan que la H. Corte Constitucional en sentencia SU-617-13 que es vinculante, señala expresamente que para las entidades es un deber la eliminación de preguntas en ciertos eventos y circunstancias, en desarrollo de concursos de méritos, por tanto, la orden que pudiera dar el juez constitucional para que se califiquen las preguntas excluidas -del componente general- serían inconstitucionales.

En aquella sentencia la H. Corte Constitucional en sentencia SU-617 de 2013, resolvió un asunto similar al presente, revocar todas las sentencias que concedieron el amparo y dispusieron que se incrementara el puntaje individual de los accionantes, aplicando presunción de veracidad de los hechos por respuestas extemporáneas de las accionadas, porque bajo el entendido de la Corporación, la entidad que evaluó los exámenes (para ese caso el ICFES) *"se ajustó a los términos de las normas del concurso, y de los convenios que suscribió con la entidad contratante, y que se no vulnera ningún derecho fundamental de los demandantes, en cuanto era deber de la entidad eliminar las preguntas que generaban duda para dar estricto cumplimiento a las normas reguladoras del concurso y a las reglas sobre la calificación de las pruebas"*.

Mismo criterio que solicitan sea aplicado en la presente acción de tutela y en caso de que su señoría se aparte del mismo, que cumpla con las cargas de transparencia (línea jurisprudencial) y argumentativa que le son exigibles.

También manifiestan que las reglas establecidas en el acuerdo que regula el concurso constituyen una garantía de objetividad en el proceso de selección y tienen carácter vinculante para quienes participen en aquel, razón por la cual se exige que estas respeten el debido proceso administrativo y hagan efectivo el derecho constitucional de acceso por mérito a los cargos públicos, pero una decisión en un fallo de tutela de eliminar preguntar o de ordenar calificar algunas o todas las eliminadas generarían que todo el proceso careciera de igualdad, claridad, de transparencia, de integralidad y de justicia, violando de esta forma los principios constitucionales que regulan la función pública, así como el derecho fundamental del debido proceso administrativo y amenazando el de

acceso a los cargos públicos por mérito.

Finalmente, aducen que no existe violación del derecho a la igualdad, pues en el caso de la acción de tutela del señor Pinzón Muñoz, fue un fallo interpartes y no intercomunis. La decisión no fue impugnada por la Unidad de Carrera, pero se encuentra en trámite ante la Corte Constitucional la solicitud de nulidad de la notificación de la sentencia y del Auto que resolvió el incidente de desacato, toda vez que el fallo no fue notificado a través de la página web a todos los interesados, para que además se dé trámite a la impugnación presentada por varios de los intervinientes.

Es de precisar que en tratándose de la tutela presentada por el señor Pinzón Muñoz, la orden de incrementar su puntaje se dio mediante el auto que resolvió un incidente de desacato y no mediante la sentencia; ese auto fue proferido por el magistrado ponente, debiendo hacerlo en Sala, razón por la cual también se presentó solicitud de nulidad del auto por falta de competencia funcional, la cual se encuentra en trámite.

Ya refiriéndonos al fondo del asunto, es de precisar que en últimas, la orden proferida por el Tribunal de Medellín no fue incrementar de manera automática el puntaje del actor. Lo que ocurrió es que en el trámite del incidente el magistrado sustanciador aplicó un criterio de prueba subsidiaria ante la negativa de la Universidad de allegar al tribunal el cuadernillo de preguntas y respuestas. Luego, la situación procesal es particular de cada proceso; aunado a lo anterior, el accionante presentó su acción antes de la operancia de la caducidad, razón por la cual no puede beneficiar a personas diferentes a las involucradas en el fallo.

Sin embargo, y ese es otro de los sustentos de la nulidad impetrada en dicho proceso, es que la orden contenida en el fallo y en el Auto son abiertamente inconstitucionales y violatorias del derecho a la igualdad ya que originan que sin ninguna fórmula estadística, sin ningún sustento técnico se le sumen 2 preguntas a un concursante, con lo cual dicho accionante pasa el examen sobre 97 preguntas y el resto de personas que lo presentaron sobre 95, situación que deberá definir la Corte Constitucional en la Revisión.

Y en ese orden de ideas, la decisión tomada en otra tutela no obliga en este caso a que se tome la misma decisión, puesto que efectivamente la acción constitucional interpuesta en esta ocasión es a todas luces improcedente.

## V

### CONSIDERACIONES

1. A la Sala le asiste competencia para conocer del presente asunto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1º, numeral 1º del Decreto 1382 de 2000.

2. Le corresponde a esta Colegiatura establecer, como problema jurídico, si la presente acción de tutela es procedente para ordenar al Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, la Unidad de Carrera Judicial y la Universidad de Pamplona, calificar las nueve preguntas eliminadas de la prueba de conocimiento para el cargo de Juez Penal del Circuito, con el fin de determinar cuántas de ellas respondió en forma correcta el señor Hugo Darío Medina, y

como consecuencia se sume ese puntaje a los 796.59 que le fuera otorgado.

3. Para tal efecto, con la generalidades de la Constitución y la Jurisprudencia, digamos que, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un instrumento jurídico previsto para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, por particulares.

Y, por el carácter residual de la acción de tutela, ésta no puede ser adicional, complementaria, alternativa o sustitutiva de los procedimientos consagrados en la ley, ni mucho menos una instancia más que permita dilucidar temas del exclusivo resorte de las autoridades administrativas o judiciales, a menos que se presente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en atención a lo previsto en el inciso tercero del precepto en cita<sup>1</sup>, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 6º, del Decreto 2591 de 1991<sup>2</sup>.

Precisamente porque uno de los requisitos de procedencia de esta acción es el de la subsidiariedad, la misma es improcedente para controvertir actos administrativos que reglamenten o ejecuten un proceso de concurso de méritos, en la medida en que existen otros mecanismos de defensa para controvertirlos, tales como los

<sup>1</sup> Prevé el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política: "Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

<sup>2</sup> Prevé el artículo 6º, del Decreto 2591 de 1991, que la acción de tutela no procederá: "1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante".

recursos en la vía gubernativa o las acciones judiciales ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa<sup>3</sup>.

En cuanto al tema de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que reglamenten o ejecuten un proceso de concurso de méritos, la H. Corte Suprema de Justicia, en reciente fallo señaló<sup>4</sup>:

*"La citada acción tiene un carácter subsidiario, ello significa que procede únicamente ante la ausencia de medios de defensa judicial para la protección de las garantías o cuando el mecanismo pertinente, previamente previsto en el ordenamiento jurídico, es claramente ineficaz para la defensa de éstas, en dicho evento procede la tutela como dispositivo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio de carácter irremediable.*

*Por lo tanto, se constituye en presupuesto de procedibilidad, el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial<sup>5</sup>.*

***En el caso de marras observa la Sala que razón le asiste al a quo, cuando señaló que la actora se equivocó al elegir esta herramienta como ruta para censurar el acto administrativo, mediante el cual se asignó el puntaje de la prueba de conocimiento al interior del concurso de méritos o convocatoria No. 22, para proveer cargos como funcionario judicial de la Rama Judicial, ya que es claro que el camino al que debe concurrir es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ello porque no es de recibo que so pretexto de la violación de derechos fundamentales se intente trasladar una discusión propia de la Jurisdicción ordinaria, para que de manera inconsulta sea desatada por la vía constitucional.***

*Ahora bien, la autoridad encargada de solucionar el cuestionamiento planteado por la accionante es el juez de lo contencioso administrativo, quien, mediante previa demanda, podrá decretar la nulidad del acto a*

<sup>3</sup> Ver, entre otras, sentencias Corte Constitucional T-012 de 2009 y T-016 de 2008.

<sup>4</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia - STP 1366-2016, radicado No. 84068 de 11 de febrero de 2016, M.P. Gustavo Enrique Malo fernández.

<sup>5</sup> Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49, 752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.

*través del cual se definió la calificación confutada y así restablecer su derecho; con la posibilidad de solicitar, además, la suspensión del mismo, actuación regulada en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 y que en virtud del artículo 233 se puede resolver incluso desde la admisión de la demanda.*

*La mencionada medida precisamente está contemplada para contener el perjuicio inmediato que se pueda presentar con ocasión de la decisión y, por ello, descarta la viabilidad de esta herramienta constitucional, incluso, como dispositivo de protección transitorio, al guardar identidad en los efectos que se pretenden soportar.*

*Así las cosas, la Sala encuentra que no es de su competencia considerar las inconformidades planteadas en el amparo, pues ello sería tanto como conocer el fondo del asunto y asumir funciones que no le está permitido conocer frente a la legalidad del cuestionado acto administrativo.*

*Constatada la existencia de mecanismos jurídicos idóneos para hacer valer los derechos supuestamente transgredidos, la tutela resulta improcedente.”*

**4.** Resulta entonces, por regla general, improcedente la acción de tutela, cuando existe otro mecanismo de defensa judicial para reparar el agravio que, se dice, vulnera derechos fundamentales, salvo que, se repite, se pretenda evitar la configuración de un daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al estado anterior a la vulneración del derecho.

En ese sentido, la Corte Constitucional estructuró las características y los elementos que lo identifican, señalando que:

*“1. El perjuicio ha de ser **inminente**: 'que amenaza o está por suceder prontamente'. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente*

consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

"2. Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia.

"3. **No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave**, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. **Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente.** Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconvenientes.

"4. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las

*autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.*

*"De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio." <sup>6</sup> (Negrillas fuera de texto)*

En el caso concreto, para la Sala es claro que el accionante frente a las actuaciones que acusa de atentatorias de sus derechos, tiene a su alcance otros mecanismos de defensa judicial para esgrimir los argumentos legales y de hecho base de sus inconformidades, como la "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011– Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en puede solicitar, como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos de tales actos.

Y no se puede sustituir tales mecanismos, mediante los cuales puede desvirtuar la presunción de legalidad que dichos actos tienen, por esta acción constitucional, en respeto del principio de residualidad y subsidiariedad que la caracterizan, porque no puede ser adicional, complementaria, alternativa o sustitutiva de los procedimientos consagrados en la ley, ni mucho menos una instancia más que permita dilucidar temas del exclusivo resorte del funcionario judicial competente según la ley, el que tratándose de aquellas acciones, es el Juez de lo Contencioso Administrativo.

Aunado a lo antes citado, tenemos que no se vislumbra la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, por cuanto la accionante no

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia T-435 de 1994

mencionó ni demostró que con las actuaciones de las entidades accionadas se vulnera o ponga en peligro bienes jurídicos de amplia protección constitucional y que no sea posible retrotraer al estado anterior a su trasgresión, además, debe resaltarse que la expectativa de participar en un concurso de méritos está sujeta al cumplimiento de requisitos previamente establecidos y al conocimiento de las consecuencias que acarrea su incumplimiento.

5. Finalmente, es preciso aclarar que la vulneración del derecho a la igualdad se pregona cuando frente a una misma situación fáctica, la misma autoridad brinda una solución diferente, incurriendo en odiosa discriminación que no obedece a razones objetivas, postulado que no corresponde al caso bajo estudio, pues las entidades accionadas frente a los concursantes que no lograron obtener el puntaje requerido en la prueba de conocimientos para acceder a la siguiente fase, han tenido una misma respuesta, y la diferenciación que señala a la accionante no surge de la actuación de las accionadas, sino de una decisión judicial que tiene efectos *inter pares*.

Sin más prenotados, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley.

## VI

### RESUELVE

1. **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela instaurada por el señor Hugo Darío Medina Benavides, contra el Consejo Superior

de la Judicatura – Sala Administrativa, la Unidad de Carrera Judicial y la Universidad de Pamplona, conforme a las consideraciones precedentes.

**2. NOTIFICAR**, por el medio más expedito, esta determinación a las partes y a todos los interesados, a saber, aspirantes admitidos en el concurso de méritos para ocupar cargos de funcionarios de la Rama Judicial, Convocatoria No. 22 de 2013, evento último en cual el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, debe publicar el presente fallo en la página web de la rama judicial.

**3.** Si este fallo no fuere impugnado, **REMITIR** la presente actuación a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido en la parte final del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados



**ARY BERNARDO ORTEGA PLAZA**

*Mónica Calderón Cruz*  
MÓNICA CALDERÓN CRUZ

AUSENTE CON PERMISO  
JESÚS ALBERTO GÓMEZ GÓMEZ

*Comisión de Seguimiento  
de la Ejecución de Sentencias*

Rbdo.: 27-04-16

A 11:52

R. Romo  
12:00 m

