

JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL

Calle 16 No. 12-08 Piso 2º

Teléfono 8330879

Girardot, Enero 7 de 2016

OFICIO No. 0027

SEÑOR

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

CARRERA 5 N° 15 – 60

BOGOTÁ

REF: ACCION DE TUTELA No. 0122 - 2015

ACCIONANTE: MIGUEL ANDRES MEJIA BERNAL

Con el fin de notificarle decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, me permito remitirle copia del mismo.

Cordialmente,


MARTHA CAROLINA RUIZ CAJIAO

OFICIAL MAYOR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE GIRARDOT, CUNDINAMARCA

Girardot, siete (7) de enero de 2016.

Rad. : N° 20150122

Accionante: Miguel Andrés Mejía Bernal

Accionados: Procuraduría General de la Nación y Universidad de Pamplona

Clase de Providencia: Sentencia Tutela de Primera Instancia

I. ASUNTO

Proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela instaurada por Miguel Andrés Mejía Bernal, en contra de la Procuraduría General de la Nación y Universidad de Pamplona, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de petición, del debido proceso, defensa y acceso a cargos públicos.

II. ANTECEDENTES

2.1. Hechos Relevantes

El 23 de diciembre de 2015, el ciudadano Miguel Andrés Mejía Bernal, interpuso acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación y Universidad de Pamplona, por considerar que le estaban vulnerando sus derechos fundamentales de petición, del debido proceso, defensa y acceso a cargos públicos, con base en los siguientes hechos:

2.1.1. Que mediante Resolución No. 747 del 27 de octubre de 2014 la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación surtió apertura al proceso de licitación pública No. 08 de 2014 cuyo objeto era seleccionar contratista que prestaría servicios de apoyo técnico, funcional, logístico en la convocatoria, reclutamiento, diseño, construcción y aplicación de pruebas escritas de conocimientos y de competencias y análisis de antecedentes hasta la determinación de las personas que integren la lista de elegibles en concurso abierto para el ingreso de personal idóneo a los cargos de Procurador Judicial I y II de esa entidad.

2.1.2. Que surtido ese proceso licitatorio, la referida entidad celebró con la Universidad de Pamplona el contrato interadministrativo No. 179 del 11 de diciembre de 2014.

2.1.3. Que mediante Resolución No. 040 del 20 de enero de 2015, el Procurador General de la Nación dio apertura al concurso abierto de méritos para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales I y II de esa entidad y reglamentó las condiciones generales de la convocatoria y de las etapas de selección.

2.1.4. Que por ello se inscribió en la Convocatoria 013-2015 correspondiente al cargo de Procurador Judicial I Delegado para la Conciliación Administrativa, respecto de la cual fue admitido al cumplir los requisitos exigidos.

2.1.5. Que presentó las pruebas escritas de conocimientos y de competencias comportamentales, siendo esta última calificable solamente en caso de aprobar la primera.

2.1.6. Que aprobada la prueba de conocimientos, se publicaron los resultados de la prueba de competencias comportamentales, respecto de la cual se le comunicó que obtuvo un puntaje de 72.89.

2.1.7. Que inconforme con la calificación obtenida, en oportunidad por el medio establecido para el efecto, presentó reclamación correspondiente, de lo que señaló que los resultados reportados no corresponden con el que en realidad obtuvo, por ello solicitó que se realizara la verificación manual del cuadernillo de respuestas y se comprueban los resultados que obtuvo; añade que, que teniendo en cuenta que en esa prueba no hay respuestas correctas ni incorrectas, solicita que se le explique suficientemente cuáles son los criterios de calificación de su resultado de 72.89 y no superior a 90 como lo estima que fue su resultado.

En dicha reclamación concreta: que se le explique suficientemente las razones por las cuales las respuestas que obtuvieron mala calificación fueron estimadas erróneas y que se le explique los criterios que sirvieron de fundamento para ello; que le expliquen cuales fueron las razones de calificación de las respuestas con las opciones "siempre" o "nunca", las que marcó apropiadamente para la empresa y por demanda que le indiquen porque su resultado no fue superior a 90 puntos.

Hace énfasis en que se le aclare de forma individualizada cuáles fueron las respuestas que dio y que resultaron calificadas como incorrectas y, se le explique de forma individualizada las razones y criterios por los cuales fueron calificadas como erróneas o insuficientes y cuál sería entonces la respuesta estimada correcta para cada una de esas opciones y, que se le explique cómo se estima una respuesta es correcta, cuáles son los criterios de idoneidad de la respuesta, cómo se califica la corrección o incorrección.

Peticiones que señala cuya resolución de fondo requiere a fin de ejercer de forma idónea su derecho de defensa.

2.1.8. Que a finales del mes de noviembre de 2015, mediante Resolución No. 1431 de 2015 contra la cual no procedía recurso alguno, se decidieron las reclamaciones efectuadas respecto de la prueba de competencias comportamentales, sin embargo, la misma adolece de carencia de idoneidad e integralidad (sic), pues, se limita a resolver de forma general las reclamaciones presentadas, tareas en la cual simplemente destaca el correcto funcionamiento del lector óptico de la prueba, la verificación manual de los resultados, la definición y objeto de la prueba y la ausencia de errores aritméticos, premisas en virtud de las cuales confirmó la puntuación inicialmente otorgada a los concursantes.

2.1.9. Que se evidencia la vulneración de sus derechos, como quiera que no se resolvió de fondo el recurso interpuesto, pues, no se le explicó de forma suficiente las razones por las cuales algunas de las respuestas fueron calificadas como equivocadas y se omitió especificarle de forma individualizada las respuestas que resultaron erróneas o insuficientes y su correspondiente respuesta correcta, datos importantes para ejercer su derecho de defensa y cuya ausencia persiste.

2.2. Pretensión del accionante.

El accionante solicita que se tutelen los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, que se ordene a las accionadas en un término no mayor de 48 horas, se surtan las actuaciones necesarias para que se le proporcione respuesta integral y de fondo a la reclamación efectuada respecto de la prueba de competencias comportamentales, esto es, se aclare de forma suficiente las razones por las cuales algunas de las respuestas fueron calificadas como equivocadas y se especifique de forma individualizada las respuestas que resultaron erróneas o insuficientes y su

correspondiente respuesta correcta. Además, que dentro de un término de dos (2) días se le permita efectuar las reclamaciones a que haya lugar.

De forma subsidiaria, solicita que se ordene a las accionadas surtir las actuaciones necesarias para que en el término de 48 horas, se le permita el acceso al cuadernillo de respuestas y clave de respuestas correctas, para que con fundamento en ello, dentro un término de dos (2) días se le permita efectuar las reclamaciones a que haya lugar.

2.3. Respuesta de la accionada Universidad de Pamplona.

A través del Coordinador de la Oficina de Gestión de Proyectos de la Universidad de Pamplona, la accionada recorrió el traslado de tutela, indicando que se opone a las pretensiones del accionante, pues, por un lado, estima que la presente acción de amparo es improcedente, ya que la inconformidad del actor tiene fundamento en una supuesta violación de los derechos al debido proceso, al acceso a cargos públicos y trabajo, y que se le haga entrega de la pruebas de conocimiento, hojas de respuestas y claves de respuesta de la prueba de conocimiento dentro de la convocatoria 013-2015 a la que se inscribió y tuvo lugar el 13 de septiembre de 2015, y ello hace improcedente la tutela, puesto que se le ha brindado todas las garantías procesales, el debido proceso y medios para interponer reclamación dentro del presente proceso concursal, a lo que destaca que el actor presentó reclamación en el aplicativo dispuesto para este fin según las reglas del proceso convocado.

De otra parte, explica el objeto contractual que se desprende del contrato interadministrativo No. 179-097 de 2014 que suscribió con la Procuraduría General de la Nación, donde esa universidad frente al concurso convocado en un simple operador, cuyos requisitos ya están establecidos en el manual de funciones y requisitos de la entidad convocante y no se puede desconocer su presunción de legalidad y adopta como columna vertebral la Resolución 040 de 2015, agrega que de conformidad con el numeral 2º. del artículo 3º. de la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 262 de 2000, se determina el carácter especial del sistema de carrera administrativa de la Procuraduría y como la universidad es un simple contratista, es la Procuraduría quien se encarga del manejo interno de los concursos y los concursantes deben acogerse a los acuerdos dictados por esa entidad, ya que es la ley la que establece que estos son la norma reguladora.

Añade que esta accionada desplegó todas las acciones administrativas necesarias para cumplir con todas las fases del proceso concursal, respondiendo a sus solicitudes y garantizando la posibilidad de interponer las reclamaciones frente a los resultados de la prueba escrita así como también lo ha hecho con las fases ya cumplidas, sin vulnerar los derechos alegados por el actor y por tal motivo hay carencia de objeto tutelable.

Igualmente, que la convocatoria es norma obligatoria y reguladora de este proceso de selección, por lo que es de obligatorio cumplimiento tanto para los participantes como para la administración, quienes están sujetos a las condiciones y términos señalados en la Resolución No. 040 de 2015, de lo que transcribe los artículos 13 y 19 sobre la prueba de conocimientos y reclamaciones respecto de las pruebas, respectivamente, y señala que todos los aspectos concernientes a la reglamentación general, contenidos y procedimientos de cada una de las etapas que conforman el concurso de méritos y los puntajes correspondientes a las diferentes pruebas que se conformen y que se apliquen en los concursos para proveer los cargos de carrera, al igual que toda la documentación que constituye el soporte técnico de aquéllas, tienen carácter reservado y esta responde a lo requerido por el accionante en solicitar el cuadernillo, hojas de respuesta y claves de respuesta, pues, así lo indica el parágrafo del 12 de la Resolución No. 040 de 2015 y es ello lo que la universidad acoge y hace cumplir para la entidad contratante, y para ello hace mención de algunas decisiones judiciales que declaraban la improcedencia de la tutela para la entrega de copias de los referidos cuadernillos.

Hace referencia jurisprudencial sobre el derecho al debido proceso, al trabajo y al acceso a cargos públicos, para concluir que en manera alguna ha transgredido tales derechos del actor, y refiere que la convocatoria es una mera expectativa centrada a un eventual derecho particular y concreto para acceder al cargo para el cual concursó, sin que haya vulnerado el derecho al trabajo y una vez el servidor público haya superado todas las etapas del concurso incluyendo el período de prueba puede pretender la adquisición de derechos de carrera administrativa y reconocimiento de dicha situación laboral, por ende, se opone a las pretensiones del accionante.

2.4. Respuesta de la accionada Procuraduría General de la Nación.

Por medio de Asesor de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, la accionada recorrió el traslado de tutela, indicando que los hechos referidos en los incisos 1° a 6° del escrito de tutela son ciertos; que los hechos de los incisos 7° y 8° del escrito de tutela son parcialmente ciertos, pues, el actor presentó reclamación contra el resultado de la prueba comportamental y en ella solicitaba que se le explicara suficientemente cuáles son los criterios de calificación, las razones por las cuales las respuestas que obtuvieron mala calificación fueron estimadas erróneas y se señala cuáles fueron los criterios aplicados en fundamento, de lo que la accionada indica que sobre esa petición se le dio respuesta a través de Resolución 001431 del 23 de septiembre de 2015, de lo que transcribe algunos apartes.

Menciona que de dicha resolución se advierte que esa entidad procedió a revisar nuevamente las hojas de respuestas a través de la Universidad de Pamplona y se constató que el actor tuvo el mismo puntaje y por ello manifiesta que se dio respuesta de fondo al primero de los interrogantes.

Que frente a otro de los temas de reclamación, esto es, el que solicitaba que realizara verificación manual del cuadernillo de respuestas y se compruebe los resultados, que se le aclare de forma individualizada cuáles fueron las respuestas que dio y que resultaron calificadas como incorrectas y se le explique también de forma individualizada las razones y criterios por los cuales fueron calificadas como erróneas o insuficientes, que se le explique cómo se estima si una respuesta es correcta, cuáles son los criterios de idoneidad de la respuesta y cómo se califica la corrección o incorrección; y frente a esto la accionada indica que con el fin de resolver las reclamaciones y solicitudes de los participantes, se requirió a la Universidad de Pamplona la revisión de los resultados y cuya respuesta se produjo en oficio del 26 de octubre de 2015, de lo que se transcribe unos apartes del mismo; por tanto, retoma lo que dijo en la Resolución 001431 de 2015 de lo que se consignó que la Universidad de Pamplona certifica que no se presentaron errores aritméticos o inconsistencias en la lectura de las hojas de respuestas, por lo cual se confirma la puntuación inicialmente otorgada a los concursantes.

Respecto al inciso 9° del escrito de tutela, señala que no es cierto que se hayan vulnerado los derechos alegados por el actor, pues, la reclamación que presentó fue resuelta en todas sus partes como se desprende de la Resolución 001431 de 2015 que resolvió de fondo el recurso contra la prueba de competencias comportamentales, en donde se expuso cada uno de los fundamentos legales y estructurales que resolvió la reclamación.

Además, frente a lo que el actor pretende que se le permita el acceso al cuadernillo de respuestas y clave de respuestas correctas, indica que ello fue contestado mediante oficio No. 002258 del 29 de diciembre de 2015, remitido al correo electrónico del accionante, empero, aclara que el artículo 19 de la Resolución 040 de 2015 establece los términos perentorios para interponer la reclamación procedente contra los resultados de la prueba de conocimientos, de lo se menciona que es dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la publicación de los resultados de cada una de las tres pruebas, y por ello fue que el 4 de noviembre de 2015 se publicó un anuncio en la página web del concurso que informaba sobre la publicación de los resultados de la prueba de competencias comportamentales y, el 22 de noviembre del año en curso, se informó en aviso que el 24 siguiente se publicarían los resultados de tales pruebas y que el término para las reclamaciones transcurría

entre los días 5 y 6 de noviembre de 2015 en el aplicativo dispuesto en la página web para ese fin, término dentro del cual el actor presentó reclamación debidamente sustentada y a la cual se le dio respuesta el 23 de noviembre del presente año; lo que refiere que no es cierto que el accionante requiera acceso al cuadernillo para sustentar la reclamación, ya que el escrito de recurso presenta en forma clara los argumentos de inconformidad contra el resultado de la prueba de competencias comportamentales. Añade, que el término de dos días para las reclamaciones contra esas pruebas es una regla del concurso dada a conocer a los aspirantes y que está contenida en el artículo 19 de la Resolución 040 de 2015 y con base en el artículo 212 del Decreto Ley 262 de 2000, por ello, insiste en que la reclamación fue contestada de fondo por esta accionada en todos los aspectos referidos y se le hizo claridad nuevamente en el oficio del 29 de diciembre de 2015.

Que en relación con la negativa para entregar el material de pruebas, resalta que dado que el actor presentó reclamación y que la Procuraduría dio respuesta a la misma, el puntaje al respecto ha quedado en firme, ya que no procede recurso alguno conforme al artículo 212 del Decreto Ley 262 de 2000 y la Resolución 040 de 2015 y, que ante la negativa de entregar ese material, se tiene que es reservado de conformidad con lo previsto en el artículo 208 del mencionado decreto y en dicha resolución, y por ello procede el recurso de insistencia y no la acción de tutela que es improcedente.

Insiste que la acción de amparo es improcedente por cuanto el resultado de la prueba de competencias comportamentales ha quedado en firme conforme a los lineamientos legales y del concurso de méritos, y por tal motivo no puede admitirse que esta acción constitucional pueda anular la Resolución 001431 del 23 de noviembre de 2015 mediante la cual se resolvió el recurso presentado contra el resultado de dicha prueba y tampoco habilita revivir términos para presentar reclamaciones contra el resultado de la prueba cuando el recurso formulado ya se ha decidido y ha quedado en firme, pues, vulneraría las reglas del concurso que son obligatorias para los participantes como para la administración.

También reitera la improcedencia de la tutela porque la negativa para la entrega del cuadernillo no puede atacarse por vía de tutela sino del recurso de insistencia, lo que descarta la vulneración del debido proceso del actor y por ello mediante oficio No. 002258 del 29 de diciembre de 2015 remitido al correo electrónico, se le negó el acceso a esa material de prueba por estar amparado bajo reserva legal, y hace mención del artículo 26 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por los artículos 1º y 26 de la Ley 1755 de 2015, que alude a la figura de insistencia del solicitante en caso de reserva, a lo que agrega pronunciamientos judiciales y disposiciones normativas.

En razón de lo anterior, solicita que se niegue la prosperidad de todas las pretensiones de la tutela y, de manera subsidiaria, en caso de una condena a la accionada, se ordene que la consulta del material de pruebas se realice en Bogotá, donde reposa en custodia la documentación referida, pues, esa entidad no cuenta con recursos ni rubro presupuestal para trasladar las pruebas y cubrir los gastos de dicha actividad.

De otro lado, señala que en relación con la solicitud de este juzgado sobre que se entere de este trámite de tutela a los distintos interesados en la convocatoria No. 013 de 13 de septiembre de 2015, menciona que se solicitó informe al coordinador técnico de diseño de la Universidad de Pamplona sobre la publicación efectuada en el link "Avisos Importantes" en la página web dispuesta para el concurso de Procuradores Judiciales I y II, el cual puede ser consultado en la dirección www.concursoprocuroadoresjudiciales.org.co.

III. PRUEBAS

Obran como pruebas relevantes dentro de la presente actuación, las que a continuación se relacionan:

3.1. Escrito de Tutela.

3.2. Fotocopia de comprobante de reclamación presentada vía web por el accionante contra el resultado de competencias comportamentales dentro de la convocatoria 013-2015 adelantada por la Procuraduría General de la Nación.

3.3. Fotocopia de la Resolución No. 1431 del 23 de noviembre de 2015 expedida por el Jefe de la Oficina de Selección y Carrera de la Procuraduría General de la Nación, por medio de la cual se resuelven unas reclamaciones contra los resultados de la prueba de competencias comportamentales del concurso para proveer los empleos de Procurador Judicial, y en esta se resuelve confirmar el puntaje obtenido en la referida prueba y que fuera publicado en la página del concurso el 4 de noviembre de 2015, en la que se hace mención a varios concursantes, entre ellos, el correspondiente al accionante bajo número de inscripción 806489, quien obtuvo un puntaje de 72.89, mismo puntaje verificado.

3.4. Copia del oficio No. 002258 adiado 29 de diciembre de 2015 y expedido por el Jefe Oficina de Selección y Carrera de la Procuraduría General de la Nación, el cual es dirigido al doctor Miguel Andrés Mejía Bernal, donde se indica dar respuesta a la petición para la entrega de los cuadernillos o material de las pruebas escritas aplicadas el 13 de septiembre de 2015 en el concurso de méritos que tiene por objeto proveer los empleos de carrera de procurador judicial de esa entidad, para ello señala que la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga a la administración y los participantes según artículo 195 del Decreto Ley 262 de 2000 y artículo 3º. de la Resolución 040 de 2015 que reglamentó dicho concurso, aunado a que las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter de reservado, según artículo 208 de aquél decreto, disposiciones que se refieren son inmodificables y puestas en conocimiento a los interesados antes de efectuar el proceso de inscripción y que fueron aceptadas por el accionante al momento de realizar el registro, hace mención de algunas decisiones judiciales y concluye que no es posible acceder a la petición del actor.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

Es éste despacho competente para conocer de la presente Acción de Tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Nacional que la consagra como mecanismo especial, sumario, preferente, ágil y efectivo para que todo ciudadano reclame la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, de un particular, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, protección que puede ser invocada ante cualquier Juez de la República dentro de las competencias señaladas en el Decreto 2591 de 1991.

Igualmente, se retoman los fundamentos consignados en el auto del 23 de diciembre de 2015 por medio del cual este juzgado avocó a prevención el conocimiento de la presente acción constitucional conforme al artículo 37 del referido decreto 2591 de 1993, ya que si bien es cierto, una de las accionadas – Procuraduría General de la Nación-, es una entidad cuya estructura y funcionamiento hace parte del orden nacional, en principio el reparto de una acción de tutela en contra de esa entidad correspondería a los tribunales superiores de distrito judicial, administrativos y consejos seccionales de la judicatura sala disciplinaria, según numeral 1º. del artículo 1º. del Decreto 1382 de 2000 y el Acuerdo No. PSAA13-10069 del 23 de diciembre de 2013 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, sin embargo, resulta innegable que, en el asunto de la especie hay eventos que obligaron asumir la competencia a prevención, habida cuenta que aquéllos tribunales y las salas disciplinarias de los consejos seccionales de la judicatura para el momento de presentación del escrito de tutela – 23 de diciembre de 2015- y aún para la calenda en que se profiere este fallo de tutela – 7 de enero de 2016-, se encuentran en vacancia judicial y, con

estribo en la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de competencia a prevención (Autos 067, 124 y 171 de 2011, entre otros), aunado a la línea de pensamiento del mencionado Órgano de Cierre de la jurisdicción constitucional sobre el aludido Decreto 1382 de 2000 que no autoriza al juez de tutela a declararse incompetente, por tratarse una norma que solo hace mención a reglas de reparto más no de competencia (Auto 127 de 2009), son factores en conjunto por los que se estimó y confirma que este juez de tutela es competente a prevención para resolver la presente acción constitucional.

4.2. Legitimación

La acción de tutela es en esencia, un procedimiento informal, preferente y sumario. Sin embargo, tales características no excluyen la necesidad de verificar en su trámite, la concurrencia de mínimos presupuestos procesales, pues, para la conformación de la relación jurídica procesal deben confluir los sujetos, el objeto y la causa, elementos sin los cuales el juez no podría pronunciarse sobre los hechos y las pretensiones.

En relación con los intervinientes es necesario que asista, al menos, el activo y el pasivo, quienes deben ser sujetos de imputación jurídica, es decir, titulares de derechos y obligaciones en la medida de su capacidad. Ahora bien, si esta no se tiene o esta disminuida, podrán acudir al proceso, representados por otros que previamente tengan autorización legal o convencional.

En el asunto que nos ocupa el accionante Miguel Andrés Mejía Bernal, solicita se le tutelen los derechos fundamentales de petición, debido proceso, defensa y acceso a cargos públicos y, en consecuencia, que se ordene a las accionadas que le proporcione respuesta integral y de fondo a la reclamación efectuada respecto de la prueba de competencias comportamentales, esto es, se aclare de forma suficiente las razones por las cuales algunas de las respuestas fueron calificadas como equivocadas y se especifique de forma individualizadas las respuestas que resultaron erróneas o insuficientes y su correspondiente respuesta correcta. Además, que dentro de un término de dos (2) días se le permita efectuar las reclamaciones a que haya lugar. De forma subsidiaria, solicita que se ordene a las accionadas para que se le permita el acceso al cuadernillo de respuestas y clave de respuestas correctas, y con fundamento en ello, dentro un término de dos (2) días se le permita efectuar las reclamaciones a que haya lugar.

Sobre el particular la Corte Constitucional en Sentencia T-899 de 2001 señaló:

“... la exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo.”

En el otro extremo de esta relación jurídico procesal encontramos que la Procuraduría General de la Nación y Universidad de Pamplona, tienen la legitimación por pasiva ya que estarían llamadas a responder por la posible vulneración de los derechos del accionante.

En relación a ello mediante sentencia No. T-416 de 1997 la Corte Constitucional, indicó:

“La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material.

Si bien la tutela se establece por la Constitución como un proceso preferente y sumario, con ello no se quiso consagrar un instrumento judicial carente de garantías procesales, en donde la brevedad y celeridad procesal sirvan de excusa para desconocer los derechos de las partes o de los terceros,

de manera que en dicho proceso, como en cualquier otro, el juez debe lograr que la actuación se surta sin vulnerar los principios de legalidad y contradicción.

4.3 Problema Jurídico

Debe el despacho determinar si se vulneran los derechos de petición, del debido proceso, defensa y acceso a cargos públicos del actor Miguel Andrés Mejía Bernal, cuando las entidades responsables de la ejecución del concurso de méritos con ocasión de la convocatoria regulada por la Resolución No. 040 de 2015, Procuraduría General de la Nación y la Universidad de Pamplona, no proporcionan respuesta integral y de fondo a la reclamación efectuada respecto de la prueba de competencias comportamentales y se rehúsan a entregar el informe de calificación al aspirante, bajo el argumento de la reserva legal.

4.4. Solución del Problema Jurídico

Con el fin de dar solución al problema jurídico planteado, el Juzgado abordará jurisprudencialmente los temas de: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos; (ii) la igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa; (iii) el acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos; (iv) el derecho fundamental de petición y; finalmente se resolverá el caso concreto.

4.4.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos.

El artículo 86 constitucional consagró la acción de tutela como un mecanismo residual para la protección de derechos, dado que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial¹, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable².

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Este imperativo constitucional pone de relieve que para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando su protección efectiva e integral³.

¹ En Sentencia T-507 de 2012 se reiteró: "El alcance de esta disposición constitucional fue precisado por el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, precepto que al regular la procedencia de la acción de tutela consagra en su numeral primero que ésta no procederá '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'."

² En Sentencia T-753 de 2006, este Tribunal señaló que "la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

³ Respecto de la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, en Sentencia T-569 de 2011 se indicó que: "es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración. (...) no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de **brindar inmediata y plena protección** a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que **esperar por varios años** mientras sus derechos fundamentales están siendo violados".

Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, la Corte Constitucional ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces⁴ para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes⁵ y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo⁶.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: *“en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”*.

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.

La mencionada Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad⁷.

Así las cosas, dicho Tribunal Constitucional es del criterio que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y se advierte que sean víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

Fuera de lo anterior, se ha de indicar que con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en el ordenamiento jurídico colombiano la acción de tutela como herramienta idónea para la protección de los derechos constitucionales fundamentales. Sobre los requisitos de procedencia se tiene que de acuerdo con el artículo 86 de la Norma Superior, la jurisprudencia constitucional y los artículos concordantes del decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de amparo, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos:

Uno de ellos es la subsidiariedad o residualidad que se refiere a que la acción procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, o que de existirlos, se tornen ineficaces, por tanto, la subsidiariedad de la acción es vital para su procedencia. Del contenido mismo del artículo 86 de la Carta Magna, se puede dilucidar en qué consiste la subsidiariedad o residualidad de la acción de tutela:

⁴ En la Sentencia T-507 de 2012 se indicó al respecto: *“Para la Corporación es claro que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo, debido proceso y, al acceso y participación en cargos públicos, que se presenta cuando las autoridades públicas desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos, no se resarce por medio del mecanismo ordinario, puesto que éste implica unos trámites dispendiosos y demorados frente a una situación que requiere una solución inmediata, para la efectiva protección del principio de carrera consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política. (...) En conclusión, (...) la tutela es procedente aunque exista otro mecanismo de defensa. Dicha procedencia excepciona la subsidiariedad de la tutela, dado que, al realizar un estudio del medio de defensa principal ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se encuentra que el mismo no es eficaz ni idóneo para la protección inmediata de los derechos y para garantizar la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución Política”*.

⁵ Sentencia SU-961 de 1999.

⁶ Sentencia T-556 de 2010.

⁷ Sentencia T-333 de 1998.

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo 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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. (Resaltado no original).

De la lectura de lo anterior, se entiende que la subsidiariedad de la acción de tutela se refiere a que ella procede únicamente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado no cuenta con otra herramienta judicial para la defensa de sus derechos constitucionales fundamentales.

Precisamente, la Corte Constitucional sobre el referido precepto normativo ha indicado:

“Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar “una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales”⁸, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior⁹.

Desde el sentir de la Corte Constitucional, los asociados deben buscar la efectividad y protección de los derechos fundamentales a través de las vías ordinarias cuando haya herramientas para ello y en el caso que no existan dichos mecanismos es ahí cuando el ciudadano puede acudir ante el juez de tutela para exigir la protección de sus derechos.

No obstante lo anterior, es dable anotar que existen excepciones a la subsidiariedad de la acción de tutela, esto es, cuando (i) el interesado no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial; (ii) teniendo otro medio judicial, éste no resulte eficaz para la protección de los derechos; y (iii) en los eventos en los que luego de verificar los elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción, se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable el cual se pretende evitar a través de la acción de tutela. Significa que cuando el accionante se encuentra en cualquiera de estas situaciones, puede acudir sin ningún reparo ante el juez constitucional sin importar la existencia de la vía ordinaria, debido a que en estos casos prevalece la protección,

⁸ Cfr. Sentencia T-608 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹ Sentencia SU-037 de 2009 M.P. Rodrigo Escobar Gil

restablecimiento y materialización del derecho gravemente conculcado sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela.

Otro de los presupuestos es la inmediatez de la acción de tutela, que no es otra cosa que debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado. La razón de ello – la inmediatez-, es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

Finalmente, está el requisito de la especialidad, del que se explica que la razón de ser o el objeto de la acción de la tutela es la protección de los derechos constitucionales fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, de ahí la especialidad de la acción de amparo, sin embargo, es posible que ésta proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. derechos colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los derechos constitucionales fundamentales.

4.4.2. La igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa. Reiteración de jurisprudencia¹⁰.

El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el *clientelismo*, el *nepotismo* o el *amiguismo* sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.¹¹

Según la Corte Constitucional en sentencia T-180 de 2015, ha señalado que: “... ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.”¹²

Resulta vulneratorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que – sin justificación alguna – rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.¹³

De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso¹⁴, la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público. Así, este Tribunal ha señalado que: (i) el empleo público es, por regla general, de carrera; (ii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos por concurso público; (iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por

¹⁰ La Sala reitera los fundamentos de la sentencia T-569 de 2011.

¹¹ Sentencia C-319 de 2010

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ El derecho al debido proceso ha sido definido por la Corte como “el respeto a las formas previamente definidas, en punto de las actuaciones que se surtan en el ámbito administrativo y judicial, salvaguardando en todas sus etapas los principios de contradicción e imparcialidad.” Para esta Corporación, el debido proceso es de especial importancia para el cabal desenvolvimiento de las diversas etapas del concurso, ya que solo a través de aquel es posible “brindar a los administrados seguridad jurídica y garantizar su defensa, así como el correcto funcionamiento de la administración y la certeza de la validez de sus actuaciones.” En consecuencia, se desconoce el derecho fundamental al debido proceso de una persona “cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe.”

méritos; y (iv) el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario “y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.¹⁵

La Sala Plena de este Tribunal, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera¹⁶. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración – luego de agotadas las diversas fases del concurso – clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, “que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.”¹⁷

Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado¹⁸; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.

Así las cosas, cuando la administración designa en un cargo ofertado mediante concurso público a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desconoce los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo de aquellos aspirantes que la anteceden por haber obtenido mejor puntaje. En idéntica forma, se vulneran los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles, cuando aquellas se reconstituyen sin existir razones válidas que lo ameriten¹⁹.

De otra parte, en cuanto al derecho al debido proceso, se entiende este como un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”. En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P).

De manera general, hacen parte de las garantías del debido proceso: a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades

¹⁵ Ver las sentencias C-901 de 2008, C-315 y C-211 de 2007, C-1122 de 2005 y C-349 de 2004, entre otras.

¹⁶ Reiterado en la sentencia SU-913 de 2009.

¹⁷ Sentencia SU-913 de 2009.

¹⁸ Sentencias C-147 de 1997, C-155 de 2007, C-926 de 2000, C-624 de 2008, T-494 de 2008, entre otras.

¹⁹ Sentencia T-556 de 2010.

administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo. b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley. c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso. d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables. e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo. f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

Del mismo modo, resulta atinado lo que dijo la Corte Constitucional, sobre este tema – debido proceso-, en sentencia de tutela T-426 de 2014, cuando expresó:

“En relación con el mismo asunto, y particularmente sobre el cumplimiento por parte del proceso de una “función garantizadora del derecho”, agregó (no está en negrilla en el texto original):

“Así, pues, no corresponde a las reglas de hermenéutica ni se compadece con los principios de la lógica asumir que el Constituyente de 1991 consagró la acción de tutela como medio de defensa contra los resultados de los procesos que él mismo hizo indispensables en el artículo 29 de la Constitución para asegurar los derechos de todas las personas. Debe entenderse, por el contrario, como lo ha entendido desde su instauración el constitucionalismo, que los procesos han sido instituidos en guarda de la justicia y la equidad, con el propósito de asegurar a los gobernados que el Estado únicamente resolverá las controversias que entre ellos se susciten dentro de límites clara y anticipadamente establecidos por la ley, con el objeto de evitar los atropellos y las resoluciones arbitrarias, desde luego dentro de la razonable concepción, hoy acogida en el artículo 228 de la Carta, sobre prevalencia del derecho sustancial, cuyo sentido no consiste en eliminar los procesos sino en impedir que el exagerado culto a las ritualidades desconozca el contenido esencial y la teleología de las instituciones jurídicas.

Así concebido, el proceso cumple una función garantizadora del Derecho y no al contrario, razón por la cual no puede afirmarse que su efectiva aplicación ni la firmeza de las decisiones que con base en él se adoptan tengan menor importancia para la protección de los derechos constitucionales fundamentales que el instituto previsto en el artículo 86 de la Constitución.”

Del mismo fallo C-543 de 1992 se desprende que “si la tutela es un mecanismo subsidiario o supletorio, según queda demostrado, es clara su improcedencia cuando ya se han producido no sólo un proceso, en el cual se encuentran comprendidos todos los recursos y medios judiciales que autoriza la ley, sino también una providencia definitiva que puso fin al mismo”.

Igualmente, con fundamento en que el constituyente estableció jurisdicciones autónomas y separadas cuyo funcionamiento ha de ser desconcentrado, ese fallo indicó que “no encaja dentro de la preceptiva fundamental un sistema que haga posible al juez, bajo el pretexto de actuar en ejercicio de la jurisdicción Constitucional, penetrar en el ámbito que la propia Carta ha reservado a jurisdicciones como la ordinaria o la contencioso administrativa a fin de resolver puntos de derecho que están o estuvieron al cuidado de estas”.

3.2. Sin embargo, a partir de algunas manifestaciones que la propia Corte incluyó dentro de esa providencia, entre ellas que los jueces de la República tienen el carácter de autoridades públicas y pueden incurrir en “actuaciones” de hecho, fue dándose origen a la doctrina de la vía de hecho, a partir de la cual, de forma muy excepcional, se permite el uso de la acción de tutela para cuestionar aquellas “decisiones” que por contrariar de manera grave, flagrante y grosera el ordenamiento constitucional, no puedan en realidad reputarse como verdaderos pronunciamientos judiciales.

Así, siendo claro e indiscutible que también los administradores de justicia deben respeto a la Constitución y a las leyes, más aún en el ejercicio de sus competencias, ello implica que las decisiones judiciales han de ser adoptadas con estricto apego al ordenamiento jurídico, en el cual la primacía de los derechos fundamentales ocupa un lugar significativo. En

ese sentido, el proceso ordinario constituye el espacio idóneo para lograr la corrección de las actuaciones que constituyan afectaciones a esas garantías”.

4.4.3. El acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos.

Según la referida sentencia T-180 de 2015 del Órgano de Cierre de la jurisdicción constitucional, se tiene que, el principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido en el artículo 125²⁰ superior, a fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades. Como lo ha sostenido la Corte Constitucional “*todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado*”²¹. Para tal efecto, el Legislador cuenta con la autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales²².

El concurso público ha sido el mecanismo establecido por la Carta Política para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva²³, haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo²⁴.

Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso²⁵, lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal²⁶. Sobre el particular, ese Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:

(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.

²⁰ “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.”

²¹ Cfr. Sentencia SU-086 de 1999: “La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales.”

²² Así se estableció en la sentencia C-901 de 2008, donde concretamente se dijo: “En suma, el mérito, como fundamento del ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, no solo se ajusta a los principios y valores constitucionales, sino que al encaminarse al logro de los fines consagrados en el artículo 209 Superior, propende por la supresión de los factores subjetivos en la designación de servidores públicos y la eliminación de prácticas anti-modernas como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo.” (Ver al respecto las sentencias C-071 de 1993; C-195 de 1994; C-563 de 2000; C-1230 de 2005; C-315 de 2007, entre otras.)

²³ Cfr. Sentencia SU-133 de 1998: “La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado”.

²⁴ Cfr. Sentencia T-556 de 2010.

²⁵ Cfr. Sentencia T-514 de 2001: “el debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician con el objeto de cumplir una obligación o de ejercer un derecho ante la administración, como es el caso del acceso a los cargos públicos”.

²⁶ Cfr. Sentencia T-090 de 2013. En esa providencia se refirió que de acuerdo con la Sentencia C-040 de 1995, reiterada en la Sentencia SU-913 de 2009, las etapas que en general deben surtir para acceder a cualquier cargo de carrera y que, por consiguiente, deben estar consignadas en el acto administrativo de convocatoria, son: “(i) **La convocatoria:** Fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) **Reclutamiento:** En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) **Aplicación de pruebas e instrumentos de selección:** a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. y (iv) **elaboración de lista de elegibles:** En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido”. (Negrillas del texto original).

(ii) A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula 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 partes 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 fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa²⁷.

(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.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe²⁸. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esa Corporación, constituyen “ley para las partes” que intervienen en él²⁹.

Así las cosas, la convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante.

4.4.4. El derecho fundamental de petición. Reiteración jurisprudencial.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 23, consagró el derecho que tiene toda persona a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades públicas, sea por razones de interés general o de interés particular; estableciendo además, que dichos escritos deberán gozar de una respuesta oportuna.

Recientemente en Sentencia C-951 de 2014, el Tribunal Constitucional analizó en sede de control abstracto de constitucionalidad, el proyecto de ley estatutaria 65 de 2012 (Senado) y 227 de 2013 (Cámara) por medio del cual se reguló el derecho de petición.

En esa decisión, la Corte manifestó que esta atribución fundamental cumple una función valiosa para las personas, ya que por su conducto se garantizan otros derechos y se puede tener acceso a

²⁷ Sobre las reglas del concurso que se encuentra en trámite y su concatenación con los principios, la Corte Constitucional en sentencia C-1040 de 2007, al referirse a las objeciones presidenciales formuladas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley núm. 105/06 Senado y 176/06 Cámara, “por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notarios y se hacen algunas modificaciones a la ley 588 de 2000”, manifestó que “la regulación legal debe respetar las reglas del concurso que se encuentra en trámite. El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (idem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; (...)”.

²⁸ Sentencia T-502 de 2010.

²⁹ Sentencia SU-913 de 2009. Reiterada en la Sentencia T-569 de 2011.

información y documentación que reposa en las entidades sobre situaciones de interés general o particular, siempre y cuando se atienda lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución, esto es que no se trate de información que por ley tenga el carácter de reservada.

Se reiteró que tiene un nexo directo con el derecho de acceso a la información (artículo 74 CP), en la medida que los ciudadanos en ejercicio de la petición, tienen la potestad de conocer la información sobre el proceder de las autoridades y/o particulares, de acuerdo a los parámetros establecidos por el legislador. Por ello, la Corte ha indicado que *"el derecho de petición es el género y el derecho a acceder a la información pública es una manifestación específica del mismo"*³⁰.

Asimismo, a juicio de este Tribunal, tiene relación con el artículo 209 de la Carta Política, que regula los principios de la función pública, como quiera que las solicitudes de las personas configuran por excelencia, la forma con la cual se inician las actuaciones de las autoridades, las cuales deben ceñirse a tales valores superiores. En el procedimiento del derecho de petición, las entidades estatales y particulares deben actuar guiadas por la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad. Resaltó el nexo del derecho de petición con la función pública, al advertir que esa garantía implica el *"establecimiento de una comunicación efectiva entre la Administración y los Ciudadanos, cuya fluidez y eficacia constituye una exigencia impostergable para los ordenamientos organizados bajo la insignia del Estado Democrático de Derecho"*³¹.

Respecto de su núcleo esencial, la jurisprudencia constitucional ha concluido que la petición incluye³²:

"1. La posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas.

2. La obtención de una respuesta que tenga las siguientes características:

- (i) Que sea oportuna;*
- (ii) Que resuelva de fondo, en forma clara y precisa lo solicitado lo cual supone que la autoridad competente se pronuncie sobre la materia propia de la solicitud de manera completa, sin evasivas respecto a todos y cada uno de los asuntos planteados.*
- (iii) Que la respuesta sea puesta en conocimiento del peticionario.*³³

En relación con la obligatoriedad de brindar una contestación de fondo, esta Corporación ha manifestado que *"la respuesta de la Administración debe resolver el asunto, no admitiéndose en consecuencia respuestas evasivas, o la simple afirmación de que el asunto se encuentra en revisión o en trámite"*³⁴.

Finalmente, este Tribunal ha considerado que la oportunidad en la resolución de la solicitud, refiere específicamente a las normas vigentes del Estatuto Procedimental Administrativo, que para el caso sería de 15 días por tratarse de una petición en interés particular³⁵; siempre y cuando no se requiera un mayor lapso atendiendo las condiciones específicas de cada escrito, lo cual no es óbice para que

³⁰ Sentencia C-274 de 2013

³¹ Sentencia T-534 de 2007.

³² Ver, entre otras, las sentencias T-944 de 1999, T-377 de 2000, T-447 de 2003, T-734 de 2004, C-510 de 2004, T-915 de 2004, T-855 de 2004, T-737 de 2005, T-236 de 2005, T-718 de 2005, T-627 de 2005, T-439 de 2005, T-275 de 2005, T-725 de 2012.

³³ Sentencias T-1089 de 2001, T-219 de 2001, T-249 de 2001, T-377 de 2000.

³⁴ Sentencias T-106 de 2010, T-046 de 2007, T-377 de 2000 y T-897 de 2007.

³⁵ Según el término dispuesto en el art. 6° del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo. Dicho artículo cobró vigencia a partir del 1° de enero de 2015, con ocasión de lo dispuesto en la Sentencia C-818 de 2011 mediante la cual se declaró inexecutable el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con efectos diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014.

en ese mismo término, la autoridad pública informe al peticionario en cuánto tiempo dará respuesta³⁶.

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurisprudenciales sobre la procedencia excepcional de la tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos; la igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa; el acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos; el derecho fundamental de petición, y sentadas las reglas aplicables a los mismos, se procederá a analizar el caso en concreto.

4.5. Caso Concreto.

Conforme a los hechos señalados en el escrito de tutela, el doctor Miguel Andrés Mejía Bernal, reclama la protección constitucional bajo la hipótesis de que las entidades accionadas, incurrieron en violación de sus derechos fundamentales de petición, del debido proceso, defensa y acceso a cargos públicos al no proporcionarle respuesta integral y de fondo a la reclamación efectuada respecto de la prueba de competencias comportamentales y al rehusarse a permitirle acceder a los cuadernillos y hojas de respuestas y claves de respuestas correctas para fundamentar las reclamaciones a que haya lugar, con ocasión de la convocatoria regulada bajo la Resolución No. 040 de 2015 proferida por la Procuraduría General de la Nación.

La entidad accionada Procuraduría General de la Nación y Universidad de Pamplona, palabras más palabras menos, sostienen que en manera alguna han vulnerado los derechos del actor, pues, el mismo tuvo la oportunidad de presentar, por el medio previsto para ello, la reclamación contra el resultado de las pruebas de competencias comportamentales del concurso para proveer los empleos de Procurador Judicial regulado por la Resolución 040 de 2015, lo cual, se decidió por Resolución No. 1431 del 23 de noviembre de 2015, donde se dieron los argumentos jurídicos del porqué no se variaba tales puntajes y por ello se confirmó el que había obtenido de 72.89; además, que no requirió de los cuadernillos de preguntas y hojas de respuestas para presentar la reclamación, y esos materiales de las pruebas están protegidos bajo reserva y por ello no es viable su entrega al actor; asimismo, destacan que la presente acción de tutela es improcedente por cuanto el accionante cuenta con otros medios judiciales para obtener esos materiales.

Hechos Probados:

1. Está acreditado que el accionante Miguel Andrés Mejía Bernal, se inscribió al concurso de méritos abierto por la Procuraduría General de la Nación, cuya convocatoria está regulada por la Resolución No. 040 del 20 de enero de 2015, para cuyo apoyo técnico y logístico en la construcción y aplicación de las pruebas escritas de conocimientos y competencias comportamentales, así como de análisis de antecedentes y para la conformación de las listas de elegibles de los cargos de Procurador Judicial I y II, contrató los servicios de la Universidad de Pamplona.
2. Está probado que el accionante Mejía Bernal presentó las pruebas escritas de conocimientos y competencias comportamentales, siendo esta última calificable en caso de aprobar la primera, de lo cual, se establece que el actor aprobó la primera de ellas – la de conocimientos-, lo que se acredita con la manifestación de la accionada Procuraduría General de la Nación de ser cierto dicho hecho cuando describió la presente acción de tutela.
3. Está probado que el actor Mejía Bernal obtuvo un puntaje de 72.89 frente a la prueba de competencias comportamentales, y que para fundamentar su inconformismo ante ese

³⁶ Sentencia T-1160A de 2001.

puntaje, presentó la respectiva reclamación dentro del término concedido por la entidad para el efecto y en módulo electrónico respectivo de la página web de dicha entidad sosteniendo que los resultados reportados no corresponden con el que en realidad obtuvo, y menciona que: *"... estimo que dicha prueba la presenté de forma acertada y en consecuencia el resultado reportado debe ser mayor. Por lo tanto solicito se realice la verificación manual del cuadernillo de respuestas y se comprueben los resultados por mí obtenidos. Teniendo en cuenta que en dicha prueba no hay respuestas correctas ni incorrectas, solicito se me explique suficientemente cuáles son los criterios de calificación en virtud de los cuales mi calificación sea de 72,89 y no superior a 90, como estimo que fue el resultado por mí obtenido. De estimarse que no hay lugar a reconocer el puntaje que considero merecer, esto es, superior a 90, se me explique suficientemente las razones por las cuales las respuestas que obtuvieron mala calificación, fueron estimadas erróneas, y se me señale cuáles fueron los criterios aplicados en fundamento. También solicito que por favor se me expliquen las razones por las cuales si bien esta prueba busca establecer rasgos, y en tal sentido las respuestas concretas, es decir aquellas recubiertas de regularidad como la opciones 'siempre' c 'nunca' serían las más apropiadas para tal empresa en las respuestas donde tales opciones son posibles, tal como yo las marqué donde consideré más apropiado, y en aquellas donde no lo eran respondí igualmente apropiadamente, quiero que me señalen con claridad por qué razón no se me reportó el resultado que estimo corresponde a mi examen, esto es más de 90 puntos. Solicito por favor se me aclare de forma individualizada cuáles fueron las respuestas dadas por mí que resultaron calificadas como incorrectas, y se me explique de forma individualizada las razones y criterios por los cuales fueron calificadas como erróneas o insuficientes, y cual sería entonces la respuesta estimada correcta para cada una de esas opciones. Finalmente, solicito que se me explique cómo se estima si una respuesta es correcta, cuáles son los criterios de idoneidad de la respuesta, cómo se califica la corrección o incorrección".*

4. Está también probado que frente a la anterior reclamación, la entidad accionada a través del Jefe de Oficina de Selección y Carrera de la Procuraduría General de la Nación, mediante Resolución No. 1431 del 23 de noviembre de 2015, resolvió confirmar el puntaje obtenido en la prueba de competencias comportamentales dentro de la aludida convocatoria, a varios concursantes, entre ellos, el actor bajo número de inscripción 806489, donde las reclamaciones tocaban aspectos de corrección de posibles inconsistencias aritméticas y/o en la lectora óptica, e inconformidad frente a los resultados, al manifestarse que podían haber obtenido un puntaje superior al publicado, y en donde en dicha resolución se definió las competencias comportamentales, su objetivo de evaluación, se indicó que esta prueba era clasificatoria, los instrumentos y fundamentos para esa evaluación, la mención que solicitó a la Universidad de Pamplona sobre la revisión de los resultados y de lo que dio respuesta a través de oficio del 26 de octubre de 2015, donde se menciona, entre otros aspectos, que para revisar las peticiones de los reclamantes se realizó revisión física de las hojas de respuestas y verificación de resultados publicados, sin que se advirtieran inconsistencias o errores aritméticos, la explicación del procesamiento de resultados que *"inicia con la contrastación del string de las respuestas que marcaron los concursantes en su hojas de respuestas, con el archivo de claves o respuestas correctas para cada una de las preguntas que componían las pruebas aplicadas. Asimismo se realiza la consolidación y análisis de la información obtenida a través de las situaciones reportadas por los concursantes el día de la aplicación a través de los formatos de preguntas dudosas y de los informes de los delegados en cada ciudad de aplicación en donde se constatan las situaciones reportadas por los concursantes durante la aplicación. Posteriormente se procede a la ejecución de los procedimientos psicométricos y analíticos, obteniendo los estadísticos requeridos para valorar tanto la calidad del instrumento de evaluación aplicado, como el desempeño y habilidad de los concursantes que presentaron las pruebas. El procesamiento se lleva a cabo a través de la Teoría de Respuesta al Ítem (TRI), la cual tiene como una de sus características principales del nivel de habilidad del evaluado se da a partir de sus respuestas dadas; el modelo de Rasch incorpora un parámetro: el de la dificultad del ítem, discriminación, flujo de respuesta, consistencia, entre otros. Para cada aspirante se obtiene un nivel de habilidad....".* Lo anterior, brevemente permite advertir que se dieron argumentos lógicos y jurídicos y de fondo sobre las reclamaciones presentadas, incluyendo la del actor Mejía Bernal y ello implica que no se desconoció el núcleo esencial del derecho de petición.
5. Igualmente, se desprende que el accionante aduce en su reclamación contra los resultados de la prueba de competencias comportamentales que requiere que le sean entregados el cuadernillo de dicha prueba y hojas de respuestas y claves de respuestas correctas para fundamentar las reclamaciones a que haya lugar, con ocasión de la convocatoria regulada bajo la Resolución No. 040 de 2015 proferida por la Procuraduría General de la Nación,

frente a lo cual dicha entidad le dio respuesta a través de oficio No. 002258 del 29 de diciembre de 2015 y que fuera remitido a su correo electrónico, donde se le indica que se niega tal acceso por cuanto el material de las pruebas están custodiadas bajo reserva legal.

Pues bien, sobre el primer interrogante planteado, esto es, la procedencia de la acción de tutela en este caso, ha de indicarse que se cumplen los requisitos de inmediatez y especialidad de la acción de tutela, lo que implica analizar si se cumple con el requisito de la subsidiariedad, para lo cual se verificará: (i) si existe otro mecanismo de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales deprecados; (ii) si en caso de existir, dicho mecanismo es idóneo y eficaz y, (iii) si se puede configurar un perjuicio irremediable.

De acuerdo con lo señalado en el marco normativo y jurisprudencial referido en esta providencia, el análisis debe hacerse, por un lado, respecto de la respuesta a la reclamación contra el puntaje obtenido de la prueba de competencias comportamentales y, por otra parte, en relación con el acceso a los materiales de la referida prueba.

Frente a estos aspectos, tenemos que, como ya se dijo y ahora se repite, el artículo 86 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces, con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando, por acción u omisión, le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, o cuando, existiendo, la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

Es así que el mecanismo mencionado no se encuentra diseñado con miras a reemplazar al juez competente, de ahí que no sea de recibo cuando se advierte que el accionante cuenta con otro mecanismo judicial para invocar la protección de los derechos fundamentales que, considera, le han sido vulnerados. De tal forma, la competencia del juez de tutela se limita al examen y verificación del acto por el cual se afirma la violación o amenaza de las garantías superiores.

Es por ello que se han fijado criterios generales sobre la procedencia formal del amparo, estatuidos en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, cuyo numeral primero señala la existencia de otro mecanismo de defensa judicial para lograr la protección que por vía de la acción constitucional se pretende obtener.

Tal exigencia sólo admite excepción en el evento en que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable; pues de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de dejar en el vacío las competencias de las distintas autoridades judiciales y concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas, propiciando de esta manera un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de aquella.

En el presente asunto, como el actor manifestó no estar de acuerdo con el contenido de la Resolución No. 1431 del 23 de noviembre de 2015 por medio de la cual se decidía la reclamación contra el puntaje obtenido en la prueba de competencias comportamentales y se confirmaba dicho puntaje, de lo que estima que esa resolución adolece de idoneidad e integralidad, pues, los argumentos son generales y no se resolvió de fondo su recurso, ya que no se le explicó de forma suficiente las razones por las cuales las respuestas fueron calificadas como equivocadas y se omitió especificarle de forma individualizada las respuestas que resultaron erróneas o insuficientes y su correspondiente respuesta correcta, datos vitales para ejercer su derecho de defensa, manifestaciones estas que permiten entender su insistencia en censurar el puntaje de la referida prueba de competencias comportamentales, en el marco del concurso de méritos para proveer todos los cargos de procuradores judiciales I y II.

Ahora, debe resaltarse que en virtud del artículo 29 de la Constitución, el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas.

De otro lado, a voces del artículo 125 de la Constitución, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, prosigue la norma, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

En el presente caso, se advierte que el doctor Miguel Andrés Mejía Bernal se inscribió al concurso abierto con base en el mérito para proveer todos los cargos de Procuradores Judiciales I y II de la Procuraduría General de la Nación, proceso regulado por la Resolución 040 del 20 de enero de 2015 que reglamentó la convocatoria para la selección de dichos empleos, fue admitido, presentó las pruebas de conocimiento (con carácter eliminatoria) y de competencias comportamentales (con carácter clasificatoria), aprobó la primera de las pruebas y por ello se calificó la segunda, de lo que se le determinó un puntaje de 72.89, del cual no estaba conforme con ese resultado al considerar que debió ser superior.

Por ello, presentó reclamación administrativa, la que fue resuelta a través de la Resolución 1431 del 23 de noviembre de 2015, confirmando el mencionado puntaje de la prueba de competencias comportamentales para los cargos de Procurador Judicial I y II, advirtiéndole que contra dicha decisión no procedía recurso alguno de conformidad con el artículo 212 del Decreto Ley 262 de 2000, lo que significa que el mencionado puntaje ha cobrado firmeza.

Pues bien, conforme con las premisas normativas, el marco fáctico dilucidado y el disenso del demandante se evidencia que su reparo sustancialmente se centra en señalar que no hubo una decisión de fondo y congruente a su reclamación contra el resultado de la prueba de competencias comportamentales.

No obstante, sobre este aspecto, la Procuraduría General de la Nación, en el término de contestación de la demanda de tutela, puntualizó que frente a la reclamación del actor se dio respuesta mediante la Resolución No. 001431 del 23 de noviembre de 2015, en la que se indica que esa entidad procedió a revisar nuevamente las hojas de respuestas a través de la Universidad de Pamplona y se constató que tuvo el mismo puntaje, por ende, que se dio una respuesta de fondo en donde se resolvieron todas las partes de la reclamación y en dicho acto administrativo se expuso cada uno de los fundamentos legales y estructurales que resolvió la mencionada reclamación.

Circunstancias que sin lugar a dudas permiten advertir la no vulneración de garantías fundamentales, pues del contenido de la Resolución No. 001431 del 23 de noviembre de 2015, se tiene que se consignaron argumentos jurídicos, normativos de la convocatoria y explicativos de procesamiento de resultados de donde se destaca lo siguiente *“inicia con la contrastación del string de las respuestas que marcaron los concursantes en su hojas de respuestas, con el archivo de claves o respuestas correctas para cada una de las preguntas que componían las pruebas aplicadas. Asimismo se realiza la consolidación y análisis de la información obtenida a través de las situaciones reportadas por los concursantes el día de la aplicación a través de los formatos de preguntas dudosas y de los informes de los delegados en cada ciudad de aplicación en donde se constatan las situaciones reportadas por los concursantes durante la aplicación. Posteriormente se procede a la ejecución de los procedimientos psicométricos y analíticos, obteniendo los estadísticos requeridos para valorar tanto la calidad del instrumento de evaluación aplicado, como el desempeño y habilidad de los concursantes que presentaron las pruebas. El procesamiento se lleva a cabo a través de la Teoría de Respuesta al Ítem (TRI), la cual tiene como una de sus características principales del nivel de habilidad del evaluado se da a partir de sus respuestas dadas; el modelo de Rasch incorpora un parámetro: el de la dificultad del ítem, discriminación, flujo de respuesta, consistencia, entre otros. Para cada aspirante se obtiene un nivel de habilidad....”,* es decir, que hay una respuesta de fondo y congruente con lo planteado en la reclamación.

Y si bien el actor, insiste en que la contestación a su reclamación no es idónea e integral, la verdad es que la misma cumple con el núcleo esencial del derecho de petición, vale reiterar, oportunidad, debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado, además de ser puesta en conocimiento al peticionario, y ello no significa que la respuesta deba ser positiva o favorable a los requerimientos del petente; en el asunto de la especie, el accionante muestra su inconformidad con el resultado de la prueba de competencias comportamentales, ante lo cual, reclamó y como no fueron de recibo sus planteamientos, acude a la presente acción constitucional ha controvertir el contenido de un acto administrativo que, como se recordará, goza de la presunción de legalidad, de ahí que mal puede el juez de tutela dejar sin efectos una resolución administrativa que se advierte reúne los presupuestos de una decisión que resuelve una reclamación y que está motivada y guarda relación con los puntos de inconformidad del censor.

Con ese norte, cabe afirmar que la acción de tutela en el presente caso se torna improcedente, habida cuenta que el actor contaba con otros medios de defensa judicial idóneos para controvertir las situaciones de orden administrativo al interior del proceso concursal al que se presentó y aún no ha hecho uso de ellos.

Así debe indicársele al actor que el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela implica el agotamiento de todos los mecanismos judiciales que procedan contra una actuación judicial, antes de ser censurada en esta senda constitucional, la cual no es un medio paralelo para reexaminar situaciones que, teniendo la oportunidad, no han sido debatidas por el juez competente dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, es por ello que de entrada la acción de tutela deviene improcedente.

Entonces, razón le asiste a las accionadas al señalar que no es esta vía subsidiaria y residual el medio idóneo para que el actor controvierta el contenido de las resoluciones que fijaron y confirmaron el puntaje de la prueba de competencias comportamentales, que se insiste, tiene un carácter eminentemente clasificatorio.

No sobra señalar además que el mecanismo idóneo y eficaz para debatir los actos administrativos, más aún cuando el reparo planteado, como acontece en el sub júdice, radica en la falta de motivación al no abordar todos los puntos planteados en la reclamación del accionante, es competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través del medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho³⁷.

Recuérdese que la controversia se extiende a un asunto de carácter litigioso y sobre situaciones jurídicas consolidadas, lo cual debe ser debatido en la jurisdicción respectiva, misma que, como todo procedimiento, cuenta con los respectivos mecanismos de impugnación y etapas que permiten la intervención tanto del actor como de las personas que puedan tener intereses, quienes tan solo tienen una mera expectativa de ser nombrados, además, recuérdese que el mencionado medio de control puede acompañarse con una medida cautelar de la suspensión provisional de un acto administrativo que puede solicitarse desde la presentación de la demanda.

De otro lado, en relación con el acceso a los materiales de la referida prueba, esto es, la manifestación del accionante de no permitírsele acceder a los cuadernillos y hojas de respuestas y claves de respuestas correctas para fundamentar las reclamaciones a que haya lugar, con ocasión de la convocatoria regulada bajo la Resolución No. 040 de 2015 proferida por la Procuraduría

37 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

General de la Nación, ha de señalarse que también deviene como improcedente el amparo de tutela.

En efecto, de una parte, la ausencia de tales cuadernillos y hojas de respuestas, no fueron impedimento para que el accionante presentara la reclamación contra el resultado del puntaje de la prueba de competencias comportamentales, de lo que se menciona la accionada Procuraduría entró a resolver esa reclamación, es decir, en manera alguna la ausencia de esos materiales han limitado el ejercicio de las reclamaciones dentro del trámite del referido concurso de méritos para proveer empleo en propiedad de los cargos de Procuradores Judiciales I y II, y por ello puede argumentarse que esa prueba está en firme y no es la tutela el medio judicial idóneo para desconocer esa situación consolidada y pervivir términos para nuevas reclamaciones.

De otro lado, resulta de capital importancia señalar que en lo que tiene que ver con el derecho de petición de información, ha dicho la Corte Constitucional³⁸ que si bien es cierto este tiene una conexión directa con el derecho constitucional de acceso a documentos públicos establecido en el artículo 74 de la Carta Política, también lo es, que tiene límites en su protección cuando existen documentos que están sometidos a reserva, por tener relación con la defensa o seguridad nacional³⁹ o porque la protección de otros derechos fundamentales lo hace indispensable⁴⁰, este último instituido como desarrollo jurisprudencial⁴¹ y cuando lo dispone la misma ley⁴².

En este sentido, ha indicado que cuando una entidad pública se niega a suministrar información con fundamento en las anteriores excepciones, no existe vulneración del derecho fundamental de petición, pues se ha dado respuesta clara y concisa del porqué de la negativa, a menos que la entidad haya guardado silencio o se haya negado a conceder la información con fundamentos diferentes a los vistos, caso en el cual procederá el amparo.

³⁸ Ver sentencia T-881 de 2004.

³⁹ Artículo 12 Ley 57 de 1985.

⁴⁰ Ver sentencia T-466 de 2010.

⁴¹ Ver sentencias C-1062 de 2000, C-872 de 2003, T-881 de 2004, T-1029 de 2005, T-303 de 2008, T-574, T-772 de 2009 y T-466 de 2010, entre otras.

⁴² Asimismo, se recopilaron las reglas sobre el alcance del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, de la siguiente forma:

i.) *La norma general es que las personas tienen derecho a acceder a la información que reposa en las instituciones del Estado. Ello significa que las normas que limiten el acceso a información deben ser interpretadas de manera restrictiva y que toda limitación debe ser motivada;*

ii.) *En armonía con lo establecido en el art. 74 de la Constitución, los límites al acceso a la información bajo control del Estado deben ser fijados a través de la ley;*

iii.) *Los límites fijados en la ley para el acceso a la información pública deben ser precisos y claros en lo referido al tipo de información que puede ser reservada y a la autoridad que puede tomar esa determinación;*

iv.) *Desde la perspectiva constitucional, los límites al acceso a la información bajo control del Estado sólo son válidos si persiguen la protección de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos, tales como la seguridad y defensa nacionales, los derechos de terceros, la eficacia de las investigaciones estatales y los secretos comerciales e industriales. En todo caso, las restricciones concretas deben estar en armonía con los principios de razonabilidad y proporcionalidad y pueden ser objeto de examen por parte de los jueces;*

v.) *La determinación de mantener en reserva o secreto un documento público opera sobre el contenido del mismo, pero no sobre su existencia;*

vi.) *En el caso de los procesos judiciales sometidos a reserva, ésta se levanta una vez terminado el proceso. Solamente podrá continuar operando la reserva respecto de la información que puede comprometer seriamente derechos fundamentales o bienes constitucionales;*

vii.) *La ley no puede asignarle el carácter de información reservada a documentos o datos que, por decisión constitucional, tienen un destino público;*

viii.) *En todo caso, la reserva debe ser temporal. El plazo que se fije debe ser razonable y proporcional al bien jurídico que se persigue proteger a través de la reserva;*

ix.) *Durante la vigencia del período de reserva de la información, los documentos y datos deben ser debidamente custodiados y mantenidos, con el fin de permitir su publicidad posterior;*

x.) *El deber de reserva se aplica a los servidores públicos. Este deber no cobija a los periodistas y, en principio, la reserva no autoriza al Estado para impedir la publicación de la información por parte de la prensa;*

xi.) *La reserva de la información bajo control del Estado se aplica a las peticiones ciudadanas. Ella no puede extenderse a los controles intra e interorgánicos de la Administración y el Estado; y*

xii.) *En el caso de las informaciones relativas a la defensa y la seguridad nacionales, que era el tema que ocupaba a la Corte en esa ocasión, se admite la reserva de la información, pero siempre y cuando se ajuste a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. (subrayado no original) (Sentencia T-414-10 Corte Constitucional).*

Lo anterior, por cuanto para controvertir la decisión de denegatoria del acceso a documentos por estar sometidos a reserva, el legislador ha dispuesto de un medio judicial ordinario cual es el recurso de insistencia, establecido originalmente en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985, en donde el administrado puede demandar de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en un proceso de única instancia la legalidad o no de dicha decisión.

Dispone el artículo en mención que *"La Administración sólo podrá negar la consulta de determinados documentos o la copia o fotocopia de los mismos mediante providencia motivada que señale su carácter reservado, indicando las disposiciones legales pertinentes. Si la persona interesada insistiere en su solicitud, corresponderá al Tribunal de lo Contencioso Administrativo que tenga jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos decidir en única instancia si se acepta o no la petición formulada o si se debe atender parcialmente. Ante la insistencia del peticionario para que se le permita consultar o se le expida la copia requerida, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al Tribunal para que éste decida dentro de los diez (10) días hábiles siguientes"*.

Figura jurídica que actualmente se encuentra establecida en el artículo 26 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1º. de la Ley 1755 de 2015, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 26. INSISTENCIA DEL SOLICITANTE EN CASO DE RESERVA. <Artículo **CONDICIONALMENTE** exequible> <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos:

1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente.
2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo".

De esta forma, la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho de petición en el evento en que se deniega el acceso a documentos públicos por estar sometidos a reserva, está condicionada a que la entidad no haya fundamentado su decisión en norma precisa en la que el legislador indique que los documentos solicitados son de carácter reservado, o en antecedentes jurisprudenciales que determinen en qué casos se debe guardar reserva de los mismos.

Para el caso en concreto, se tiene que la Procuraduría General de la Nación soportó su decisión de no entrega de documentos, con el argumento de que las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen el carácter de reservado, con fundamento en el artículo décimo segundo de la Resolución 040 de 2015 que da apertura y reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos en carrera de Procuradores Judiciales de esa entidad y en consonancia con el artículo 208 del Decreto Ley 262 de 2000, y a voces de la Corte Constitucional, este es un argumento válido que hace que no sea adecuado suministrar la información solicitada por cuanto se aviene a fundamentos normativos y reglamentarios para restringir ese acceso, situación que se le puso de presente al accionante a través de oficio No. 002258 del 29 de diciembre de 2015 expedido por el Jefe Oficina de Selección y Carrera de aquella entidad y se le comunicó a su correo electrónico⁴³.

⁴³ Esa restricción a la publicidad tiene como fundamento la protección del derecho fundamental a la intimidad, así como la independencia y la autonomía que se debe prever en virtud del principio de mérito. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha manifestado que *"las pruebas que se aportan durante el proceso de selección son reservadas y sólo pueden ser conocidas por los empleados responsables del proceso. Cosa distinta es que los resultados pueden ser conocidos por todos los aspirantes. (...) se trata de una medida universalmente aceptada en los procesos de selección,*

Razón por la que este juez de tutela considera que la Procuraduría General de la Nación dio una respuesta clara y de fondo a lo solicitado, pues se señaló la norma legal y reglamentaria del concurso, que en forma expresa le indicara que los documentos solicitados están sometidos a reserva, es decir, explicó que la reserva estaba dada por la protección legal para los materiales de pruebas.

De ahí que deba concluirse que el actor tiene a su disposición el recurso de insistencia para controvertir la denegatoria de la entidad de acceder a los documentos que solicitó dentro del concurso de méritos para proveer un empleo de carrera como Procurador Judicial I delegado para la Conciliación Administrativa, pues no es la acción de tutela el medio judicial idóneo para controvertir las decisiones originadas en el carácter de reservado de los documentos.

Bajo los argumentos expuestos, se patentiza la improcedencia de la acción de tutela en los términos del artículo 6°, numeral 1° del Decreto 2591 de 1991.

En otro giro, atendiendo las razones expuestas en esta providencia, se hace evidente que el accionante cuenta con otros recursos y medios judiciales para controvertir la resolución que confirmó su puntaje en la prueba de competencias comportamentales y, para obtener los documentos relativos a esa prueba, pues, tampoco de forma transitoria se acreditaron los presupuestos para una protección constitucional, y no se demostró que la entidad accionada desconociera sus derechos fundamentales, corolario de ello, es preciso negar el amparo solicitado por el actor, con mayor razón cuando el proceso concursal de méritos se encuentra en desarrollo y tiene a su alcance esos medios judiciales ordinarios.

Por lo anterior, el **JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE GIRARDOT, CUNDINAMARCA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción de tutela interpuesta por el accionante Miguel Andrés Mejía Bernal contra la Procuraduría General de la Nación y la Universidad de Pamplona, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente providencia en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ADVERTIR a las partes que este fallo puede ser impugnado, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, sin perjuicio de su cumplimiento.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para la eventual revisión del fallo, si éste no fuere impugnado dentro del término de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


SANTIAGO HERRÁN BARRIOS
JUEZ