DERECHO A LA IGUALDAD, AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y AL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS EN CONCURSO DE MÉRITOS-Vulneración al exigir carné de vacunación para presentar prueba de conocimientos

(…) la obligación de acreditar la vacunación resulta inconstitucional en este caso dado que vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho al acceso a cargos públicos. En efecto, si bien ella persigue una finalidad imperiosa y es efectivamente conducente para alcanzarla, existen instrumentos alternativos que adecuadamente articulados permite alcanzar el mismo propósito sin afectar tan gravemente los derechos de la accionante.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente

PRESENTACIÓN DEL CARNÉ O CERTIFICADO DIGITAL DE VACUNACIÓN DE COVID-19-Marco normativo

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Medidas sanitarias de aislamiento preventivo en pandemia COVID-19

CARRERA ADMINISTRATIVA Y PRINCIPIO DEL MERITO-Jurisprudencia constitucional

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Inexistencia

(…), la actuación desplegada por las autoridades accionadas (el retiro de la exigencia de

presentación del carné o certificado digital de vacunación para la presentación de las pruebas escritas en el marco del concurso), tuvo lugar como resultado de lo ordenado por los jueces de tutela …, en cuyas providencias se ampararon los derechos fundamentales de la aquí accionante (…), desvirtuando así la posibilidad de decretar una carencia actual de objeto.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Séptima de Revisión

Sentencia T-003 de 2023

Referencia: Expediente T-8.615.602

Acción de tutela instaurada por Islena Marín Castaño contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP).

Magistrado ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Natalia Ángel Cabo, Cristina Pardo Schlesinger y el magistrado José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, han proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá en única instancia, con ocasión de la acción de tutela presentada por Islena Marín Castaño contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP).

Hechos

1. El 15 de julio de 2021 la accionante se inscribió para concursar por el cargo de secretario, grado 1, código 440 ofertado en la Convocatoria de Municipios de 5ª y 6ª Categoría, identificado con el número de OPEC 134940 del sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Personería de Bugalagrande (Valle del Cauca). Señaló que superó

la etapa de verificación de requisitos mínimos1, y la prueba escrita fue programada para el 19 de diciembre de 2021.

1. El 8 de diciembre de 2021, se dio a conocer el protocolo de bioseguridad para la presentación de la prueba de competencias básicas, funcionales y comportamentales. En dicho documento se estableció que, para ingresar a la presentación de esta, los participantes debían exhibir el carné de vacunación contra el Covid-19 o el certificado digital, en el que se evidenciara como mínimo el inicio del esquema de vacunación. Dando cumplimiento al artículo 2 del Decreto 1408 de 20212.

1. El 14 de diciembre de 20213, la demandante presentó acción de tutela, por considerar que la exigencia del documento mencionado vulneraba sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a cargos públicos, a la libertad de conciencia y a la igualdad. Transgresión que fundamentó de la siguiente manera:

i) Vulneración del derecho al debido proceso. Por una parte, en el Acuerdo No. 1180 de 20214 no se consignó como causal de exclusión del proceso de selección o como requisito para la presentación del examen, contar con el carné de vacunación contra el Covid-195. Por otra parte, la normatividad que exige la presentación de dicho carné "para el acceso a eventos masivos fue promulgada con posterioridad al inicio del concurso y publicación de los acuerdos y anexos del mismo". Por lo tanto, en su criterio, se debía aplicar la norma más favorable, esto es, la que no exige la presentación del carné.

ii) Vulneración del derecho al acceso a cargos públicos. A la accionante se le impediría participar en el concurso como consecuencia de una "arbitrariedad" normativa, pues no existe consenso científico o fundamentos que avale la efectividad de la vacuna contra el Covid-19 en cuanto a la propagación, transmisión, infección o contagio del virus. Al respecto, el Ministerio de Salud (Minsalud, el Ministerio o el MSPS) y la Organización Mundial de la

Salud (OMS) sostienen que es posible que los vacunados transmitan el virus.

Explicó que la vacuna no es 100% eficaz. Además, las personas pueden negarse a recibirla de acuerdo con lo publicado por el MSPS en su página web6. Concluyó que: a) no existe certeza de que la vacunación evite la propagación del virus, como aparecía en la respuesta a la pregunta 83 del documento "Abecé – Plan Nacional de vacunación7; y b) la vacuna no impide que las personas se contagien con la enfermedad, ya que los asintomáticos también pueden transmitirlo.

iii) Vulneración del derecho a la igualdad. La accionante afirmó que la decisión de la demandada es discriminatoria, dado que la norma que exige el carné durante las aglomeraciones era posterior a los acuerdos y anexos del concurso. Agregó que toda restricción de derechos debía estar directamente relacionada con los criterios de necesidad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad, lo cual no acontecía en el caso objeto de estudio, pues la entidad accionada incurría en una "limitación arbitraria" al no existir evidencia objetiva e irrefutable que respalde la exigencia del carné de vacunación para prevenir efectivamente la propagación, transmisión, infección o contagio del Covid-19.

iv) Vulneración del derecho a la libertad de conciencia. Al exigírsele el carné para presentar la prueba se le obliga a actuar en contra de su conciencia. No vacunarse, en consecuencia, le impide participar en el concurso y, con ello, pierde la oportunidad "de aprobar para un cargo público por mérito"8. Señaló que esto restringe, además, la realización de su proyecto de vida y también afecta su derecho al trabajo.

1. Por lo anterior, solicitó ordenar: i) a la CNSC y a la ESAP suspender o aplazar la aplicación de las pruebas escritas programadas para el 19 de diciembre de 2021, con el fin de evitar un perjuicio irremediable, pues la inasistencia al examen es causal de descalificación del citado concurso de méritos (pretensión que también se elevó como medida provisional); ii) a la

CNSC y a la ESAP que le permitan asistir a la presentación de las pruebas escritas; y, iii) le autoricen la presentación de estas a todos los participantes sin discriminar por cuestiones de vacunación.

Trámite procesal

1. Mediante auto del 14 de diciembre de 20219, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá avocó el conocimiento de la acción de tutela y dispuso la notificación de la parte accionada y de las entidades vinculadas10. Asimismo, decidió no decretar la medida provisional solicitada ya que no advirtió que la misma cumpliera con los criterios de necesidad y urgencia, exigidos en el Decreto 2591 de 1991 (art. 7).

Respuestas de las entidades accionadas y vinculadas

1. El Departamento Administrativo de la Función Pública11 solicitó declarar improcedente la acción de amparo. Indicó que no es el encargado de desarrollar o vigilar el Proceso de Selección de Municipios de 5ª y 6ª Categoría, pues ello correspondía a la CNSC y a los departamentos.

Afirmó no haber trasgredido los derechos fundamentales de la accionante y que, teniendo en cuenta que la pretensión se sustraía a la presentación del carné o certificado digital de vacunación contra el Covid-19, la exigencia de este se debía dar en cumplimiento a lo dispuesto por la CNSC, de cara a lo reglado en el Decreto 1615 de 2021 (art. 2)12 que buscaba proteger la vida de los colombianos “sin discriminación alguna”. Puntualizó que las medidas tomadas por el Gobierno nacional no son transgresoras de derechos, toda vez que, bajo un análisis de razonabilidad y proporcionalidad, el derecho a la vida prima sobre los

demás. Finalmente, manifestó que la demandante debía acatar lo establecido en la norma en cita, así como en el Decreto 1408 de 202113 respecto a la exigencia de presentación del carné de vacunación.

1. El Minsalud14 y el Mininterior15 solicitaron declarar improcedente la tutela. Indicaron que no son los encargados de regular la asistencia a los procesos de selección. De igual forma, adujeron que nadie estaba excluido del plan de vacunación, el cual buscaba reducir la mortalidad por Covid-19, disminuir la incidencia de casos graves y proteger a la población con alta exposición al virus.

Señalaron que, todos los ciudadanos deben tomar decisiones informadas y basadas en la ciencia, sin afectar la vida de los demás. Agregaron que las posiciones de los “antivacunas” van en contravía del gran esfuerzo realizado en el país para salvar las vidas de los ciudadanos, además que los derechos invocados como vulnerados deberían analizarse desde el ámbito colectivo y no desde la individualidad, pues ostentaban una dimensión social.

Por último, manifestaron que, si bien la vacunación no tenía carácter obligatorio (Ley 2064 de 2020 y Decreto 109 de 2021), dado el contexto mundial de la pandemia, se impusieron restricciones para que la decisión de quien no quisiera vacunarse no tuviera consecuencias graves para otras personas y evitar poner en riesgo el plan nacional de vacunación y las políticas sanitarias con las que el Estado buscaba superar la crisis ocasionada por el Covid-19.

1. La Comisión Nacional del Servicio Civil16 solicitó declarar la improcedencia de la acción. Afirmó que la entidad no vulneró los derechos fundamentales de la accionante y que la ESAP era la encargada de la aplicación de las pruebas escritas en el proceso de selección mencionado. En ese sentido, era aquella entidad la responsable de la planeación y desarrollo de la etapa de aplicación del examen. Agregó que a aquella fase del concurso acudirían más de 55 mil personas, razón por la que la ESAP se vio en la obligación de emitir un protocolo de

bioseguridad y establecer la necesidad del uso del tapabocas y la presentación del carné de vacunación para el ingreso al lugar, conforme al Decreto 1408 y a la Resolución 777 de 2021. Resaltó que dicha formalidad fue debidamente publicada a través de la página web de la comisión, con avisos informativos del 8, 10 y 13 de diciembre de 2021.

1. La Escuela Superior de Administración Pública – ESAP17 solicitó negar el amparo. Puso de presente que la accionante al inscribirse al proceso de selección No. 2070 de 2021 aceptó en su totalidad las reglas establecidas y se comprometió a verificar las notificaciones a través del aplicativo SIMO en donde eran publicados los requisitos mínimos del empleo seleccionado, aportando la documentación de manera correcta. Señaló que el 8 de diciembre de 2021, fue publicada la "Guía de Orientación al Aspirante" y el "Protocolo de Bioseguridad" para la presentación de las pruebas, atendiendo a la reglamentación expedida por el Gobierno nacional, reiterado mediante aviso del 13 de diciembre.

Esgrimió que allí se especificó la necesidad de presentar el carné de vacunación o el certificado digital, teniendo en cuenta que su incumplimiento originaría el retiro de la sede y la exclusión del proceso de selección, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1408 de 2021 (art. 2). Agregó que la exigencia de dicho documento se dio en cumplimiento de las medidas de bioseguridad impuestas por el Gobierno nacional y las alcaldías locales.

1. La Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca18 solicitó su desvinculación del trámite, toda vez que los hechos de la acción de tutela no eran de su competencia.

1. La Secretaría de Salud Municipal de Tuluá19 solicitó ser desvinculada de la acción. Indicó no ser responsable del presunto perjuicio causado a la accionante pues no se probó la existencia de amenaza o vulneración de su parte.

1. Islena Marín Castaño20 manifestó que no se vacunó porque no confiaba en las vacunas pues fueron autorizadas dentro de un estado de emergencia sanitaria, “sin tener el tiempo suficiente para determinar sus riesgos y consecuencias” y explicó que sentía temor a una reacción alérgica. Fundamentó su postura en que las vacunas no aseguraban la inmunidad frente al contagio, pues sólo ofrecían una disminución del riesgo de agravar el desarrollo de la enfermedad. En otras palabras, la vacunación no impedide que quienes se relacionen con el virus se contagien o lo transmitan. Agregó que el Decreto 1408 de 2021 busca coaccionar a las personas a vacunarse por un método de “control social” lo cual incide directamente en la posibilidad de concursar por un cargo público de particular interés, donde el mérito es el principio rector.

Sentencia objeto de revisión. Sin impugnación.

13. El 16 de diciembre de 2021, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá concedió el amparo solicitado. Encontró cumplidos todos los presupuestos de procedencia y estableció que si bien por regla general la acción de amparo no procede contra actos administrativos proferidos dentro de un concurso de méritos, en el caso concreto se observó una situación excepcional ya que el medio idóneo no lograba satisfacer las necesidades expuestas por la accionante, debido al tiempo que tomaría radicar una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa y la premura para la presentación de las pruebas (subsidiariedad).

14. Señaló que si bien las acciones adoptadas no eran contrarias a la norma superior no podían desconocer otros derechos que instituyeran acciones desproporcionadas desconociendo la dignidad humana de quienes no eran arropados por las medidas positivas para proteger el derecho a la salud.

15. Afirmó que aun cuando la vacunación contra el Covid-19 favorecía la salud pública, la

medida tomada por la ESAP fue i) desproporcionada frente a la accionante y frente a quienes por razones médicas no pudieron vacunarse antes de la presentación del examen; ii) desconoció y lesionó la dignidad humana de la señora Marín Castaño, porque la aislaba por su pensamiento; iii) vulneró su derecho a la igualdad, pues ella tenía las mismas condiciones para presentar el examen y aspirar al cargo público y; iv) afectó su derecho al mérito, ya que la prueba de conocimiento era la única forma de ingresar a la carrera administrativa.

1. En consecuencia, protegió los derechos a la dignidad humana, al igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos y ordenó i) a la ESAP que en el término de 48 horas estableciera un protocolo especial para que la señora Marín Castaño pudiera presentar la prueba del concurso de méritos convocado en el proceso de selección No. 2070 de 2021 y; ii) a la CNSC publicar el contenido de la decisión en el portal web para notificar a las personas inscritas en el proceso de selección precitado.

Informes de cumplimiento al fallo del 16 de diciembre de 2021

1. La ESAP21 presentó al juzgado de instancia un informe de cumplimiento a lo ordenado en la sentencia del 16 de diciembre del 2021. Indicó que previo a la aplicación de las pruebas de selección que se llevarían a cabo el 19 de diciembre de la misma anualidad, fue notificada del auto admisorio de tutela proferido por el Juez Promiscuo de Familia del Circuito de la Mesa Cundinamarca que dispuso como medida provisional se abstuviera “de efectuar la solicitud del carné de vacunación contra el COVID-19”.

1. Asimismo, se le dio a conocer el fallo de tutela proveído en la causa objeto de estudio, por lo que se eliminó la exigencia de la presentación del carné de vacunación para todos los participantes, sin restricción alguna. Señaló que el 17 de diciembre de 2021 informó a la CNSC sobre el cumplimiento de las decisiones judiciales anotadas y le advirtió sobre la necesidad de comunicar esa determinación de manera masiva por los distintos canales y medios de las entidades convocantes.

1. Aclaró que, pese a que no se exigió el carné de vacunación o certificado digital, dio estricto cumplimiento al protocolo de bioseguridad, “dentro de las que se establece, en concordancia con la Resolución 777 del 2 de junio de 2021 y el Decreto 1408 del 3 de noviembre de 2021, la necesidad de cumplir con las medidas de mayor efectividad para la contención del virus”22.

1. La CNSC23 informó al despacho de instancia que dio cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá (Valle del Cauca), en providencia del 16 de diciembre del 2021. Señaló no haber exigido la exhibición del carné de vacunación para la presentación de la aplicación de la prueba a los aspirantes admitidos24.

Pruebas que obran en el expediente

1. El despacho sustanciador recibió un archivo que integra el expediente T-8.615.602 contentivo de las actuaciones de única instancia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá. Las pruebas allegadas fueron:

i) Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante25.

ii) Constancia de inscripción a la convocatoria proceso de selección para municipios de 5ª y 6ª categoría de 202026.

iii) Protocolo de bioseguridad prueba de competencias básicas, funcionales y comportamentales, proceso de selección para municipios de 5ª y 6ª categoría27iv) Acuerdo No. 1180 de 2021 29-04-202128.

Actuaciones en sede de revisión

1. La Sala de Selección número Seis de 2022 de la Corte Constitucional mediante auto del 30 de junio de 2022 ordenó seleccionar para revisión el expediente T-8.615.60229 para ser acumulado a los expedientes T-8.572.775, T-8.598.483 y T-8.675.741 y dispuso su reparto al despacho de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger. Sin embargo, dado que la Magistrada presentó insistencia sobre el expediente de la referencia30, mediante auto del 27 de septiembre del 2022 se dispuso su reasignación31 al despacho del Magistrado José Fernando Reyes Cuartas para presentar ponencia a la Sala Séptima de Revisión.

1. Mediante auto del 24 de octubre de 202232 el magistrado sustanciador decretó las siguientes pruebas: i) solicitó a la accionante informar si le fue exigido el carné o certificado de vacunación para presentar la prueba programada para el 19 de diciembre de 2021; ii) requirió al Minsalud para que allegara la información relativa a la normatividad expedida por el Gobierno nacional sobre la vacunación y la exigencia de presentar carné o certificado de vacunación y si la inoculación tenía carácter obligatorio para asistir a las pruebas escritas en los concursos de mérito. iii) ofició a la ESAP y a la CNSC para que aportaran la documentación rectora del concurso de méritos adelantado en el presente caso. Asimismo, indicaran si la decisión de no exigir el carné de vacunas durante la realización de las pruebas escritas fue adoptada con ocasión del fallo emitido el 16 de diciembre de 2021 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá o por otro motivo y si la demandante presentó las pruebas en el lugar previsto para ello.

1. Islena Marín Castaño33 advirtió que no le fue exigido el carné o certificado digital de vacunación para presentar la prueba escrita del 19 de diciembre de 2021.

1. El Ministerio de Salud y Protección Social34 mencionó el marco normativo del Plan Nacional de Vacunación, conformado según su dicho, por 65 actos administrativos que contenían los protocolos de bioseguridad aplicables a todas las actividades económicas, sociales, laborales, educativas, culturales y sectores de la administración pública.

1. En relación con el segundo requerimiento, informó que “ningún habitante del territorio colombiano está obligado a aceptar la aplicación de la vacuna”, pues ello es una decisión voluntaria y autónoma de cada persona. Sin embargo, el suministro del biológico brindaba una protección frente al virus y disminuía el riesgo de morir o enfermar gravemente.

1. La CNSC35 señaló que, conforme al comunicado emitido por la ESAP, no se exigió la presentación del carné de vacunación a ningún aspirante del país para la presentación de las pruebas escritas, con lo que se acató el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá el 16 de diciembre de 2021. Afirmó que la accionante asistió satisfactoriamente a la jornada.

I. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Séptima de Revisión es competente para analizar el fallo emitido de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Delimitación del caso y formulación del problema jurídico

1. La accionante actuando en nombre propio, radicó acción de tutela en contra de la CNSC y la ESAP al considerar vulnerados sus derechos al debido proceso, a la igualdad, a la libertad de conciencia y al acceso a cargos públicos establecidos en los artículos 13, 18, 25, 29 y 40 de la Constitución Política.

1. El supuesto fáctico que dio origen a la solicitud de amparo se refiere a la exigencia que se le hizo de contar con el carné o certificado digital de vacunación contra el Covid-19 para presentar las pruebas de conocimientos dentro del concurso de méritos ofertado en la Convocatoria de Municipios de 5ª y 6ª Categoría, identificado con el número de OPEC No. 134940 del sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Personería de Bugalagrande (Valle del Cauca).

1. Sin perjuicio de los derechos invocados por la señora Marín Castaño, la acción de tutela pretende la protección de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad dado que, a su juicio, la exigencia de vacunarse, como condición para presentar la prueba de conocimiento, desconoce su libertad de tomar decisiones acordes con sus convicciones.

1. Para resolver el problema la Sala se pronunciará sobre (i) los supuestos y los efectos de la carencia actual de objeto; (ii) el marco normativo frente a la exigencia de presentación del carné o certificado digital de vacunación en tiempos de Covid-19; y (iii) las restricciones constitucionalmente admisibles a los derechos fundamentales en época de pandemia, haciendo énfasis en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho de acceder a los cargos públicos. Finalmente, analizará el (iv) caso concreto.

La carencia actual de objeto: supuestos y efectos36

1. La jurisprudencia constitucional ha señalado que en el curso del trámite de la acción de tutela se pueden presentar diferentes situaciones que, por su naturaleza, generan la extinción del objeto jurídico de la tutela consistente en la protección de derechos fundamentales, de modo que cualquier orden de protección proferida por el juez caería en el vacío37. Este fenómeno ha sido denominado "carencia actual de objeto" y comprende tres hipótesis específicas.

1. El hecho superado se configura cuando se satisface lo pedido en el escrito de tutela, como producto del obrar de la accionada, antes de que el juez constitucional emita la orden de aquello que se pretendía lograr. En estos casos le corresponde al juez constatar que: "(i) efectivamente se ha satisfecho por completo (…) lo que se pretendía mediante la acción de tutela (…); (ii) y que la entidad demandada haya actuado (o cesado en su accionar) a motu proprio (sic), es decir, voluntariamente (…)"38.

1. El daño consumado tiene lugar cuando se ha perfeccionado la afectación que con la tutela se pretendía evitar, y no es factible que el juez de tutela imparta una orden de protección específica. Sobre esta figura, ha precisado la Corte, que "(i) si al interponer la acción de tutela ya es claro que el daño se generó, el juez debe declarar improcedente el mecanismo de amparo (…); pero si el daño se consuma durante el trámite judicial, bien sea en primera o en segunda instancia o en sede de revisión, el juez puede proferir órdenes adicionales tendientes a proteger la dimensión objetiva del derecho, evitar repeticiones o identificar los responsables; (ii) el daño causado debe ser irreversible, pues respecto a los daños que son susceptibles de ser interrumpidos, retrotraídos o mitigados por una orden judicial, no es dable decretar la carencia de objeto"39.

1. La situación sobreviniente corresponde a cualquier "otra circunstancia que determine que,

igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío". La jurisprudencia ha reconocido que se presenta tal evento cuando "(i) el actor mismo es quien asume la carga que no le correspondía para superar la situación vulneradora40; (ii) un tercero –distinto al accionante y a la entidad demandada- ha logrado que la pretensión de la tutela se satisfaga en lo fundamental41; (iii) es imposible proferir alguna orden por razones que no son atribuibles a la entidad demandada42; o (iv) el actor simplemente pierde interés en el objeto original de la Litis43 (…)"44.

1. Esta última figura ha sido aplicada en aquellos casos en que ya no es posible acceder a lo solicitado dado que "(i) la vulneración cesó en cumplimiento de una orden judicial45; (ii) la situación del accionante cambió, de tal forma que ya no requiere lo que había solicitado inicialmente (…), por ejemplo, por haber asumido una carga que no debía (…); y (iii) se reconoció un derecho a favor del demandante, que hizo que perdiera su interés en el reconocimiento de lo que solicitaba en la tutela (…)"46. En ese sentido ha dicho que para que se configure la situación sobreviniente es necesario que "(i) ocurra una variación en los hechos que originaron la tutela; (ii) que dicha variación implique la pérdida de interés del accionante en que se acceda a sus pretensiones, o que estas no se puedan llevar a cabo; y (iii) que la alteración en los hechos no sea atribuible a una conducta voluntariamente asumida por la parte accionada"47.

1. Respecto de los efectos que se siguen cuando se configura alguno de los eventos de carencia actual de objeto, la sentencia SU-522 de 2019 precisó que si se presenta un daño consumado es necesario realizar un pronunciamiento de fondo solo en caso de que tenga lugar durante el trámite de tutela a fin de establecer "si se presentó o no la vulneración que dio origen a la acción de amparo"48. Además, atendiendo las particularidades del expediente el juez de tutela podrá considerar medidas adicionales tales como: "a) hacer una advertencia a la autoridad o particular responsable para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (…); b) informar al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la

reparación del daño (…); c) compulsar copias del expediente a las autoridades competentes (…); o d) proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales trasgredidos y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan (…)”49.

1. La Corte también destacó que, si se constata la ocurrencia de un hecho superado o una situación sobreviniente, no es perentorio que el juez de tutela realice un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, sostuvo que “tratándose de la Corte Constitucional actuando en sede de revisión, podrá emitir un pronunciamiento de fondo cuando lo considere necesario para, entre otros: a) llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan; b) advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes; c) corregir las decisiones judiciales de instancia; o d) avanzar en la comprensión de un derecho fundamental”50.

1. En conclusión, la carencia actual de objeto genera la extinción del objeto jurídico de la tutela e implica que cualquier orden proferida por el juez caería en el vacío. Dicha categoría comprende i) el hecho superado, ii) el daño consumado y, iii) la situación sobreviniente. En el daño consumado, surge para el juez de tutela el deber de pronunciarse de fondo y adoptar medidas correctivas si a ello hay lugar. En el caso del hecho superado y la situación sobreviniente, a pesar de que no es necesario que el juez realice un pronunciamiento de fondo, podrá examinar el asunto con la finalidad de verificar la conformidad constitucional de la situación que dio origen al amparo y, en caso de considerarlo, puede adoptar medidas adicionales.

El marco normativo frente a la exigencia de presentación del carné o certificado digital de vacunación en tiempos de Covid-19 y las restricciones constitucionalmente admisibles a los derechos fundamentales.

La exigencia de carné de vacunación como medida para contrarrestar la expansión del Covid-19

1. En marzo de 2020, la humanidad se enfrentó al nacimiento y propagación del Coronavirus (Covid-19)51. Virus que ocasionó lo que técnicamente se conoce como: “pandemia”, es decir, la propagación general de una enfermedad. Problema sanitario que trajo consigo una importante alteración de la cotidianeidad obligando a los Estados a adoptar diferentes medidas que incluían restricciones a derechos fundamentales como las libertades de locomoción, de reunión y de expresión, el libre desarrollo de la personalidad con el propósito de evitar el colapso del sistema sanitario.

1. En el marco de la emergencia sanitaria declarada mediante el Decreto 385 de 202052 se expidieron una serie de decretos legislativos y actos administrativos que buscaban minimizar el impacto del virus en el territorio nacional. El 3 de noviembre de 2021 se emitió el Decreto 1408 de 202153, que en su artículo 2 dispuso que “[l]as entidades territoriales deb[ía]n adicionar a los protocolos de bioseguridad vigentes, la presentación obligatoria del carné de vacunación contra el Covid-19 o certificado digital de vacunación (…) en el que se evidenci[ara], como mínimo, el inicio del esquema de vacunación, como requisito de ingreso a: (i) eventos presenciales de carácter público o privado que impliquen asistencia masiva y, (ii) bares, gastrobares, restaurantes, cines, discotecas, lugares de baile, conciertos, casinos, bingos y actividades de ocio, así como escenarios deportivos, parques de diversiones y temáticos, museos, y ferias”.

1. Norma que además indicó que el cumplimiento de la medida allí contenida estaría a cargo de quienes organizaran los eventos presenciales “de carácter público o privado” que, por su naturaleza, implicara la asistencia masiva de personas, estableciendo las fechas en las que entraría en rigor esa disposición54. El 30 de noviembre de 2021 el Presidente de la República expidió el Decreto 1615 de 202155, con el mismo objeto y finalidad que el Decreto 1408 de 2021. Es decir, “impartir instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la

pandemia del Coronavirus COVID-19”56, continuando con lo preceptuado en la normativa anterior. Igualmente introdujo una modificación a las fechas a partir de las cuales se exigiría el carné o certificado digital de vacunación como requisito para ingresar a ciertos lugares y eventos dentro del territorio nacional.

1. Adicionalmente, se reiteró que “[t]odo evento presencial de carácter público o privado que impli[cara] la asistencia masiva a bares, gastrobares, restaurantes, cines, discotecas, lugares de baile, conciertos, casinos, bingos y actividades de ocio, así como escenarios deportivos, parques de diversiones y temáticos, museos, y ferias deber[ía] exigir sin excepción el carné de vacunación con esquema completo de acuerdo con las fechas señaladas (…). Los aforos podr[ía]n ser del 100% de acomodación cuando se cumpl[ier]a con este criterio y condición”.

Las restricciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad en época de pandemia58

1. Este derecho se encuentra reconocido y plasmado en el artículo 16 de la Constitución Política y tiene como finalidad proteger “la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia”59. Ello implica que les permite decidir, sin injerencias injustificadas, sobre sus proyectos de vida, sus intereses, deseos y convicciones. Por ello, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática y reiterada al establecer que “el libre desarrollo de la personalidad es un derecho de ‘emanación directa y principal del principio de dignidad humana’”60, que encuentra únicamente su limitación en los derechos de los demás y el orden jurídico. Sin embargo, tales limitaciones deben examinarse con especial cuidado a efectos de valorar si se encuentran justificadas siendo para ello relevante, entre otros criterios, el principio de proporcionalidad.

1. En aquellos eventos en los que se producen restricciones agudas al ejercicio de este derecho se requiere emprender un examen de proporcionalidad destinado a valorar, si la medida supera las diferentes etapas de dicho examen. En particular y si fuera el caso de aplicar un examen del máximo nivel de exigencia debería determinarse si la medida persigue una finalidad imperiosa y si resulta efectivamente conducente y necesaria para ello. Finalmente, de superarse tales etapas deberá determinarse si el sacrificio a la autonomía resulta estrictamente proporcional en relación con la finalidad pretendida61.

1. Para desarrollar el referido juicio, "'[n]o resultan suficientes para restringir este derecho las simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales, de los derechos ajenos de rango legal y de argumentos morales'"62, pues estas medidas resultan en sí mismas insuficientes para limitar el libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, cabe recordar que es necesario superar cada uno de los estadios del juicio de proporcionalidad para determinar la conformidad constitucional de una limitación al referido derecho.

1. En cuanto a la autonomía que tiene cada persona para decidir a qué tratamiento médico someterse, la Corte, en sentencia T-365 de 2017 al analizar la obligatoriedad de la vacuna del Virus del Papiloma Humano (VPH), concluyó que "el Estado, en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, o de cualquier otra institución, no puede obligar a la población colombiana a vacunarse (…) , por cuanto la facultad del paciente de tomar decisiones relativas a su salud ha sido considerada un derecho de carácter fundamental por la jurisprudencia constitucional, como concreción del principio constitucional de pluralismo", y de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal y la salud.

1. Decisión en la que se reafirmó que "finalmente, en sociedades fundadas en la inviolabilidad, dignidad y autonomía de las personas (CP art. 1 y 16), toda intervención en el cuerpo de un individuo debe en principio contar con la autorización del propio afectado (principio de autonomía)63".

1. Así las cosas, esta corporación resaltó que devenía en lógico que, “en lo que toca con los procedimientos médicos, incluso preventivos, el paciente tenga la facultad de asumirlos o declinarlos, de acuerdo con ese modelo de vida que ha construido por conducto de sus propias convicciones. Específicamente, ha determinado esta Corporación que “del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud”.

Derecho a acceder a cargos públicos y el principio del mérito

1. El artículo 125 de la Constitución Política establece como regla general que la carrera administrativa será la forma de vincularse laboralmente a las entidades públicas y fija como excepción a dicha regla, el nombramiento y elección de aquellos cargos de i) elección popular; ii) libre nombramiento y remoción; iii) de los trabajadores oficiales y; iv) los demás que determine la ley64. Norma que además prevé que tanto el acceso como el ascenso se harán previo cumplimiento de los requisitos establecidos fijados en la ley para determinar el mérito y capacidades de los aspirantes65.

1. La jurisprudencia ha definido a la carrera administrativa “como un principio del ordenamiento superior, que cumple con los fines esenciales del Estado (art. 2° [superior]) como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales; y en particular, con los objetivos de la función administrativa (art. 209 [superior]), la cual está al servicio del interés general. De igual manera, también se ha sostenido que la carrera administrativa asegura que aquellos que han ingresado a ella con sujeción al principio de mérito, cuentan “con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo” y con la posibilidad de obtener capacitación profesional, así como “los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados”, tal

como se desprende de los artículos 2º, 40, 13, 25, 53 y 54 de la Carta”66.

1. De manera unánime, la jurisprudencia constitucional ha hecho hincapié en la indiscutible relevancia del mérito y la carrera administrativa como pilar fundamental dentro del Estado Social de Derecho67. Esto es así en tanto garantiza68 (i) el óptimo funcionamiento en el servicio público, de acuerdo con los principios de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad, consagrados en el artículo 209 de la Con. Pol.; (ii) el derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, así como el principio de igualdad de trato y de oportunidad para quienes aspiran ingresar al servicio público; y (iii) los derechos subjetivos de los trabajadores al servicio del Estado.

1. La sentencia SU-067 de 2022 concluyó que el mérito es un principio constitucional de indiscutible importancia, que otorga sentido al postulado de la carrera administrativa. El concurso de méritos, por su parte, “es el mecanismo que permite evaluar, con garantías de objetividad e imparcialidad, la idoneidad y la competencia de los servidores públicos; por tal motivo, ha de ser utilizado, como regla general, al llevar a cabo la vinculación de los funcionarios al servicio público”.

1. De otro lado, debe citarse lo establecido en el artículo 40.7 de la Constitución, que regula una de las principales expresiones de los derechos de participación como lo es el control del poder político como posibilidad de acceder al ejercicio de cargos o de funciones públicas. La jurisprudencia constitucional ha establecido que el ingreso a la función pública configura un derecho fundamental, por cuanto la seguridad de su ejercicio concreto permite efectivizar el principio de participación política, sobre el cual descansa el sustento filosófico que orienta e inspira la Constitución71.

1. En efecto, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos integra un conjunto de derechos dispuestos en el artículo 40 de la Constitución para garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Se trata de un derecho político fundamental de aplicación inmediata, cuyo ejercicio debe ser protegido y facilitado por el Estado. Esta protección se concreta en facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, en la vida política y administrativa de la Nación. A su vez, constituye un fin esencial del Estado, en los términos de los artículos 2, 3 y 85 de la Constitución.

1. Por su parte, el artículo 23.1.c de la Convención Americana de Derechos Humanos indica que todos los ciudadanos deben gozar, en condiciones de igualdad, del derecho de acceso a las funciones públicas de su país. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado la existencia de un mandato para que las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de este derecho.

1. Para la Corte Constitucional, la protección, el respeto y el desarrollo por parte del Estado del derecho a acceder a los cargos públicos implica análisis distintos según el momento en el que se presenta su ejercicio. Por una parte, en el nivel abstracto (propio de los juicios de control de constitucionalidad), el debate gravita sobre las restricciones, las limitaciones o las condiciones de ingreso al ejercicio de la función pública y la verificación del cumplimiento de los requisitos de proporcionalidad, de razonabilidad y del respeto por su núcleo esencial72 (los fundamentos jurídicos 28 a 31 fueron tomados de la sentencia SU-261 de 2021).

Caso concreto

1. La accionante acudió a la tutela con la finalidad de que se le permitiera presentar la prueba de conocimientos dentro del Concurso de Méritos Abierto para los Municipios de 5ª y 6ª Categoría, identificado con el número de OPEC 134940 del sistema general de carrera

administrativa de la planta de personal de la Personería de Bugalagrande (Valle del Cauca) que se realizaría el 19 de diciembre de 2021 y para lo que se exigía la exhibición del carné o certificado digital de vacunación del Covid-19 para ingresar al lugar establecido para la presentación del examen. Lo que, a su juicio, vulneraba sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos.

1. Mediante decisión proferida el 16 de diciembre de 2021, el Juez Tercero Penal del Circuito de Tuluá tuteló los derechos invocados por la accionante y ordenó a la CNSC y a la ESAP que, en un término de 48 horas, estableciera un protocolo que le permitiera a la señora Islena presentar las pruebas dentro del citado concurso de méritos, sin la exigencia señalada en precedencia.

En la presente acción de tutela no se configuró una carencia actual de objeto

1. El 17 de diciembre de 2021, la CNSC informó al juzgado de instancia que no exigiría la presentación del carné de vacunas contra el Covid-19 para la presentación del examen que se llevaría a cabo en todo el país el 19 de diciembre de 2021. Lo anterior, para dar cumplimiento a lo ordenado: (i) el 16 de diciembre de 2021 por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de la Mesa (Cundinamarca), incoada por Juan Miguel Rodríguez Díaz; (ii) el 16 de diciembre por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá dentro de la tutela promovida por Islena Marín Castaño; y (iii) por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda (Subsección A) en la acción de amparo interpuesta por Ximena Muñoz Moreno.

1. En ese mismo sentido, el 10 de noviembre de 2022 la accionante informó a la Corte que “no [l]e fue exigido el carné o certificado digital de vacunación para presentar la prueba el día 19 de diciembre de 2021, acatando así la CNSC lo ordenado por los jueces que fallaron la

acción de tutela instaurada por [ella] y por otro ciudadano que se encuentra en concurso en la convocatoria". Asimismo, remitió el pantallazo publicado por la CNSC en el que se dio a conocer a través de la web que no se exigiría la inoculación como requisito para presentar las pruebas mencionadas.

1. Así las cosas, si bien el objeto de protección (posibilidad de presentar las pruebas sin exigencia del carné de vacunación contra el Covid-19) desapareció, ya que la accionante pudo acudir a las mismas el 19 de diciembre de 2021, sin que se le haya exigido el carné de vacunación ni documento semejante, la Corte debe precisar que dicho supuesto fáctico no podría enmarcarse en ninguna de las causales que configuran una carencia actual de objeto por las razones que pasan a explicarse a continuación:

a. No existe un hecho superado: ya que la eliminación del requisito objeto de controversia (carné de vacunas), si bien satisfizo la pretensión de la accionante; dicha decisión no fue producto de la voluntad de la CNSC ni de la ESAP.

a. No se configuró el daño consumado: toda vez que no se materializó la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, al acceso a cargos públicos y la libertad de conciencia de la accionante, pues fue ella misma quien dio a conocer que sí pudo presentar las pruebas llevadas a cabo dentro del Concurso de Méritos para los Municipios de 5ª y 6ª Categoría de la planta de personal de la Personería de Bugalagrande (Valle del Cauca).

a. No se dio una situación sobreviniente: ya que pese a que la vulneración cesó en cumplimiento de tres órdenes judiciales73, la CNSC reconoció que la eliminación de tal exigencia también se dio como consecuencia del pronunciamiento emitido por el Juez Tercero Penal del Circuito de Tuluá, que conoció la acción de tutela que se revisa. Al respecto, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte en aquellos casos en que una decisión

judicial puede generar un hecho sobreviniente, se requiere que esta “deba tratarse de una proferida en otro debate diferente al de la acción de tutela que se analiza”74.

1. Por lo tanto, la Sala estima que lo pretendido en la causa no se encuentra enmarcado en ninguna de las hipótesis anteriormente señaladas, toda vez que, la actuación desplegada por las autoridades accionadas (el retiro de la exigencia de presentación del carné o certificado digital de vacunación para la presentación de las pruebas escritas en el marco del concurso), tuvo lugar como resultado de lo ordenado por el Juez Promiscuo de Familia del Circuito de la Mesa Cundinamarca, así como el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá y la decisión del Consejo de Estado, en cuyas providencias se ampararon los derechos fundamentales de la aquí accionante. Decisiones proferidas el 16 de diciembre de 202175, desvirtuando así la posibilidad de decretar una carencia actual de objeto.

La presente acción de tutela cumple con los presupuestos de procedencia

1. La Sala encuentra cumplidos los presupuestos relativos a la legitimidad en la causa por activa, por pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad, por las siguientes razones:

Legitimación en la causa por pasiva: cumplido. La CNSC y la ESAP fueron las entidades encargadas de llevar a cabo el concurso de méritos al que se presentó la accionante para proveer la vacante de secretaria a la que se postuló.

Inmediatez: cumple. La accionante conoció del protocolo que le exigía la presentación del carné de vacunas para acceder a la presentación de la prueba de conocimiento el 8 de diciembre de 2021 y radicó la acción de amparo el 14 de diciembre de 2021. Es decir, se

tardó 6 días para activar la jurisdicción constitucional.

Subsidiariedad: superado. En principio, si bien la Corte ha considerado que la acción de tutela no procede cuando a través de su uso se pretendan atacar decisiones proferidas por la administración en el marco de un concurso de méritos, ya que el legislador estableció mecanismos especiales en uso de los cuales el juez de lo contencioso administrativo estaría llamado a conocer de esos asuntos, también lo es que existen determinadas situaciones particulares en las que se advierte que ese mecanismo no resulta eficaz ni idóneo, como sucede en el caso bajo estudio.

Lo anterior, toda vez que entre la publicación de los requisitos de bioseguridad necesarios para la presentación de las pruebas escritas (8 de diciembre de 2021) y la fecha del examen (19 de diciembre) transcurrían tan solo 11 días, plazo que resulta demasiado corto y que justifica la intervención extraordinaria del juez constitucional. De no ser así, ante la vigencia de la exigencia la accionante se hubiera enfrentado a la carga de vacunarse o a la imposibilidad de presentar el examen, perdiendo la expectativa de acceder a un cargo público a través de un concurso de méritos76.

Las entidades accionadas desconocieron los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al acceso a cargos públicos de la accionante al exigir la presentación del carné de vacunación para presentar la prueba de conocimiento del concurso realizado para municipios de 5ª y 6ª categoría

1. La Corte encuentra que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá acertó en la decisión adoptada dentro del presente asunto al proteger los derechos fundamentales de la señora Marín Castaño, al considerar que la medida impuesta por la ESAP resultaba “desproporcionada frente a los derechos de la accionante y de todos aquellos que incluso por razones médicas, no p[odían] ponerse la vacuna antes de la fecha de presentación del

examen”.

1. El presente caso no se diferencia, en nada esencial, al decidido en la sentencia T-337 de 2022 (expediente T-8.572.775 AC). En esa oportunidad la Corte señaló que la decisión de la CNSC y la ESAP desconocía el derecho a la igualdad de una persona que se negaba a presentar el certificado de vacunación. Advirtió la Corte que, “al momento de regular lo relativo a la aplicación de unas pruebas escritas para acceder al servicio público, la CNSC optó por crear un privilegio en favor de quienes se hubiesen vacunado contra el Covid-19: el consistente en que sólo ellos podrían participar dentro del concurso de méritos. Quienes, por el contrario, no se hubiesen vacunado quedarían excluidos de éste porque, supuestamente, encarnaban un riesgo para la salud de quienes participaran dentro del concurso”. Bajo esa perspectiva, la Corte reitera en esta oportunidad la regla de decisión allí establecida. En consecuencia, tutelará el derecho a la igualdad.

1. No obstante, teniendo en cuenta la situación analizada es posible complementar la aproximación desarrollada en esa oportunidad, con otra que permite abordar el problema planteado desde la perspectiva de la libertad, garantizada por el artículo 16 de la Constitución de definir la realización de cualquier tratamiento sanitario. En esa dirección, como se indicó al formular el problema jurídico la Corte establecerá si se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al acceso a cargos públicos de una persona a la que se impone la carga de vacunarse contra el Covid-19 como condición para presentar las pruebas de conocimiento dentro de un concurso de méritos ofertado para una entidad pública.

1. La carga de presentar el certificado de vacunación como condición de participación en la evaluación del concurso de méritos implica una restricción significativa del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y del derecho a acceder a cargos públicos (art. 40). El primero confiere a las personas la facultad para decidir la realización de cualquier intervención corporal, incluso cuando ella tiene por objeto medidas sanitarias. El segundo

implica la posibilidad de las personas de participar en los procesos de selección de los servidores públicos que se vincularan a las entidades del Estado.

1. La medida analizada le imponía a la accionante un dilema complejo que compromete la realización de tales derechos. En efecto si debido a la desconfianza que siente por las vacunas existentes decidía no vacunarse77, se enfrentaría a la imposibilidad de participar en el concurso de méritos afectando con ello el derecho reconocido en el artículo 40 de la Constitución. A su vez, si a efectos de participar en el concurso tuviera que aplicarse la vacuna se limitaría significativamente la posibilidad de decidir libremente las intervenciones en su cuerpo en materia de tratamientos relativos a la propia salud.

1. La complejidad del dilema, que impondría a la accionante la carga de elegir entre el ejercicio de dos derechos constitucionales, sugiere que el examen de proporcionalidad aplicable debe desarrollarse de conformidad con el estándar propio del juicio de intensidad estricta anteriormente referido -supra f.j. 21-. En efecto, la difícil decisión que debería tomar la accionante puede considerarse una afectación del goce de un derecho constitucional fundamental en tanto implica una interferencia en las posiciones jurídicas más significativas adscritas a los derechos antes referidos, en especial al libre desarrollo de la personalidad. Conforme a lo anterior la Corte debe preguntarse si la medida persigue un fin constitucionalmente imperioso, es efectivamente conducente y necesaria para alcanzarlo y, de ser el caso, si puede considerarse proporcionada en sentido estricto.

1. A la medida pueden adscribirse varias finalidades. De una parte, la sentencia T-337 de 2022 indicó que con ella (i) se pretendía reducir la transmisión del virus. A su vez, de otra parte, la sala encuentra que (ii) tiene por objeto también reducir algunos de los efectos más graves del virus en la salud de las personas y, bajo esa perspectiva, controlar el impacto en el sistema de salud. Estos objetivos encuentran fundamento en el deber de toda persona de procurar el cuidado de la salud de su comunidad (49, inciso quinto), en la protección del interés general (art. 1) y en la obligación estatal de asegurar la prestación de los servicios de

salud en condiciones de eficiencia78 y universalidad79 (art. 49, inciso segundo). Para la Corte, tales objetivos son imperiosos en tanto la efectiva prestación de los servicios de salud, en situaciones de pandemia, resulta inaplazable y urgente. Bajo esa perspectiva y desde una perspectiva constitucional, es necesario controlar las presiones que ponen en riesgo el acceso de todas las personas al sistema.

1. La carga de acreditar la vacunación es además efectivamente conducente para alcanzar la primera de tales finalidades según ello fue reconocido en la sentencia T-337 de 2022. En adición a ello, la Corte advierte que también lo es respecto del segundo objetivo dado que, a pesar de que se han presentado discrepancias sobre el grado de eficacia de la vacuna, puede afirmarse que las autoridades gubernamentales nacionales e internacionales, así como organizaciones científicas privadas, han señalado que tiene la aptitud de reducir los efectos más graves en la salud de las personas contagiadas.

1. La OMS indicó que existen al menos siete medidas que ayudan a prevenir la infección y frenar la transmisión del Covid-19. Además de la vacunación se encuentran en esa dirección a) mantenerse al menos a un metro de distancia de las demás personas; b) utilizar una mascarilla bien ajustada cuando no sea posible el distanciamiento físico o cuando se encuentre en lugares mal ventilados; c) elegir espacios abiertos y bien ventilados en lugar de los cerrados, abriendo una ventana si está en el interior; d) lavarse las manos regularmente con agua y jabón o limpiarlas con un desinfectante de manos a base de alcohol; e) cubrir la boca y la nariz al toser o estornudar; y f) quedarse en casa en caso de sentirse mal81. Bajo esa perspectiva, un adecuado plan de vacunación hace posible disminuir las dificultades de acceder a los servicios de salud por parte de un mayor número de personas (eficiencia y universalidad) dado que, puede afirmarse, puede reducir los índices de ocupación de las diferentes instituciones de salud.

1. A pesar de lo anterior, la Corte encuentra que la medida no resultaba necesaria en el caso que ahora estudia. Si bien la misma se ha considerado apta para disipar los efectos del virus, lo cierto es que se integra a un conjunto de acciones más amplio encaminado a ese propósito y cuya articulación debe considerarse en cada caso.

1. La administración estatal de la pandemia les imponía a las autoridades el deber no solo de adoptar medidas técnicas adecuadas sino de asegurarse su debida articulación con los derechos fundamentales. Bajo esa perspectiva si al desarrollar las estrategias existentes era posible introducir variaciones que contribuyeran a la optimización de los derechos era su deber proceder en esa dirección. Para la Corte, una combinación adecuada de los mecanismos antes referidos permitía, en una situación como la que ha originado la acción de tutela, alcanzar el mismo propósito afectando en menor grado los derechos de la accionante. Así las cosas, puede decirse que los organizadores del concurso tenían a su disposición el empleo de medidas que hacían posible reducir -en una medida equivalente- los riesgos de contagio.

1. Para la Sala una adecuada planeación de las pruebas y de organización de los espacios hacían posible, por ejemplo, (i) mantener a los participantes al menos a un metro de distancia entre ellos; (ii) exigir el uso de una mascarilla bien ajustada en caso de que no fuera posible el distanciamiento físico o se tratara de un lugar mal ventilado; (iii) de ser un lugar cerrado, abrir las ventanas; (iv) exigir el lavado frecuente de manos con agua y jabón o limpiarlas con un desinfectante a base de alcohol.

1. Así, ante la ausencia de necesidad de la medida, para este caso concreto la Sala se relevará de aplicar el paso de proporcionalidad en sentido estricto en tanto no se requiere ponderar si la restricción a los derechos fundamentales resultaba desproporcionada.

1. Encuentra entonces la Corte que la obligación de acreditar la vacunación resulta

inconstitucional en este caso dado que vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho al acceso a cargos públicos. En efecto, si bien ella persigue una finalidad imperiosa y es efectivamente conducente para alcanzarla, existen instrumentos alternativos que adecuadamente articulados permite alcanzar el mismo propósito sin afectar tan gravemente los derechos de la accionante.

Síntesis de la decisión

1. La señora Islena Marín Castaño presentó una acción de tutela en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la libertad de conciencia y al acceso a cargos públicos.

1. El Juez Tercero Penal del Circuito de Tuluá, en decisión de única instancia, protegió los derechos invocados y consideró que la medida impuesta por la ESAP resultaba ser "desproporcionada frente a los derechos de la accionante y de todos aquellos que incluso por razones médicas, no p[odían] ponerse la vacuna antes de la fecha de presentación del examen".

1. Superado el análisis de procedencia, la Sala resolvió el siguiente problema jurídico ¿se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al acceso a cargos públicos de una persona al exigirle vacunarse contra el Covid-19 como condición para presentar las pruebas de conocimiento dentro de un concurso de méritos ofertado para una entidad pública?

1. La Corte consideró que en el presente asunto no se configuró una carencia actual de

objeto pues si bien la accionante presentó la prueba sin la exigencia de vacunarse, esto fue consecuencia del fallo de instancia.

1. Para resolver el caso concreto, la Sala aplicó el test de proporcionalidad con el estándar propio del juicio de intensidad estricta. Pues la exigencia realizada a la accionante de exhibir el carné de vacunas para poder presentar la prueba de conocimiento dentro del concurso de méritos convocado para los municipios de 5ª y 6ª categoría para la Personería de Bugalagrande implicó una restricción significativa del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a acceder a cargos públicos. Situación que puso en un dilema complejo a la señora Marín Castaño, quien debía adoptar la decisión de vacunarse o perder la posibilidad de continuar participando en el referido concurso.

1. En primer lugar, la Corte consideró que el fin de la medida era imperioso, en tanto era necesario asegurar la prestación de los servicios de salud en época de pandemia y controlar las presiones que ponían en riesgo el acceso de todas las personas al sistema de salud.

1. En segundo lugar, concluyó que la medida era conducente para lograr disminuir la transmisión del Covid-19, así como reducir algunos de los efectos más graves del virus en la salud de las personas y controlar el impacto en el sistema de salud.

1. Sin embargo, la medida no resultaba ser necesaria, ya que podían haberse combinado de forma adecuada los mecanismos establecidos para la reducción del contagio, como eran mantenerse (i) al menos a un metro de distancia de las demás personas; (ii) utilizar una mascarilla bien ajustada en caso de que no fuera posible mantener el distanciamiento físico o se tratará de lugares mal ventilados; (iii) abrir una ventana si se trata de un sitio cerrado; y (iv) lavarse las manos regularmente con agua y jabón o limpiarlas con un desinfectante de manos a base de alcohol; hubiesen permitido alcanzar el mismo propósito afectando en menor grado los derechos de la accionante. En ese sentido, las accionadas pudieron emplear

medidas que permitían disminuir -en una medida equivalente- los riesgos de contagio. Por lo tanto, la Corte concluyó que la obligación de acreditar la vacunación era inconstitucional en este caso, por vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el acceso a cargos públicos.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá (Valle del Cauca) el 16 de diciembre de 2021, dentro del expediente T-8.615.602 y en el que aparece como accionante Islena Marín Castaño.

Segundo. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Diploma de bachiller y experiencia relacionada de 25 meses.

2 “Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID – 19, y el mantenimiento del orden público”.

3 Expediente digital, archivo 05ActaDeReparto.pdf.

4 “Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en la modalidad Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la PERSONERÍA MUNICIPAL DE BUGALAGRANDE – VALLE DEL CAUCA, Proceso de selección No. 2070 de 2021 – Municipios de 5a y 6a Categoría”.

5 Sobre el punto transcribió el artículo 7 del Acuerdo N.° 1180 de 2021 que establece los requisitos generales y las causales de exclusión para el proceso de selección de la referencia.

6 https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/Vacunacion/Paginas/Vacunacion-covid19.aspx, documento denominado Abecé – Plan Nacional de Vacunación contra el COVID-19

8 Sobre la objeción de conciencia refirió unos apartes de las sentencias SU-108 de 2016 y C-370 de 2019.

9 Expediente digital, archivo 07AutoAdmisorio2021118.pdf

10 Al trámite fueron vinculados: el Ministerio de Salud, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Comercio, el Departamento Administrativo de la Función Pública, la Secretaría de Salud Municipal de Tuluá, la Secretaría de Salud Municipal de Bugalagrande, la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca y las personas inscritas en el proceso de selección N°. 2070 DE 2021 – municipios de 5ª Y 6ª categoría.

11 Escrito del 15 de diciembre de 2021, suscrito por Armando López Cortés. Expediente digital, archivo 14RtaDAFP.pdf

12 “Por la cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público”.

13 ibídem.

14 Escrito del 15 de diciembre de 2021 suscrito por Elsa Victoria Alarcón Muñoz. Expediente digital, archivo16RtaMinSalud.pdf

15 Escrito del 15 de diciembre de 2021, suscrito por Lucía Margarita Soriano Espinel. Expediente digital, archivo 32RtaMinInterior.pdf

16 Escrito del 15 de diciembre de 2021, suscrito por Víctor Hugo Gallego Cruz. Expediente digital, archivo 19RtaCnsc.pdf

17 Escrito del 15 de diciembre de 2021, suscrito por Yoladis Rangel Sosa. Expediente digital, archivo 22RtaEsap.pdf

18 Escrito del 15 de diciembre de 2021, suscrito por Jairo Raffan Mosquera. Expediente digital, archivo 28RtaSecretariaSaludValle.pdf

19 Escrito del 16 de diciembre de 2021, suscrito por John Jairo Aguirre Castaño. Expediente digital, archivo 37RtaSecretariaSaludTulua.PDF

20 Escrito del 15 de diciembre de 2021. Expediente digital, archivo 11InformeAccionante.pdf

21 Escrito del 21 de diciembre de 2021 suscrito por Yoladys Rangel Sosa. Expediente digital, archivo 50Anexo05CumplimientoEsap.pdf

22 Precisó que las medidas a cargo de los aspirantes consistieron en “1. Reportar de manera inmediata si presenta[ban] síntomas de gripa, tos seca, fiebre mayor o igual a 38°C o dificultad respiratoria. 2. No asistir a las pruebas escritas si se encontra[ban] en estado positivo de infección para SARS-COVID 19. 3. Observar las medidas de autocuidado, evitando el contacto físico con terceros. 4. Acatar las órdenes dadas por el personal logístico durante el desarrollo de la jornada de aplicación de pruebas. 5. Presentarse al sitio de aplicación con el tapabocas puesto, cubriendo boca y nariz; usarlo de manera permanente y obligatoria

durante toda la jornada de aplicación de pruebas. En caso de requerir otro, debe[rían] informarlo al equipo de la ESAP para que le fuese suministrado. 6. Seguir las indicaciones de las autoridades locales respecto a la movilidad y acceso a lugares públicos. 7. Estar al tanto de la normatividad local de la ciudad de aplicación referente a protocolos de bioseguridad específicos del territorio".

23 Escrito de fecha 17 de diciembre de 2021, suscrito por Víctor Hugo Gallego Cruz. Expediente digital, archivo 53CumplimientoCnsc.pdf

24 Indicó que el comunicado se encuentra visualizado en la página web, a través del siguiente link: https://historico.cnsc.gov.co/index.php/avisos-informativos-municipios-de-5ta-y-6ta-categoria

25 Expediente digital, archivo 01EscritoTutela2021118.pdf, Folio 15

26 Expediente digital, archivo 01EscritoTutela2021118.pdf, folio 16

27Expediente digital, archivo 02Anexo01EscritoTutela2021118.pdf

28 "Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en la modalidad de Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Personería Municipal de Bugalagrande– Valle del Cauca, Proceso de Selección No. 2070 de 2021 – Municipios de 5ª y 6ª Categoría". Expediente digital, archivo 03Anexo02EscritoTutela2021118.pdf

29 Información consignada en el Auto del 27 de septiembre de 2022.

30 El 31 de mayo de 2022 la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger presentó un escrito de insistencia sobre el expediente T-8.615.602, para que fuera revisado por la Corte Constitucional. Información consignada en el Auto del 27 de septiembre de 2022.

32 Notificado por medio del oficio OPT-C-377/22 del 3 de noviembre de 2022.

33 El 10 de noviembre de 2022.

34 El 15 de noviembre de 2022.

35 El 15 de noviembre de 2022.

36 Acápite tomado de la sentencia T-455 de 2021.

37 Sentencias T-467 de 2020 y SU- 522 de 2019.

38 SU-522 de 2019.

39 Id.

40 “Por ejemplo, cuando es el afiliado quien, al evidenciar la excesiva demora en el suministro del medicamento que solicitó vía tutela, decide asumir su costo y procurárselos por sus propios medios. Sentencia T-481 de 2016 (…). Son también los casos en los que las accionantes, ante las trabas y demoras injustificadas, deciden practicarse la interrupción voluntaria al embarazo, en establecimientos particulares (Ver T-585 de 2010 (…) y T-988 de 2007 (…)”. Cita de la sentencia SU-522 de 2019. También ocurre cuando se solicita el amparo del derecho a la educación de un menor para ser matriculado en una institución educativa, pero sus progenitores deciden voluntariamente matricularlo en otro establecimiento distinto. Sentencia T-431 de 2019

41 “En Sentencia T-025 de 2019 (…), un inmigrante venezolano, portador de VIH, solicitó a la Secretaría de Salud de Santa Marta entrega de unos medicamentos indispensables para el tratamiento de su enfermedad. En el trascurso del proceso de tutela, el accionante logró regularizar su situación en el país y acceder al régimen contributivo en salud. Fue entonces EPS Sanitas la que hizo entrega de los medicamentos solicitados inicialmente en la tutela (…)”. Cita de la sentencia SU-522 de 2019. También, en sentencia T-419 de 2017 la accionante pretendía que se suspendiera o revocara una decisión que había ordenado el traslado laboral de su esposo a un lugar diferente del lugar donde residía con su familia. Sin embargo, la Corte consideró que se había presentado una situación sobreviniente que modificó los hechos, por cuanto en sede de revisión se conoció que el esposo de la accionante había renunciado. En consecuencia, señaló la Corte que había desaparecido el objeto de la pretensión solicita en la tutela y por tanto se podía inferir razonadamente que la actora había perdido todo el interés en la satisfacción de su pretensión.

42 “Son casos relacionados, por lo general, con el fallecimiento del accionante. En Sentencia T-401 de 2018 (…), la Sala conoció una demanda para que se reconociera la pensión de invalidez. Sin embargo, en sede de revisión se constató el fallecimiento del demandante, “circunstancia que no necesariamente puede endilgarse a las actuaciones desplegadas por las entidades demandadas, y que imposibilita conceder el amparo solicitado”. Ver también T-038 de 2019 (…)”. Cita de la sentencia SU-522 de 2019.

43 En Sentencia T-200 de 2013 (…), la Sala evidenció que “como consecuencia del trámite de su pensión de invalidez, desaparece el interés en lo pretendido mediante la tutela relativo a que se ordene nuevamente su traslado como docente al municipio de Arjona o a uno cercano a la ciudad de Cartagena, y por ende cualquier orden emitida en este sentido por la Corte caería al vacío”. Ver también T-319 de 2017 (…)”. Cita de la sentencia SU-522 de 2019.

44 SU-522 de 2019.

45 Sobre el punto la Corte ha señalado que los casos en que una decisión judicial puede llegar a generar el hecho sobreviniente se caracterizan porque la providencia obedece a otro debate diferente al de la acción de tutela que se analiza. T-364 de 2019.

46 Sentencia T-412 de 2020.

47 Id.

48 Sentencia SU-522 de 2019.

49 Id.

50 Id.

51 SARS-CoV-2

52 Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus Covid-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus.

53 El cual fue demandado ante el Consejo de Estado en Acción de nulidad y Restablecimiento del Derecho y en el que aún no se ha emitido decisión de fondo. Rad.

11001-03-24-000-2021-00686-00 AC.

54 Las personas mayores de dieciocho (18) años debían presentarlo a partir del dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021); las mayores de doce (12) años, pero menores de dieciocho (18), a partir del treinta (30) de ese mismo mes y año. Las personas menores de doce años (12) quedaron exceptuadas de esa medida.

55 Acto administrativo que fue demandado ante el Consejo de Estado en Acción de nulidad y Restablecimiento del Derecho y en el que aún no se ha emitido decisión de fondo. Rad. 11001-03-24-000-2021-00884-00 AC.

56 Cfr., artículo 1º del Decreto 1615 de 2021.

57 Parágrafo 2º del artículo 6º del Decreto número 655 de 2022.

58 Este acápite tiene fundamento normativo y jurisprudencial en la sentencia SU-109 de 2022.

59 Sentencia SU-642 de 1998. Ver también las sentencias C-373 de 2002 y T-122 de 2019.

60 Sentencia C-141 de 2018

61 Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de restricciones a la libertad pueden consultarse, entre otras las sentencias T-067 de 1998, SU-642 de 1998, y C-355 de 2003. En similar sentido, en la sentencia C-373 de 2002 y reiteradas en la SU-109 de 2022.

62 Sentencia SU-109 de 2022 que reiteró la C-387 de 2014. Asimismo, ver las sentencias C-373 de 2002, C-309 de 1997 y T-532 de 1992.

63 “SU-337 de 1999”.

64 La sentencia SU-539 de 2012 resumió, en los siguientes términos, las reglas que se incorporan en el artículo 125 superior: “(i) los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; (ii) se exceptúan de ellos los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; (iii) para el caso en que ni la Constitución ni la Ley haya fijado el sistema de nombramiento,

éste se realizará mediante concurso público; (iv) el ingreso y el ascenso en los cargos de carrera, se harán previo cumplimiento de los requisitos que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y, (v) en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrán determinar su nombramiento, ascenso o remoción en un empleo de carrera".

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

66 Sentencia C-371 de 2019."

67 Sentencia C-093 de 2020 que reiteró la C- 046 de 2018.

68 Sentencias C-093 de 2020 que reiteró la C- 1079 de 2002 y C- 046 de 2018.

69 Sentencia C-503 de 2020. Párrafo tomado de la sentencia SU-067 de 2022.

70 Sentencia C-645 de 2017.

71 Sentencias SU-115 de 2019, C-393 de 2019, C-037 de 2017, C-408 de 2001 y C-537 de 1993.

72 Sentencias SU-115 de 2019 y SU-544 de 2001.

73 Proferidas por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de la Mesa Cundinamarca, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá y el Consejo de Estado.

74 Sentencia T-364 de 2019.

75 No se dio a conocer la fecha en la que se emitió la decisión por el Consejo de Estado.

76 Al respecto ver las sentencias SU-067 de 2022 que reiteró la T-227 y T-049 de 2019;

T-438 y T-160 de 2018; T-610 y T-551 de 2017.

77 Por cuanto las mismas fueron aprobadas en un estado de emergencia y no se tuvo el tiempo “suficiente para determinar sus riesgos y consecuencias”. Situación que se puede enmarcarse en el denominado principio de precaución que ha sido aplicado por la Corte en temas ambientales y de salud, por lo que también puede ser tenido en cuenta para casos como el que se analiza dado que se cumple con los siguientes elementos “(i) que exista peligro de daño, (ii) que éste sea grave e irreversible, (iii) que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta, (iv) que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente [o la salud humana] y (v) que el acto en que se adopte la decisión sea motivado”. Sentencia T-365 de 2017 que reiteró las Sentencia C-293 de 2002. Ver también C-339 de 2002 y C-071 de 2003.

78 La Corte estableció que la prestación eficiente del servicio de salud guarda estrecha relación con la razonabilidad de los trámites administrativos, de tal manera que no se impongan demoras excesivas que impidan o dificulten el acceso al servicio y no constituyan para el interesado una carga que no le corresponde asumir. Sentencia T-012 de 2020 que reiteró la T-531 de 2009.

79 Entendida como la cobertura que debe brindarse a todas las personas que habitan el territorio nacional, que debe darse de manera gradual y progresiva, dando mayor importancia a los recursos, sin que pudieran estos convertirse en un obstáculo para lograr esa meta en el menor tiempo posible. Auto 496 de 2022 que reiteró la sentencia T-130 de 2002.

80 https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/Vacunacion/Paginas/Vacunacion-covid-19.aspx

81 https://www.who.int/es/health-topics/coronavirus#tab=tab_2. Algunas de estas medidas también han sido establecidas por el MSPS https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/PET/Paginas/Covid.aspx.