

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN PENAL

Mag. Pon: FABIO DAVID BERNAL SUÁREZ
Radicación: 110013104049202100068 01
Accionante: Yiretd Daniela González Guzmán
Accionado: ICFES
Derecho: Educación, debido proceso y otros
Decisión: Revoca
Aprob. Acta No:

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

Resolver la impugnación formulada por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación -ICFES-, contra la sentencia proferida el 19 de marzo de 2021, por el Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá -Ley 600 de 2000-, a través de la cual le concedió a YIRETD DANIELA GONZÁLEZ GUZMÁN el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, educación, libre desarrollo de la personalidad, trabajo, mínimo vital y educación.

ANTECEDENTES

1. Fundamentos de la demanda

YIRETD DANIELA GONZÁLEZ GUZMÁN informó que es estudiante de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, adscrita al programa de Licenciatura en Educación con énfasis en inglés y que se inscribió para presentar el examen de Estado de Calidad de la Educación Superior -SABER PRO-, dispuesto por el ICFES, que debido al manejo de la pandemia del COVID-19, se ejecutaría de forma virtual el 29 de noviembre de 2020.

Señaló que en desarrollo de la prueba, la plataforma “SUMADI”, le anuló la misma por la causal “ausencia de cámara”, lo que le impidió la terminación del examen, lo cual, aduce, le informó debidamente al agente de soporte técnico

habilitado por la accionada. Refirió que elevó un derecho de petición al ICFES en la misma fecha del examen, solicitando la reprogramación de la prueba, sin obtener respuesta de fondo clara y precisa, pues sólo se le ha informado que su caso está en proceso de análisis por la oficina de asesoría jurídica para determinar si hubo o no fallas, viéndose motivada a reiterar las peticiones, el 19 de diciembre de 2020 y el 17 de enero de 2021, recibiendo la misma respuesta genérica de la accionada, que no resuelve concretamente su pedimento.

Así las cosas, pretende que por esta especialísima vía se ordene al ICFES, que habilite una fecha para que le aplique la prueba SABER PRO lo antes posible para lograr graduarse. En subsidio, que se le ordene a la entidad revisar con detenimiento su caso y se le aclare cuál fue la falta que cometió.

2. Respuesta de la entidad accionada

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación, sostuvo que no es procedente el amparo que en esta oportunidad solicita la estudiante YIRETD DANIELA GONZÁLEZ GUZMÁN, como quiera que las razones que acompañan la aparente vulneración de derechos, no son atribuibles a esa entidad, pues las etapas que se desarrollan para la aplicación del examen del Estado, se enmarcan en un procedimiento legal que no puede evadirse.

Refirió que GONZÁLEZ GUZMÁN, fue inscrita para aplicar las pruebas Saber TyT 2020 virtual, el pasado 29 de noviembre de 2020 con el número de registro EK202032996460, que durante el desarrollo de la misma y en virtud de los comportamientos realizados por ésta, se evidenció a través de las alertas emitidas por el software de vigilancia, la comisión de una falta y por ende, una conducta prohibida, que ocasionó la anulación de su examen, procedimiento que fue previamente comunicado por el funcionario del Icfes encargado de vigilar su prueba, a través del canal de comunicación que se habilita por chat en doble vía en el cual informan, entre otras determinaciones, las medidas tomadas para cada caso en concreto.

Así las cosas, explicó que de conformidad con el informe remitido por el área respectiva encargada del proceso de vigilancia de las pruebas Saber Pro, la anulación del examen de la accionante se debió a que ésta se ausentó de la cámara sin justificación y que esta ausencia se configura cuando la captura de

la imagen muestra el fondo sin que aparezca la examinada o cuando la captura no muestre ninguna imagen en once (11) o más capturas sucesivas en la misma sesión o veinte (20) o más capturas en toda la sesión.

Indicó que en el caso de la joven GONZÁLEZ GUZMÁN, aún no se ha tomado una decisión de fondo dentro del proceso administrativo sancionatorio que se inició para determinar su responsabilidad, en la conducta prohibida presuntamente cometida por la estudiante, motivo por el que actualmente cursa una averiguación preliminar con ocasión a la anulación de la prueba aplicada el día 29 de noviembre de 2020.

Señaló que considerando que la falta de presentación del examen no permite cumplir el requisito de grado al que aspiran los estudiantes y con el ánimo de no hacer menos gravosa su situación, para quienes como la accionante, se vieron inmersos en presuntas conductas prohibidas durante el desarrollo de la prueba, el Comité Primario de la Dirección General del Icfes, en sesión del 16 de febrero de 2021, aprobó la realización del examen extemporáneo Saber Pro mencionado para dicho sector de estudiantes, refiriendo que la fecha de realización del examen será la misma fecha del Examen Saber TyT del primer semestre de 2021, para lo cual, se habilitará únicamente la modalidad electrónica en sitio de aplicación designado por el Icfes, es decir, que no habrá lugar a la aplicación de la prueba en casa y se realizará entre los días 29 y 30 de mayo de 2021, fechas que se encuentran sujetas a modificaciones, destacando que la citación a la joven YIRETD DANIELA, se efectuará, si es el caso, según el orden de inscritos de la entidad.

3. El fallo impugnado

El Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá -Ley 600 de 2000- en sentencia del 19 de marzo de 2021, tuteló los derechos al debido proceso, educación, libre desarrollo de la personalidad, trabajo, mínimo vital y educación, ordenando a la Directora General del ICFES, que en el término máximo de cinco (05) días hábiles, le reprogramara a la accionante YIRETD DANIELA GONZALEZ GUZMAN, el examen de Estado de Calidad de la Educación Superior Saber Pro, a

efectuarse los días 29 y 30 de mayo de 2021, y le comunique la reprogramación al correo electrónico registrado, sin cobrarle ningún costo adicional al que ya canceló.

Consideró la instancia que aunque no se le ha negado a la accionante la reprogramación del examen, lo cierto es que no le ha comunicado la fecha de la habilitación de la prueba extemporánea, aduciendo que dentro del cronograma interno de la entidad se deben desplegar trámites y gestiones para efectuar las respectivas citaciones. Así las cosas, refirió que como la accionante no ha sido sancionada mediante un acto administrativo por una conducta prohibida o ilegal, y dado que por la pandemia generada por el COVID 19, es la primera vez que en Colombia se realiza esta clase de exámenes de manera virtual, y el mismo no está exento de la ocurrencia de fallas técnicas como las que la accionante narró en la demanda, tiene derecho a que se presuma su inocencia y por consiguiente, a que su examen le sea reprogramado, para de esa manera no afectar la terminación de sus estudios universitarios.

4. La impugnación

Notificada del contenido del fallo, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación -ICFES- lo impugnó. Señaló que el artículo 9° de la Ley 1324 de 2009 establece que, cuando en la aplicación de los exámenes de Estado se compruebe suplantación, fraude, copia o sustracción del material de examen, quienes incurran en esas faltas y, de acuerdo con la gravedad de las mismas, serán sancionados por el Icfes, previo un procedimiento que respete las reglas del C.P.A.C.A., para las actuaciones administrativas, con la anulación de los resultados, invalidación de los mismos o inhabilidad para la presentación del examen por un período entre 1 y 5 años.

Indicó que en lo que respecta al proceso administrativo sancionatorio, el mismo será adelantado por el Icfes en los términos establecidos en el artículo 47° de la Ley 1437 de 2011, previo a la pertinencia de abrir una investigación preliminar que determine la entidad, con el objeto de depurar la información inicialmente obtenida a fin de determinar la existencia o no de méritos para dar inicio formal a la actuación administrativa sancionatoria. Aclaró que en caso que se llegue a concluir como resultado de la averiguación preliminar la apertura de un proceso administrativo sancionatorio en contra de YIRETD DANIELA GONZÁLEZ GUZMÁN, quien asumiría la calidad de investigada, dicho proceso se adelantará con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción; pues de conformidad a la norma que rige la materia, luego de notificado el pliego de cargos se abre la posibilidad de la defensa del investigado quien puede hacer usos de su derecho de contradicción y por tanto cuestionar las pruebas que el Icfes determine como sustento, así como los elementos fácticos y jurídicos de dichos pliegos; estableciendo también, la garantía para el investigado que al solicitar y aportar nuevas pruebas que determine necesarias.

Adujo que por lo pronto, la investigación preliminar ha arrojado como resultado de la indagación, que el soporte de vigilancia determinó que la joven YIRETD DANIELA presuntamente cometió una de las conductas prohibidas tipificada, específicamente la relacionada con ausentarse injustificadamente de la pantalla en trece (13) capturas sucesivas, lo cual excede lo permitido en el literal 11° del artículo transitorio 4° de la Resolución 631 de 2015, esto es once (11) capturas sucesivas en toda la sesión, razón por la cual no era posible la “reprogramación” de esa misma prueba anulada, pues la misma debe ser investigada dentro del procedimiento reglamentado, concluyendo así, que el A-quo, se invistió de una facultad que en realidad no le compete a un juez de tutela, desconociendo con ello, el principio de subsidiariedad de la acción constitucional, al existir otros medios de defensa durante el proceso administrativo

sancionatorio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con fundamento en el art. 86 de la Constitución Política, toda persona puede acudir a la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y extraordinariamente un particular.

Y vemos que en este caso, la pretensión estaba encaminada a que a través del mecanismo antes sintetizado, se ordenara al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, habilitar una fecha para que la estudiante YIRETD DANIELA, realizara la prueba SABER PRO nuevamente, bajo el argumento que la plataforma “SUMADI”, le anuló la misma por la causal “ausencia de cámara”, lo que le impidió la terminación del examen, pedimento al que accedió la instancia, ordenándole a la accionada que le reprogramara a la demandante el examen, fijándolo para los días 29 y 30 de mayo próximos, y que le comunicara la reprogramación al correo electrónico registrado, sin cobrarle ningún costo adicional al que ya canceló.

Sin embargo, advierte la Sala que los derechos fundamentales alegados como vulnerados por la accionante, no tenían vocación de amparo, como erradamente consideró el Juzgado de instancia, pues la actuaciones de la estudiante GONZÁLEZ GUZMÁN para el día 29 de noviembre de 2020, al presentar la prueba de manera virtual, ocasionaron que la misma fuera anulada y pretender ahora, que por vía de tutela se atienda su reclamo, tendiente a la reprogramación, no obedece a una actuación atribuible a la demandada, como detallaremos a continuación.

En desarrollo de la Ley 1324 de 2009, que le otorga facultades sancionatorias al ICFES, la entidad emitió la Resolución No. 675 de 2019, en la cual se fijaron los controles aplicados para regular el desarrollo de los exámenes de Estado, los cuales pueden ser previos, concomitantes y posteriores a la aplicación de las pruebas.

Es así, que de conformidad con la potestad sancionatoria que se otorga a esa Entidad, la Oficina Asesora Jurídica adelanta las actuaciones administrativas sancionatorias de oficio, por cualquiera de las conductas prohibidas enmarcadas dentro de las faltas ya mencionadas, las cuales se encuentran tipificadas expresamente en las disposiciones de la Resolución Icfes No. 631 de 2015 modificada por la Resolución Icfes No. 530 de 2020, según el principio de legalidad y el debido proceso.

En la referida resolución del año 2015, se incluyeron artículos con el ánimo de regular el comportamiento de los examinandos durante la presentación virtual de los exámenes programados para el año 2020, dentro de los cuales se encuentra el examen Saber TyT virtual 2020 cuestionado por la accionante, pretendiendo garantizar el éxito del mismo, proteger los instrumentos utilizados y evitar o minimizar el riesgo de fraude en cualquiera de las modalidades de presentación de las pruebas, ya sea presencial o virtual. Fue por eso, como explicó la accionada, que se instauró un software de vigilancia y control por medio del cual se detectarían a través de alertas, presuntas comisiones de conductas prohibidas en las que los examinandos podrían incurrir durante el examen, aspecto que no fue cuestionado realmente en los hechos de la demanda.

Se constató además, que esos controles de seguridad se efectúan a través de un algoritmo de inteligencia artificial en el cual se capturan imágenes faciales del examinando, se registran las

acciones realizadas por la persona durante el examen, se restringen las herramientas de software para evitar el uso de otras aplicaciones o páginas durante la presentación del examen y se generan alertas y reportes, entre otras acciones, con el propósito de vigilar y controlar el examen, y salvaguardar la rigurosidad que se aplica en los exámenes de Estado, simulando la vigilancia como si fuese un examen presencial, de modo, que no se aproxima el evento a una singular y eventual falla de cámara como aludió la demandante, y si es de tal comprensión, lo acertado es que ello se discuta dentro del procedimiento iniciado y no por fuera de este.

Fueron precisamente estas argumentaciones, las que obvió la instancia, omitiendo que el resultado de la investigación preliminar que se ha adelantado en el caso de YIETD DANIELA, ha arrojado como resultado que ella se ausentó injustificadamente de la pantalla en el tiempo que determinaron trece (13) capturas fotográficas sucesivas, lo que constituye una falta, pues dicho comportamiento excede lo permitido en el literal 11° del artículo transitorio 4° de la Resolución 631 de 2015.

Queda claro entonces que la afectación a los derechos que atribuye a otros, no aparecen diáfanos como una vía de hecho de la accionada, todos lo que se conoce es que tuvo causa y fin en los actos de la misma accionante, porque a su versión se opone la de la entidad accionada, ya que la investigación preliminar del ICFES, desmiente la teoría de un fallo del sistema y de la supuesta anulación automática del examen, por lo que habrá de adelantarse el procedimiento administrativo sancionatorio, como anunció la demandada, en el marco del cual, con plena garantía de sus derechos de defensa y contradicción, podrán practicarse las pruebas que la alumna considere necesarias, para hacer valer los derechos que considera conculcados.

En ese contexto, resulta improcedente que el Juez de tutela ordene -con escuetos argumentos- la reprogramación del examen, atribuyéndose sin justificación legal alguna, las facultades sancionatorias del Icfes, desconociendo además el principio de subsidiariedad de la acción de tutela al existir otros medios de defensa durante el proceso administrativo sancionatorio, como son los descargos, los alegatos de conclusión, los recursos y hasta el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en dónde también es dable solicitar las medidas cautelares a que haya lugar; máxime cuando a la accionante no se le ha causado un perjuicio irremediable, pues como se expuso, ni siquiera se ha dictado un fallo en su contra y por el contrario, se le ha autorizado a inscribirse al examen Saber Pro extraordinario 2021, debiendo para el efecto realizar el pago de la tarifa fijada para esa convocatoria.

Así, no queda más que revocar la decisión de instancia que amparó los derechos fundamentales de la ciudadana YIETD DANIELA GONZÁLEZ GUZMÁN, declarando su actual improcedencia por existir otros medios de defensa judicial, agotándose de esta forma el objeto de este pronunciamiento.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: **REVOCAR**, por las razones aquí expuestas la sentencia de 19 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá -Ley 600 de 2000-, para en su lugar, **DECLARAR** improcedente el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, educación, libre desarrollo de la personalidad, trabajo, mínimo vital y educación de YIETD DANIELA GONZÁLEZ GUZMÁN, alegados como vulnerados por el Instituto Colombiano para

la Evaluación de la Educación -ICFES.

Segundo: DECLARAR que contra esta decisión no proceden recursos.

Tercero: REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS

FABIO DAVID BERNAL SUÁREZ.

EVA XIMENA ORTEGA HERNÁNDEZ.

LUIS ENRIQUE BUSTOS BUSTOS.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

