

T-227-19

Sentencia T-227/19

DERECHOS DE EXMIEMBRO DE GRUPO AL MARGEN DE LA LEY EN EL MARCO DE CONCURSO DE MERITOS, QUIEN FUE EXCLUIDO EN PRUEBA DE POLIGRAFO

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE DERECHO DE PETICION-Procedencia de manera directa por ser derecho fundamental de aplicación inmediata

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MERITOS-Procedencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable

La Sala precisó que en la respuesta a la reclamación del actor, las accionadas debían considerar (i) que únicamente están sometidos a reserva las informaciones y documentos que expresamente tengan esta calidad de acuerdo con la Constitución o la Ley y que esta no es oponible al titular de la información (como ocurre con el resultado de la prueba de polígrafo), (ii) que no es constitucionalmente admisible excluir a un aspirante de un concurso de méritos por el solo hecho de haber pertenecido a un grupo al margen de la ley, cuandoquiera que hubiera suscrito un acuerdo de paz con el Gobierno, o cuando hubiese sido condenado por un delito político y (iii) que no puede excluirse a un aspirante con fundamento en requisitos médicos que no hubieren sido previstos en la convocatoria y que no sean proporcionales, razonables y necesarios

DERECHO DE PETICION ANTE PARTICULARES Y SU RELACION CON EL ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

DERECHO DE PETICION-Respuesta debe ser de fondo, oportuna, congruente y tener notificación efectiva

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Garantías mínimas

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Motivación del acto administrativo

En el asunto sub judice, la deficiente motivación del acto mediante el cual se calificó al

participante como no ajustado en una de carácter eliminatorio, se sumó a la ausencia de una respuesta de fondo ante su reclamación, todo lo cual generó una amenaza de su derecho a desempeñar cargos públicos. Posteriormente, al promover la correspondiente reclamación, tampoco le fue posible obtener información sobre los motivos por los cuales se calificó como no ajustada la prueba de polígrafo. En suma, ambas circunstancias generaron una situación de indefensión para el tutelante que, como se analizó previamente, le impidieron adelantar las acciones ordinarias correspondientes, por medio de las cuales podría haber atacado la decisión de excluirlo del concurso

DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Garantía

ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PUBLICOS-Mérito y proceso de selección

DERECHO A LA INFORMACION RESERVADA EN CONCURSO DE MERITOS-No opera para los directamente interesados

Para la Corte ha sido claro que cuando el retiro por inconveniencia o la exclusión de un concurso en cargos de carrera se produce como consecuencia de información de carácter reservado, debe entenderse que tal reserva no opera para los directamente interesados. Se trata de una reserva que sólo puede alegarse frente a terceros. El operador jurídico no sólo debe valorar que una norma de rango legal autorice la reserva del documento, sino cuáles derechos, principios y valores constitucionales están afectados con la restricción, ya que en algunas ocasiones deberán prevalecer los derechos, valores y principios que inspiran la confidencialidad de la información, y en otros, los que se le oponen. No podría, entonces, pretenderse que el juez, ante cual acude el aspirante para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, se encuentre imposibilitado para emitir un pronunciamiento respecto de la presunta vulneración alegada. Máxime, tomando en cuenta que la Ley 1437 de 2011 prevé ciertas excepciones para la oponibilidad de la reserva, dentro de las cuales se encuentra el ejercicio de las funciones de las autoridades judiciales.

Referencia: expediente T-7.112.500

Acción de tutela interpuesta por Harold Raúl Padilla Sepúlveda en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Medellín.

Magistrado ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de mayo del año dos mil diecinueve (2019).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Carlos Bernal Pulido, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela del 12 de abril de 2018, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., mediante el cual se confirmó la sentencia del Juzgado 15 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, que declaró improcedente la acción de amparo promovida por Harold Raúl Padilla Sepúlveda en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Medellín.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión mediante auto del 14 de diciembre de 2018, de la Sala de Selección Número Doce[1], con fundamento en el criterio objetivo “asunto novedoso” y el criterio subjetivo “necesidad de proteger un derecho fundamental”.

I. ANTECEDENTES

1. Harold Raúl Padilla Sepúlveda solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, trabajo y acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

1. Hechos probados

2. La Comisión Nacional del Servicio Civil adelantó la Convocatoria No. 428 de 2016[2], a fin de proveer las vacantes definitivas de 18 entidades del orden nacional mediante concurso de méritos, y contrató a la Universidad de Medellín para que

desarrollara el correspondiente proceso de selección[3].

3. Harold Raúl Padilla Sepúlveda participó en dicho concurso[4] para ocupar en propiedad el cargo que desempeñaba en provisionalidad desde el año 2016[5], como “Gestor Grado 12, Código T1 de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales -ITRC-”[6].

4. Tras superar las pruebas de competencias básicas y funcionales, y de competencias comportamentales[7], presentó la prueba de entrevista con polígrafo, el día 25 de junio de 2018[8].

5. El 31 de julio de 2018 se publicaron los resultados de la prueba de entrevista con polígrafo, la cual tenía carácter eliminatorio[9]. Dado que el concepto del evaluador respecto de Harold Raúl Padilla Sepúlveda fue no ajustado[10], quedó excluido del proceso de selección.

6. Contra esta decisión, el actor promovió una reclamación el 2 de agosto de 2018[11], en la que hizo un recuento de lo acaecido durante la prueba de entrevista con polígrafo. Lo anterior, a fin de demostrar que las razones por las que el evaluador lo había calificado como no ajustado, eran “arbitrarias” y “discriminatorias”.

6.1. En particular, señaló que cuando se le preguntó si había pertenecido a organizaciones al margen de la ley, o si había tenido relación con personas vinculadas a organizaciones de este tipo, afirmó que sí, porque entre los años 1980 y 1989 estuvo vinculado al M-19 y conoció a personas como Gustavo Petro, Antonio Navarro y Otty Patiño.

6.2. No obstante, le explicó al entrevistador que hacía 30 años el M-19 se había desmovilizado y sus miembros se habían reinsertado a la vida civil, fruto de unos acuerdos de paz, en desarrollo de los cuales se expidió una ley de amnistía que cobijaba a sus militantes. Por tanto, pese a haber sido condenado por un delito político “su vida laboral se había desarrollado en el ámbito público ocupando cargos como el de Director de la Oficina de Protección de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General y el de Senador de la República, cargo al cual, de acuerdo con la ley, no se puede acceder si se ha sido condenado por algún delito distinto al político”[12].

6.3. También indicó que el único elemento de juicio con que contó el evaluador para determinar su condición de salud había sido la información por él suministrada, de la cual no podía derivarse que esta le impidiera ocupar el cargo al cual aspiraba[13].

6.4. Adicionalmente, relató que tras culminar la prueba de entrevista con polígrafo, el evaluador le informó que en la “prueba de polígrafo propiamente dicha, el resultado había sido AJUSTADO, pero que, respecto de la entrevista a profundidad, en la cual él no definía los criterios de calificación, el resultado era NO AJUSTADO”[14]. Por esta razón solicitó de manera inmediata el resultado oficial de la prueba, en el cual pudo observar que era “AJUSTADO en todos y cada uno de los ítems de la entrevista cerrada y NO AJUSTADO en tres ítems de la entrevista a profundidad, los cuales eran: ANTECEDENTES JUDICIALES, VÍNCULO CON PERSONAS O GRUPO AL MÁRGEN DE LA LEY Y ASPECTOS DE SALUD”[15].

6.5. En virtud de lo anterior, su reclamación se orientó a evidenciar que el resultado no ajustado se había proferido con desconocimiento de los marcos normativos de inhabilidades en los casos de delitos políticos o culposos y la reintegración política de los excombatientes. Igualmente, que se habían incluido arbitrariamente unos requisitos de salud que no se encontraban establecidos en la convocatoria.

6.6. En síntesis, concluyó que se violaron sus derechos fundamentales a la igualdad, acceso a cargos públicos, trabajo y debido proceso y por ello solicitó que para la calificación de esta prueba se tuviera en cuenta el resultado AJUSTADO de la prueba de polígrafo propiamente dicha “y no el resultado de la entrevista a profundidad, en la que con criterios subjetivos y discriminatorios”[16] se le consideró no ajustado para aspirar al cargo de Gestor Grado 12.

6.7. Finalmente, adjuntó a su petición los siguientes documentos: (i) una certificación suscrita por José Otty Patiño Hormaza, en calidad de “vocero para el cumplimiento de los acuerdos de paz entre el Gobierno nacional y el desmovilizado Movimiento 19 de abril, M-19”, en la que se hizo constar que Harold Raúl Padilla Sepúlveda había estado vinculado al movimiento M-19 y que en razón a su militancia en este grupo realizó actividades conexas con rebelión y por lo cual pagó una pena de prisión[17]; (ii) una constancia suscrita por el Secretario General del Senado de la República en la que se señala que Harold Raúl Padilla Sepúlveda sirvió como senador entre el 7 de septiembre de 1999 y el 6 de

mayo de 2000[18]; (iii) un concepto médico[19] ocupacional del 17 de noviembre de 2017 en el que se lee que Harold Raúl Padilla Sepúlveda es apto para el cargo con recomendaciones[20] y que su examen periódico es satisfactorio con recomendaciones[21].

7. El 13 de agosto de 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Medellín emitieron la siguiente respuesta frente a esta reclamación:

[U]na vez revisada (sic) nuevamente el informe de la entrevista, se encontró como resultado final NO AJUSTADO. Dicho resultado es idéntico al publicado en el aplicativo web, por lo que no hay lugar a modificaciones.

CONCLUSIÓN

Por lo anteriormente expuesto se CONFIRMA el resultado publicado en el aplicativo SIMO, respecto de la prueba de Entrevista con Polígrafo aplicada en el marco de la convocatoria 428 de 2016[22].

8. El 17 de agosto de 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución 20182120119895, por medio de la cual se conformó la lista de elegibles del “empleo de carrera OPEC 56104, denominado Gestor, Código T1, Grado 12 del Sistema General de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Agencia General del Inspector General de Tributos, rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, ofertado a través de la Convocatoria No. 428” [23]. En esta lista no se incluyó al accionante.

2. Pretensiones y fundamentos de la acción

9. El 21 de agosto de 2018, Harold Raúl Padilla Sepúlveda promovió acción de tutela[24] en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Medellín. Consideró que se vulneraron sus derechos a la igualdad, acceso al desempeño de cargos

públicos y trabajo. Lo anterior, por cuanto no se respondió de fondo su reclamación y porque se decidió ratificar el concepto de no ajustado de la prueba de entrevista con polígrafo, a pesar de las irregularidades expuestas en dicha reclamación.

10. Además, tal como lo expuso en la reclamación administrativa, reiteró que la decisión de excluirlo del concurso por tener antecedentes penales y haberse relacionado con personas o grupos al margen de la ley resultaba discriminatoria y desconocía la normativa vigente sobre delitos políticos, así como los fundamentos legales y constitucionales de los procesos de reintegración política de los excombatientes.

11. En consecuencia, solicitó que se ordenara a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Universidad de Medellín que en el término de 48 horas revocaran la decisión por la cual establecieron que el resultado de su prueba de entrevista con polígrafo había sido no ajustado y en su lugar se asignara la calificación de ajustado, para que su nombre fuera incluido en la lista de elegibles para el cargo de Gestor Grado 12. Adicionalmente, pidió que se ordenara a dichas entidades suspender la Convocatoria 428 de 2016 en lo referente al cargo de Gestor Grado 12 de la ITRC.

12. Como medida provisional solicitó que se decretara la suspensión de términos de la firmeza de la lista de elegibles de la OPEC 56104, correspondiente al cargo denominado Gestor Grado 12, Código T1 de la Agencia ITRC.

3. Respuesta de las entidades accionadas

13. La Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales -ITRC- manifestó que la tutela debía declararse improcedente porque el accionante contaba con otros medios de defensa judicial. Por otro lado, señaló que dicha agencia no había desconocido los derechos fundamentales invocados, ya que las encargadas de desarrollar el concurso eran la CNSC y la Universidad de Medellín[25].

14. La Comisión Nacional del Servicio Civil consideró que la tutela debía declararse improcedente, pues no era el mecanismo idóneo para cuestionar la legalidad de los actos administrativos. Respecto de la prueba de polígrafo aplicada al actor, señaló que este no podía poner en entredicho la idoneidad de los profesionales que realizaron la prueba, porque se trataba de personas altamente calificadas. Igualmente advirtió que los resultados

de la misma “apoyaron la conclusión de que hubo reacciones significativas indicativas de falta de veracidad o de veracidad (sic) durante la entrevista”[26]. Por otro lado, destacó que el actor pudo presentar la reclamación en los mismos términos que lo hicieron los demás participantes y que frente a esta se profirió una respuesta amplia y suficiente, de manera que la tutela se tornaba improcedente. Finalmente, concluyó que no podía acceder a la pretensión del actor porque ello equivaldría a realizar la prueba del polígrafo de una manera distinta a la establecida en las reglas del concurso, lo cual desconocería los principios de mérito, igualdad, transparencia y objetividad que deben regir el mismo[27].

15. La Universidad de Medellín manifestó[28] que había sido cuidadosa en la verificación de los requisitos mínimos de los empleos a proveer y que el accionante tuvo una calificación de no ajustado en la prueba del polígrafo “por advertirse un alto nivel de engaño al momento de contestar las preguntas”[29]. Al respecto, explicó que los resultados de la prueba “apoyaron la conclusión de que hubo reacciones significativas indicativas de falta de veracidad o de veracidad [sic] durante la entrevista”[30] y que “frente a las respuestas proferidas se observó un promedio de 0.048 esto es en el estándar de -3 acreditando una alta reacción de engaño”[31]. Además, destacó que “el 31 de julio de 2018 se publicaron los resultados de dicha prueba a través de la página www.cnsc.gov.co, enlace SIMO y solo hasta este momento el accionante impetra acción de tutela cuando ya se encuentra en firme la lista de elegibles”[32]. Por otro lado, señaló que la tutela era improcedente porque con ella se pretendía demandar la validez de un acto administrativo que no era susceptible de ningún recurso, como lo era la respuesta a la reclamación.

4. Decisiones objeto de revisión

16. Mediante providencia del 03 de septiembre de 2018[33], el Juzgado 15 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela. Señaló que el actor no demostró que se le hubiera dado un trato diferente al de otra persona en sus mismas condiciones, ni que la empresa que la llevó a cabo careciera de los medios técnicos y profesionales requeridos. Al contrario, de manera especulativa, el accionante aseguró que se lo excluyó del concurso por haber pertenecido al M-19, pero las pruebas allegadas mostraban que el proceso de selección se había ajustado a las previsiones establecidas en la convocatoria 428 de 2016. Además, no podía pretender que las entidades accionadas se apartaran de lo estipulado en aquella en virtud de una acción

de tutela.

17. Esta autoridad judicial también resaltó que el accionante pudo efectuar la correspondiente reclamación en igualdad de condiciones frente al resto de los aspirantes, y que en la respuesta se indicaron los motivos por los cuales no había superado la prueba. Finalmente, destacó que el actor contaba con otros medios de defensa judicial, tales como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, dado que no se había demostrado la existencia de un perjuicio irremediable, la tutela se tornaba improcedente.

18. El actor impugnó la decisión. Señaló que no tuvo la intención de probar que se le había dado un tratamiento distinto al de los otros aspirantes, pues se trataba de pruebas confidenciales, de modo que era imposible conocer el trato o resultado de los demás. Por ello, explicó que el trato discriminatorio consistía en haber obtenido un resultado no ajustado, a partir de criterios sospechosos, relacionados con su vinculación al M-19. Aclaró que, por esta misma razón, el trato discriminatorio que pretendía evidenciar no tenía relación alguna con las condiciones técnicas o profesionales de la empresa que había realizado la prueba de polígrafo.

19. Adicionalmente, indicó que lejos de pretender que las entidades accionadas se apartaran de las reglas de la convocatoria, lo que esperaba es que estas se cumplieran. Afirmó que la calificación de no ajustado, como consecuencia de su situación de salud, no era posible derivarla de las reglas de la convocatoria, además de que la valoración de tales circunstancias (de salud) se había realizado por una persona que no tenía ni la competencia ni el respaldo legal para hacerlo y sin ningún fundamento científico, máxime tomando en consideración que en el concepto de medicina ocupacional se había concluido que sí era apto para ocupar el cargo.

20. En relación con la respuesta emitida por las autoridades accionadas frente a su reclamación, destacó que no era cierto que hubieran señalado los motivos por los cuales no había superado la prueba de polígrafo. De hecho, fue la ausencia de una respuesta lo que lo motivó a interponer la acción de tutela, con el fin de que se amparara su derecho al debido proceso.

21. Finalmente, manifestó que la tutela sí era procedente, pues se le estaba causando un perjuicio irremediable. Al respecto, resaltó que el cargo para el cual estaba

concurando representaba la única fuente de ingresos de su familia y que este perjuicio se materializaría cuando se lo separara del cargo para nombrar a la persona que había quedado en la lista de elegibles, de la cual se le había excluido de manera ilegal.

22. El 12 de octubre de 2018, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la decisión impugnada. Concluyó que no existían razones para deslegitimar la prueba de polígrafo aplicada al accionante. En este sentido indicó:

Aunque aquel se ha esforzado por poner de presente que en ella existió un trato discriminatorio, en razón a su pertenencia al M-19, esto solo obedece a un punto de vista de aquel, ya que no existen medios de convicción que den cuenta de tal situación la prueba fue aplicada por una empresa idónea para su elaboración, su personal estaba capacitado para realizarla y el resultado que obtuvo estuvo precedido de protocolos estandarizados que daban cuenta que -el resultado- fue objetivo y no subjetivo como lo quiere hacer ver el recurrente[34].

23. De otra parte, la Sala advirtió que no se probó que existiera un trato discriminatorio y que, al contrario, si se accediera a las pretensiones del actor, se violaría el derecho a la igualdad de los demás participantes, quienes superaron satisfactoriamente la prueba de polígrafo y quedaron incluidos en la lista de elegibles, acto administrativo que podía ser debatido por el actor en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

5. Actuaciones en sede de revisión

5.1. Pruebas decretadas en sede de revisión y documentos allegados

24. Mediante auto del 13 de febrero de 2018[35], el despacho del magistrado sustanciador dispuso:

PRIMERO. Por medio de la Secretaría General, REQUERIR a la Universidad de Medellín y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que en el término de tres (3) días hábiles contabilizados a partir del recibo de la respectiva comunicación, envíen con destino a este despacho los documentos que tengan directa relación con el proceso de selección del aspirante Harold Raúl Padilla Sepúlveda, al cargo de Gestor Grado 12 Código T1 OPEC

56104 de la Convocatoria 428 de 2016. En particular, todos aquellos que den cuenta de la prueba de polígrafo aplicada al accionante y las grabaciones de la misma, así como los documentos elaborados por quien aplicó esta prueba y emitió los resultados de ajustado o no ajustado, que tengan relación con el proceso de selección del señor Padilla Sepúlveda al cargo de Gestor Grado 12 Código T1 OPEC 56104. Adicionalmente, deben remitir las reclamaciones o solicitudes elevadas por el accionante en razón al mencionado proceso de selección, así como las correspondientes respuestas emitidas.

En caso de que las entidades accionadas consideren que dichos documentos tienen carácter reservado, así deben informarlo al momento de remitir la documentación requerida.

SEGUNDO. Una vez se reciba esta información, el Despacho procederá a valorar si existen documentos que tengan carácter de reservado, en cuyo caso, se conformará un cuaderno separado, el cual no será sometido al trámite de traslado previsto en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015 y tampoco podrá ser objeto de consulta ni copia [...] [36].

25. El 19 de febrero de 2019, la apoderada del accionante, Olga Lucía Arango Álvarez, allegó varios documentos, que consideraba podían ser útiles “para un mejor proveer del despacho” [37].

26. El 12 de abril de 2019, la mencionada apoderada informó que, por orden de un juez de tutela, la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales debía nombrar en periodo de prueba a uno de los integrantes de la lista de elegibles en el cargo que ocupaba su representado en provisionalidad. En consecuencia, solicitó que se suspendiera dicho nombramiento. Respecto de esta petición la Sala aclara, desde ya, que no es posible emitir pronunciamiento alguno, pues se radicó con posterioridad al 18 de marzo de 2019, fecha en la que se registró el proyecto de fallo.

5.2. Respuestas allegadas por las entidades

27. El 21 de febrero de 2019, las entidades accionadas allegaron las pruebas requeridas [38]. Dado que manifestaron que la información remitida era reservada y el artículo 31 [39] de la ley 909 de 2004 [40] dispone que las pruebas aplicadas en los procesos de selección tienen este carácter, el 28 de febrero de 2019 el despacho del magistrado

sustanciador profirió un auto mediante el cual resolvió:

PRIMERO. No poner a disposición de las partes el cuaderno reservado que contiene los documentos remitidos por la Universidad de Medellín y la Comisión Nacional del Servicio Civil, el cual permanecerá en poder del Despacho hasta tanto finalice el trámite de revisión, momento en el cual, se ordenará que dichos documentos se devuelvan a las entidades que los enviaron.

SEGUNDO. Dispóngase por Secretaría General el traslado de los documentos allegados por la abogada de Harold Raúl Padilla Sepúlveda, el 19 de febrero de 2019, por un término de tres (3) días, para que las partes y terceros con interés legítimo se pronuncien en relación con estos. Lo anterior, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, Reglamento Interno de la Corte Constitucional.[41]

28. Durante el término de traslado no se recibió pronunciamiento alguno de las partes o terceros con interés legítimo.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

29. Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo previsto por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, por los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en virtud del auto del 14 de diciembre de 2018, de la Sala de Selección Número Doce de esta Corte, que decidió seleccionar el presente asunto para su revisión.

2. Delimitación del caso y valoración de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

30. La acción de tutela es un mecanismo judicial de protección inmediato, oportuno y adecuado para las garantías fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración. De lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 se ha considerado que son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de (i) legitimación en la causa, (ii) un ejercicio oportuno (inmediatez) y (iii) un ejercicio subsidiario.

31. Las entidades accionadas, así como los jueces de instancia, consideraron que la presente acción de tutela era improcedente pues no se superaba el requisito de subsidiariedad. Esto, por cuanto existían otros mecanismos de defensa judicial, en particular, porque el actor tenía la posibilidad de acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

32. Sin embargo, los hechos expuestos por el actor generan duda sobre la posibilidad real que habría tenido de acudir al juez contencioso. Lo anterior, por cuanto, según señaló el tutelante, pese a haber promovido una reclamación en la que planteaba una serie de inquietudes relacionadas con las razones por las cuales su prueba de polígrafo había sido calificada como no ajustada, las entidades accionadas emitieron una respuesta proforma que no arrojaba información alguna sobre sus cuestionamientos. Además, resaltó que fue, precisamente, esa falta de respuesta de fondo y la ratificación del concepto de no ajustado, lo que lo motivó a presentar la acción de tutela. Al respecto sostuvo:

“Como se hace evidente, esta es una respuesta proforma que no se corresponde en lo más mínimo con el sentido del reclamo presentado, no contesta de ninguna manera los cuestionamientos a las irregularidades cometidas en la aplicación de los criterios de calificación ni mucho menos las denuncias por discriminación y violación de los derechos a la igualdad, al acceso a cargos públicos y al trabajo, que presenté en mi reclamación.

10. La falta de una respuesta de fondo por parte de la Universidad de Medellín y la CNSC y la ratificación del concepto de NO AJUSTADO con el cual se me EXCLUYE DEL CONCURSO, violando así mi derecho a la igualdad, al debido proceso y poniendo en peligro mi derecho al trabajo, me obligan a interponer esta acción de tutela para solicitar el cumplimiento de la ley por parte de los accionados y la protección de mis derechos”[42].

33. En consecuencia, la Sala concluye que el presente asunto versa principalmente sobre (i) la presunta discriminación de la que habría sido objeto el actor por haber pertenecido al M-19, la cual habría generado que se le excluyera de un concurso de méritos tras haber sido calificado como no ajustado en la prueba de polígrafo y (ii) la ausencia de una respuesta de fondo por parte de las entidades accionadas frente a la reclamación que promovió el accionante, en la que expuso las razones por las cuales el resultado de dicha prueba debía ser el de ajustado, lo cual habría obligado al actor a acudir a la acción de

tutela.

34. A continuación, y una vez se analicen los requisitos de legitimación e inmediatez, la Sala se ocupará de resolver el segundo de los asuntos planteados, a fin de determinar si se supera el requisito de subsidiariedad. Lo anterior, porque en caso de que fuere cierto que las entidades accionadas no hubieren emitido una respuesta de fondo, sería posible considerar que aquellas habrían privado al actor de contar con los elementos necesarios para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

35. En caso de que se supere el análisis de procedibilidad de la acción de tutela, la Sala evaluará los elementos de juicio allegados a la actuación a fin de definir si se desconocieron los derechos de petición, acceso a la administración de justicia, debido proceso, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos e igualdad.

2.1. Legitimación en la causa

36. En el presente caso se satisface el requisito de legitimación en la causa por activa por parte de Harold Padilla Sepúlveda. En primer lugar, porque es la persona que presuntamente fue discriminada en la prueba del polígrafo que presentó al interior de un concurso público en el que participaba para ocupar en propiedad un cargo en la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales. Además, porque fue la persona a quien, presuntamente, se le privó de una respuesta de fondo a su reclamación del 2 de agosto de 2018[43].

37. De otra parte, la legitimación de las entidades accionadas es consecuencia de la relación especial que las unía con el accionante, en desarrollo del concurso público de méritos que adelantaron. En efecto, en uso de sus competencias constitucionales[44] y legales[45], la Comisión Nacional del Servicio Civil resolvió adelantar un concurso de méritos para proveer las vacantes definitivas de las plantas de personal de 18 entidades del orden nacional bajo la convocatoria No. 428 de 2016[46]. En ejecución de estas competencias celebró el contrato de prestación de servicios No. 314 de 2017 con la Universidad de Medellín, en virtud del cual esta se obligó a desarrollar los procesos de selección requeridos para proveer los cargos a los que se refería la mencionada convocatoria[47], entre estos en el que participó el accionante.

38. Finalmente, pese a que la Universidad de Medellín es una entidad privada, es predicable su legitimación por pasiva. Según el numeral 8 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991[48], la acción de tutela procede contra particulares cuando estos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, que es precisamente lo que ocurre en este caso, en virtud de la habilitación que le otorgó el contrato de prestación de servicios No. 314 de 2017, pues permite que aquella concorra con la CNSC para dar cumplimiento a los artículos 125 y 130 de la Constitución. Ahora bien, pese a que la Constitución señala de forma genérica que el derecho de petición se puede dirigir contra autoridades, la jurisprudencia constitucional ha entendido que este abarca a los particulares que ejercen funciones públicas, cuando la petición haga referencia a asuntos relacionados con el desempeño de dichas funciones. En estos casos el derecho de petición opera de la misma manera que cuando se formula ante una autoridad estatal.

2.2. Inmediatez

39. La tutela debe interponerse en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la presunta vulneración o amenaza a los derechos fundamentales. La Sala considera que la acción de tutela presentada por Harold Raúl Padilla Sepúlveda cumple con este requisito, pues se presentó menos de un mes después de que se publicaran los resultados de la prueba de polígrafo y 5 días después de que las entidades accionadas emitieran la respuesta a su reclamación. En efecto, los resultados de la prueba del polígrafo se publicaron el 31 de julio, y el 13 de agosto de 2018 las entidades accionadas emitieron la respuesta frente a la reclamación presentada por el actor[49]. Finalmente, la solicitud de amparo se presentó el 21 de agosto de 2018.

2.3. Subsidiariedad

40. La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[50]. La constatación de este requisito no puede limitarse a una evaluación formal sobre la existencia de un medio ordinario. Al contrario, en cada caso, el juez constitucional debe valorar las circunstancias en las que se encuentra el peticionario, a fin de determinar si cuenta con la posibilidad real de acceder a la administración de justicia por

intermedio de un mecanismo distinto a la tutela.

41. En esta ocasión, prima facie, podría concluirse que el tutelante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo manifestaron las entidades accionadas y los jueces de instancia. Sin embargo, el requisito de subsidiariedad se podría considerar satisfecho en caso que se establezca que las entidades accionadas privaron al actor de contar con información suficiente y necesaria para acceder a la administración de justicia.

42. En este orden de ideas, conviene recordar que la reclamación del actor se orientaba a debatir las razones que tuvo el evaluador para calificar la prueba de entrevista con polígrafo como no ajustada. En primer lugar, el hecho de que esta calificación se hubiere proferido, presuntamente, como consecuencia de su pertenencia al movimiento M-19 y tener un antecedente penal por un delito político, pese a que, según indicó, no había mentido al respecto y hacía más de 30 años se había acogido a un proceso de paz. En segundo lugar, el actor cuestionó que el resultado de la prueba de entrevista con polígrafo fuera no ajustada por “aspectos de salud”, aunque (i) en el certificado médico ocupacional se hubiera concluido que era apto para el cargo, (ii) en la convocatoria no se hubieran establecido requisitos específicos de salud que tuvieran que cumplir los aspirantes al cargo y (iii) no existieran elementos de juicio para que el evaluador determinara que no se encontraba en buen estado de salud.

43. En contraste con estos argumentos, las entidades accionadas se limitaron a señalar en la respuesta a la reclamación, del día 13 de agosto de 2018, que el resultado de la entrevista había sido no ajustado y que era idéntico al publicado en la página web, tal como se transcribió en el apartado de “1. Hechos probados”, del título de “I. Antecedentes”.

44. Esta actuación de la administración, sin duda, privó al actor de contar con los elementos de juicio necesarios para adelantar las acciones judiciales pertinentes ante el juez contencioso administrativo y, así, lograr un acceso efectivo a la administración de justicia. Por tanto, para la Sala se supera el requisito de subsidiariedad, pues resultaría desproporcionado exigirle al tutelante que hubiere agotado el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sin contar con elementos materiales suficientes para

cuestionar los actos de la Administración.

45. Además, tomando en consideración que, como se explicará más adelante, la ausencia de una respuesta de fondo comportó una vulneración del derecho de petición, el accionante no contaba con otra vía distinta a la tutela, pues, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, para su protección el ordenamiento jurídico no contempla un medio judicial eficaz[51].

3. Problemas jurídicos e información reservada

46. Dado que la acción de tutela supera las exigencias de procedencia, la Sala debe determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales del tutelante. Para el efecto, resolverá los siguientes problemas jurídicos:

46.1 ¿Vulneraron las entidades accionadas el derecho de petición del actor en la modalidad de “reclamo”, en tanto la respuesta del 13 de agosto de 2018, presuntamente, no satisfizo las exigencias requeridas para considerarse una respuesta de fondo?

46.2 En caso de que el anterior interrogante se resuelva de manera afirmativa, ¿desconocieron las entidades accionadas el derecho de acceso a la administración de justicia del actor, al no responder de fondo su reclamación?

46.3 Por otro lado, si se encuentra que las entidades accionadas no explicaron, con suficiencia, las razones por las cuales se calificó como no ajustada la prueba de polígrafo, ¿violaron las entidades accionadas el derecho al debido proceso del accionante al no motivar debidamente el acto mediante el cual se calificó como no ajustada esta prueba?

46.4 Si se confirma que se vulneraron los derechos de petición y debido proceso del tutelante ¿desconocieron las entidades accionadas el derecho al desempeño de funciones y cargos públicos del tutelante?

46.5 Finalmente, ¿vulneraron las entidades accionadas el derecho de igualdad del accionante al calificar como no ajustada la prueba de polígrafo que le fue aplicada?

47. Ahora bien, el actor manifestó que las razones por las que el evaluador de la prueba del polígrafo lo había calificado como no ajustado, eran “arbitrarias” y

“discriminatorias”, por lo cual adelantó la reclamación correspondiente. No obstante, la Universidad de Medellín y la Comisión Nacional del Servicio Civil emitieron una respuesta meramente formal, que no brindaba información alguna sobre los motivos por los cuales su resultado había sido no ajustado.

48. Por lo anterior, resulta necesario acudir al estudio de las pruebas remitidas por las entidades accionadas, a fin de determinar si se vulneraron los derechos fundamentales del accionante, lo cual amerita un pronunciamiento previo de la Sala acerca de la reserva de los documentos enviados por aquellas.

49. Tal como se señaló en el acápite 5.2 supra denominado Respuestas allegadas por las entidades, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Medellín remitieron, con destino al despacho del magistrado sustanciador, los documentos que habían sido solicitados en el auto de pruebas del 13 de febrero de 2018, a saber:

“[...] los documentos que [tienen] directa relación con el proceso de selección del aspirante Harold Raúl Padilla Sepúlveda, al cargo de Gestor Grado 12 Código T1 OPEC 56104 de la Convocatoria 428 de 2016. En particular, todos aquellos que den cuenta de la prueba de polígrafo aplicada al accionante y las grabaciones de la misma, así como los documentos elaborados por quien aplicó esta prueba y emitió los resultados de ajustado o no ajustado, que tengan relación con el proceso de selección del señor Padilla Sepúlveda al cargo de Gestor Grado 12 Código T1 OPEC 56104. Adicionalmente, [...] las reclamaciones o solicitudes elevadas por el accionante en razón al mencionado proceso de selección, así como las correspondientes respuestas emitidas”.

50. Dichas entidades advirtieron que estas pruebas tenían carácter reservado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 31[52] de la ley 909 de 2004[53]. Por ello, el despacho del magistrado sustanciador resolvió conformar con las mismas un cuaderno adicional, el cual no fue puesto a disposición de las partes, dado tal carácter.

51. Sin embargo, cabe recordar que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la reserva no le puede ser oponible al directamente implicado, pues de ser así se le impediría obtener los elementos necesarios para efectuar las reclamaciones o adelantar las acciones judiciales que considere pertinentes. En este sentido, se indicó en sentencia T-1023 de 2006:

“Para la Corte ha sido claro que cuando el retiro por inconveniencia o la exclusión de un concurso en cargos de carrera se produce como consecuencia de información de carácter reservado, debe entenderse que tal reserva no opera para los directamente interesados. Se trata de una reserva que sólo puede alegarse frente a terceros”[54].

52. Dicha postura ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Así por ejemplo, en un caso en el que la Comisión Nacional del Servicio Civil alegaba que no era posible que los participantes de un concurso accedieran a las hojas de respuesta de una prueba practicada en el marco de un concurso de méritos, porque dichos documentos tenían carácter reservado, sostuvo que,

“carece de justificación invocar dicha reserva ante quien ha sido expresamente sustraído de ella por el legislador. El motivo es obvio: de no ser excluidos de la reserva impuesta, y garantizado su efectivo acceso y conocimiento del contenido de las pruebas presentadas por cada uno en particular, el derecho de reclamación de quienes tomaron parte en los procesos devendría inocuo; quedaría reducido a una mera formalidad, vaciando por completo de contenido el derecho de contradicción y defensa que la Constitución garantiza a los particulares en toda actuación administrativa”[55].

53. No podría, entonces, pretenderse que el juez, ante cual acude el aspirante para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, se encuentre imposibilitado para emitir un pronunciamiento respecto de la presunta vulneración alegada. Máxime, tomando en cuenta que la Ley 1437 de 2011 prevé ciertas excepciones para la oponibilidad de la reserva, dentro de las cuales se encuentra el ejercicio de las funciones de las autoridades judiciales así:

ARTÍCULO 27. INAPLICABILIDAD DE LAS EXCEPCIONES. [Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:] El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo.

54. Por tanto, el hecho que las entidades accionadas hubieren manifestado que las

pruebas remitidas tenían carácter reservado, no es óbice para que la Sala, manteniendo en la medida de lo posible la reserva de la información, evalúe dichos documentos y emita un pronunciamiento frente a los asuntos de relevancia constitucional que evidencien los mismos, cuandoquiera que se encuentren directamente relacionados con la solución del caso concreto.

55. Una postura contraria conduciría a una inaceptable conclusión, a saber, que aunque la Corte encontrara que se vulneraron los derechos fundamentales cuya protección solicitó el accionante, no le es posible ampararlos porque la evidencia de su vulneración reposa en documentos que fueron remitidos como reservados, pese a que estos se refieren, con exclusividad, a la prueba que presentó el actor y que es objeto de debate.

3.1. Vulneración de los derechos de derecho de petición y acceso a la administración de justicia

56. Respecto del derecho de petición, esta Corte ha recalcado que comprende la garantía a obtener una respuesta de fondo, razón por la cual las autoridades, y en ciertos casos los particulares, tienen la obligación de atender de manera completa todos los asuntos planteados y de asegurarse que exista plena correspondencia entre la petición y la respuesta[56].

57. Con el objeto de determinar si se vulneró este derecho en el caso concreto, la Sala resolverá el siguiente problema jurídico: ¿vulneraron las entidades accionadas el derecho de petición del actor en la modalidad de “reclamo”, en tanto la respuesta del 13 de agosto de 2018, presuntamente, no satisfizo las exigencias requeridas para considerarse una respuesta de fondo?

58. Tal como se señaló en el acápite 2.3. supra, las entidades accionadas se limitaron a señalar en la respuesta a la reclamación del día 13 de agosto de 2018, que el resultado de la entrevista había sido no ajustado y que era idéntico al publicado en la página web. Lo anterior pese a que el aspirante había efectuado una serie de cuestionamientos frente a las razones que llevaron al evaluador a emitir dicho concepto, presuntamente como consecuencia de su pertenencia al movimiento M-19, tener un antecedente penal por un delito político y por ciertos “aspectos de salud”, aunque (i) en el certificado médico ocupacional se hubiera concluido que era apto para el cargo, (ii) en la convocatoria no se

hubieran establecido requisitos específicos de salud que tuvieran que cumplir los aspirantes al cargo y (iii) no existieran elementos de juicio para que el evaluador determinara que no se encontraba en buen estado de salud.

59. Tomando en cuenta lo anterior, no cabe duda que las entidades accionadas omitieron responder los planteamientos expuestos en la reclamación. De hecho, la sucinta respuesta no guarda correspondencia alguna con las inquietudes presentadas por el aspirante. Una resolución de fondo suponía, como mínimo, un pronunciamiento frente a las razones por las cuales la prueba de polígrafo se había calificado como no ajustada y, específicamente, si tal decisión tenía relación con la militancia del candidato en el M-19, y/o con el delito político por el cual había sido condenado, y/o con los aspectos de salud que reveló en la entrevista a profundidad, pues estos fueron los asuntos objeto de la reclamación.

60. Por lo anterior, la Corte concluye que la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Medellín vulneraron el derecho de petición del accionante, pues no respondieron de fondo la reclamación elevada el 2 de agosto de 2018.

61. A continuación, entonces, corresponde definir si ¿desconocieron las entidades accionadas el derecho de acceso a la administración de justicia del actor, al no responder de fondo su reclamación?

62. El derecho de acceso a la administración de justicia comporta la posibilidad de acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales para solicitar la debida protección o el restablecimiento de derechos o intereses legítimos. Ello “implica el compromiso del Estado de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización”[57].

63. Ahora, tal como se adelantó en el análisis de subsidiariedad, la ausencia de una resolución de fondo frente a la reclamación promovida por el accionante le impidió contar con los elementos de juicio indispensables para estructurar una demanda que le permitiera acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a fin de que esta conociera de la posible discriminación de que había sido objeto y la presunta arbitrariedad que se habría cometido en su contra, al haber sido calificada su prueba de polígrafo como no ajustada.

64. Por tanto, la Sala concluye que se vulneró el derecho de acceso a la administración de justicia del accionante pues, independientemente de que esta demanda tuviere o no vocación de prosperidad, asunto que escapa al control que puede ejercer el juez constitucional en este estadio procesal, al no responder de fondo los cuestionamientos propuestos por el accionante en su reclamación, sí se le impidió contar con la información que requería para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, de una manera efectiva e idónea.

3.2. Vulneración del derecho fundamental al debido proceso

65. El accionante manifestó que la calificación de no ajustado de la prueba de polígrafo fue arbitraria. Las entidades accionadas aseguraron que dicho resultado se habría obtenido en desarrollo de un proceso técnico sumamente confiable (polígrafo), realizado por personal altamente capacitado. Además, la Universidad de Medellín señaló que el resultado era no ajustado porque los resultados de la prueba “apoyaron la conclusión de que hubo reacciones significativas indicativas de falta de veracidad o de veracidad [sic] durante la entrevista”[58] y que “frente a las respuestas proferidas se observó un promedio de 0.048 esto es en el estándar de -3 acreditando una alta reacción de engaño”[59]. En este mismo sentido, insistió en que el accionante tuvo una calificación de NO AJUSTADO “por advertirse un alto nivel de engaño al momento de contestar las preguntas”[60].

66. Ahora bien, el Documento Compilatorio de los Acuerdos Contentivos de la Convocatoria No. 428. De 2016 - Grupo de Entidades del Orden Nacional, regula el propósito de la prueba del polígrafo y señala que el evaluador debe emitir un informe del resultado obtenido por el aspirante, el cual debe contener las razones por las cuales el concepto fue ajustado o no ajustado. En otras palabras, de conformidad con las reglas de esta convocatoria, dicho informe debe ser motivado. Al respecto, se lee en el artículo 31 del documento que compila las reglas de la convocatoria:

“- ENTREVISTA CON POLÍGRAFO:

La entrevista con polígrafo que será aplicada a los empleos pertenecientes a la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC, como prueba de confiabilidad, tiene como propósito a través de la verificación de información, medir las reacciones fisiológicas que se producen en el

organismo al ser estimulado psicológicamente a una serie de preguntas y/o cuestionamientos que permitirán evidenciar si las conductas o comportamientos relacionados con la experiencia previa del sujeto, se correlacionan con los requerimientos exigidos para desempeñarse en el empleo al cual se inscribió.

Dentro de este proceso se incluye la entrevista a profundidad en la cual se abordarán aspectos relevantes de su vida a nivel personal y laboral, tales como hurto, enriquecimiento ilícito, tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, o si ha pertenecido o tiene vínculos con grupos al margen de la ley, entre otras conductas punibles.

El evaluador emitirá el informe correspondiente al resultado obtenido en la Prueba de Entrevista con Polígrafo, argumentando las razones por las cuales se emite el concepto de AJUSTADO o NO AJUSTADO del aspirante frente al perfil del empleo”[61] (negrilla fuera del texto original).

67. Así las cosas, le corresponde a la Sala valorar el mencionado informe, a fin de definir si, como lo indica el accionante, el resultado no ajustado obedeció a una decisión arbitraria o, por el contrario, el mismo encuentra soporte en un acto motivado que precisa las razones por las cuales se determinó que existía un alto nivel de engaño del aspirante, al momento de contestar las preguntas.

68. En caso de concluirse que dicho acto no fue debidamente motivado, se resolverá el siguiente problema jurídico de tipo sustancial: ¿violaron las entidades accionadas el derecho al debido proceso administrativo del actor al no motivar debidamente el acto mediante el cual se calificó como no ajustada la prueba de polígrafo que presentó?

69. El informe remitido por la Universidad de Medellín hace referencia 2 grupos de preguntas.

70. El primer grupo se encuentra dividido en las siguientes 8 subsecciones: (i) historial académico, (ii) preguntas acerca del historial y conducta laboral, (iii) preguntas sobre aspectos de salud, (iv) antecedentes judiciales, (v) consumo de bebidas alcohólicas, (vi) drogas ilícitas, (vii) vínculos con personas o grupos al margen de la ley y (viii) otros delitos. Cada una de estas secciones contiene varios interrogantes que el accionante absolvió con un Sí o un No.

71. El segundo grupo únicamente está compuesto por 4 preguntas adicionales, con las que se pretendía identificar si el entrevistado había mentido frente a las preguntas realizadas en las 8 subsecciones.

72. Respecto del segundo grupo de preguntas, la Sala encuentra que el informe explica de manera suficiente la razón por la cual las mismas se calificaron como ajustadas. En efecto, además de describir las 4 preguntas realizadas, así como el resultado obtenido[62], contiene una tabla en la que se detallan los valores numéricos que, para cada una de las respuestas, arrojaron los instrumentos que articulan el polígrafo, a saber, el pneumógrafo, el galvanógrafo, el cardiógrafo y el pletismógrafo. Igualmente, dicha tabla muestra los valores totales frente a estas 4 preguntas, los cuales se obtienen de la sumatoria de los valores que evidenciaron individualmente los mencionados instrumentos.

73. No ocurre lo mismo frente al primer grupo de preguntas en el que únicamente figura un cuadro con las preguntas y respuestas de cada una de las subsecciones y un cuadro adicional que muestra que se calificaron como ajustadas 4 subsecciones y como no ajustadas las 4 subsecciones restantes. Las entidades accionadas no remitieron documento alguno que explicara las razones por las cuales se consideró que la prueba era ajustada en algunos aspectos y no ajustada en otros. Menos aún se aportó una tabla similar a la del primer grupo de preguntas, en la que aparecieran los valores arrojados por el polígrafo con fundamento en los cuales se obtuvieron unos resultados ajustados y otros no ajustados. Particularmente, echa de menos la Sala una tabla, gráfica o similar en donde aparezca que el promedio obtenido por el aspirante fue de 0.048, o un documento en el que se explique por qué se concluyó que estaba acreditada una “alta reacción de engaño”.

74. Ahora, habida cuenta de que el acto mediante el cual se calificó como no ajustado al actor en la prueba de polígrafo no se motivó adecuadamente, corresponde a la Sala resolver el problema jurídico planteado: ¿violaron las entidades accionadas el derecho al debido proceso del actor al no motivar debidamente el acto mediante el cual se calificó como no ajustada la prueba de polígrafo que presentó?

75. Para resolver dicho interrogante, cabe recordar que la motivación de los actos administrativos (i) es una garantía constitucional que pretende evitar actos de abuso de

poder, pues las autoridades judiciales solo pueden controlarlos cuando exponen las razones que los fundamentan; (ii) refleja la sujeción de la administración al principio de legalidad, ya que es la forma en que da cuenta de las razones por las cuales se expidió un acto administrativo; (iii) se encuentra intrínsecamente relacionada con la eficacia de otros derechos fundamentales como el de contradicción y el de acceso a la administración de justicia y (iv) no se reduce a un requisito formal, por cuanto los actos administrativos deben contener una “razón suficiente”, es decir, una fundamentación clara, detallada y precisa[63]. En consecuencia, la ausencia de motivación genera una violación al debido proceso administrativo.

76. Adicionalmente, las reglas de la convocatoria son las normas que rigen el concurso, de modo que cualquier incumplimiento de las mismas por parte de la administración, o de las entidades contratadas para la realización del mismo, vulnera el debido proceso de los participantes, así como los principios de transparencia, imparcialidad y el respeto de las expectativas legítimas, entre otros[64].

77. Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, la Corte concluye que la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Medellín vulneraron el debido proceso administrativo del tutelante, pues omitieron motivar de forma suficiente el acto mediante el cual se calificó como no ajustada la prueba del polígrafo. Esto, pese a que, además del deber general que le asiste a la administración de motivar sus actos, existía una regla específica dentro de la convocatoria, según la cual el informe del evaluador de la prueba de polígrafo debía contener “las razones por las cuales se emite el concepto de AJUSTADO o NO AJUSTADO del aspirante frente al perfil del empleo”.

78. Finalmente, resta considerar lo alegado por el actor frente al presunto desconocimiento de su derecho al debido proceso por la calificación no ajustada en el ítem “Aspectos de salud”. Al respecto, señaló que el evaluador decidió calificarlo como no ajustado en este punto, con fundamento en requisitos de salud que no estaban previstos en la convocatoria y a pesar de que en el concepto médico ocupacional se había concluido que era apto para el cargo. Frente a este asunto, y tomando en consideración que el informe de evaluador no precisa las razones por las que 4 ítems aparecen como no ajustados, es imposible determinar, en este momento, si ello obedeció a una decisión arbitraria por parte del examinador o a una falta de veracidad en la información suministrada por el aspirante.

Sin embargo, una vez que la reclamación del actor se responda de fondo y se aclaren las razones por las cuales su calificación fue no ajustada, podrá promover, en caso de considerarlo necesario, las reclamaciones o actuaciones pertinentes.

3.3. Desconocimiento del derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

79. En el caso concreto, cabe preguntarse si al vulnerar los derechos de petición y debido proceso, las entidades accionadas también desconocieron el derecho al desempeño de funciones y cargos públicos del tutelante.

80. Para resolver este problema jurídico es necesario recordar que el propósito de los concursos es evitar la arbitrariedad en la nominación, al seleccionar al “candidato que, en concurrencia con los demás y habiéndose sometido al mismo proceso de selección, haya demostrado poseer las mejores condiciones, atendidos los requerimientos del cargo al que se aspire”[65]. No obstante, cuando en desarrollo de un concurso se vulnera el debido proceso de uno de los participantes y este es excluido del proceso de selección, surgen dudas sobre las posibilidades que habría tenido de ser seleccionado para ocupar el cargo al que aspiraba, en caso de que se le hubiera respetado el debido proceso.

81. En el asunto sub judice, la deficiente motivación del acto mediante el cual se calificó al participante como no ajustado en una de carácter eliminatorio, se sumó a la ausencia de una respuesta de fondo ante su reclamación, todo lo cual generó una amenaza de su derecho a desempeñar cargos públicos.

82. En efecto, en primer lugar, pese a que luego de culminar la prueba tuvo acceso al resultado oficial de la misma y observó que el examinador había calificado como no ajustados los ítems “Antecedentes judiciales, vínculo con personas o grupo al margen de la ley y aspectos de salud”[66], no pudo conocer las razones por las cuales el entrevistador habría llegado a tales conclusiones. Posteriormente, al promover la correspondiente reclamación, tampoco le fue posible obtener información sobre los motivos por los cuales se calificó como no ajustada la prueba de polígrafo. En suma, ambas circunstancias generaron una situación de indefensión para el tutelante que, como se analizó previamente, le impidieron adelantar las acciones ordinarias correspondientes, por medio de las cuales podría haber atacado la decisión de excluirlo del concurso.

83. Así las cosas, pese a que no es posible concluir que si se hubieran respetados sus derechos habría sido seleccionado para el cargo, lo cierto es que, al menos, se generó una amenaza de su derecho a acceder a funciones y cargos públicos.

3.4. Vulneración del derecho fundamental a la igualdad.

84. En el marco de un concurso de méritos, el derecho a la igualdad adquiere una connotación especial. Concretamente, según lo previsto por el artículo 40 Superior, todo ciudadano tiene derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, de manera que debe garantizarse que quienes participan en un concurso tengan las mismas oportunidades para acceder al cargo ofertado. Solo de esta manera se puede asegurar la transparencia que debe regir en este tipo de procesos y cumplir con su objetivo, es decir, que se elija a la persona que se encuentre mejor capacitada para desempeñar el cargo[67].

85. Ahora, el derecho de los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos no es incompatible con la exigencia de ciertas cargas. Además, es apenas natural que en desarrollo del concurso se excluya a múltiples candidatos. Sin embargo, tanto los requisitos que se fijen en la convocatoria, como las razones por las que se decida excluirlos deben sustentarse en fines constitucionalmente legítimos. En consecuencia, es inadmisibles que quienes se encargan de desarrollar tales concursos introduzcan barreras discriminatorias.

86. En el caso concreto, el actor señaló que había sido discriminado en la prueba del polígrafo por haber pertenecido al movimiento M-19. Según relató, pudo observar que su resultado era "AJUSTADO en todos y cada uno de los ítems de la entrevista cerrada y NO AJUSTADO en tres ítems de la entrevista a profundidad, los cuales eran: ANTECEDENTES JUDICIALES, VÍNCULO CON PERSONAS O GRUPO AL MÁRGEN DE LA LEY Y ASPECTOS DE SALUD"[68]. Lo anterior, pese a que, según indicó, no había mentido respecto de ninguno de estos ítems, pues le explicó al entrevistador que había pertenecido al M-19, que en desarrollo de su militancia había sido condenado por un delito político y que había conocido a personas vinculadas con dicho grupo subversivo, pero que tras los acuerdos de paz se había reinsertado a la vida civil hace más de 30 años y que con posterioridad había ocupado varios cargos públicos e incluso había tenido la calidad de Senador de la República.

87. Por su parte, la Universidad de Medellín señaló que la calificación de no ajustado había obedecido a que el actor habría obtenido un promedio de 0.048 en la prueba del polígrafo, lo cual indicaba una alta reacción de engaño.

88. Lo cierto es que, como se acaba de explicar, el informe en el que deberían constar las razones por las cuales se calificó como no ajustada la prueba del aspirante carece de una adecuada motivación. Por ello, resulta imposible determinar si dicho resultado obedeció a motivos discriminatorios, como lo afirmó el actor, o a una medición objetiva, como lo sostuvieron las entidades accionadas, máxime el carácter altamente técnico de la prueba que se practicó.

89. Ahora, si bien resulta reprochable que el acto mediante el cual se excluyó al aspirante del concurso no se encuentre debidamente motivado, de ello no se sigue, necesariamente, que la calificación obtenida se encuentre relacionada con la militancia del actor en el M-19 o con alguna razón que prima facie desconozca el derecho fundamental a la igualdad del accionante.

90. Por lo anterior, la Sala no amparará el derecho a la igualdad. Sin embargo, ordenará a las entidades accionadas que al responder de fondo la reclamación del actor expliquen con suficiencia las razones por las cuales el evaluador de la prueba de polígrafo consideró que existían 4 subsecciones o ítems no ajustados. En caso de que estimen que dichas razones se fundamentaron en criterios discriminatorios, las entidades accionadas deberán adelantar las actuaciones pertinentes para garantizar los eventuales derechos del actor en el concurso.

3.5. Remedios ante la acreditación del desconocimiento de los derechos de petición, acceso a la administración de justicia, debido proceso y acceso al desempeño de cargos y funciones públicas

91. En atención a lo anteriormente expuesto, se ordenará a las entidades accionadas que en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta providencia, respondan de fondo la reclamación promovida por Harold Raúl Padilla Sepúlveda el 2 de agosto de 2018. Esto implica que deben darle a conocer el acto administrativo en el que figuran las razones que soportan la decisión del evaluador de la prueba del polígrafo de excluirlo del concurso. En caso de que el único documento que

exista para sustentar los resultados de la prueba sea el que remitieron a esta Corte, el cual se encuentra solo parcialmente motivado, deberán expedir un nuevo acto administrativo, que dé cuenta de la totalidad de las razones por las que se emitió un concepto de no ajustado.

92. En todo caso, la Sala advierte que, al momento de proferir dicha respuesta, las entidades accionadas deberán tener en cuenta que (i) únicamente están sometidos a reserva las informaciones y documentos que expresamente tengan esta calidad de acuerdo con la Constitución o la Ley (infra numeral 3.5.1) y que esta no es oponible al titular de la información (como ocurre con el resultado de la prueba de polígrafo); (ii) no es constitucionalmente admisible excluir a un aspirante de un concurso de méritos por el solo hecho de haber pertenecido a un grupo al margen de la ley, cuandoquiera que hubiere suscrito un acuerdo de paz con el Gobierno, o cuando hubiese sido condenado por un delito político (infra numeral 3.5.2) y que (iii) solo podrá excluirse a un aspirante con fundamento en requisitos médicos, cuando estos hayan sido previstos en la convocatoria y resulten razonables, necesarios y proporcionales.

93. Por último, cabe señalar que no es posible acceder a la pretensión del accionante de incluirlo en la lista de elegibles, porque no se encuentran acreditadas las razones que llevaron a la administración a excluirlo del concurso de méritos.

3.5.1. Únicamente están sometidos a reserva las informaciones y documentos que la Constitución o la Ley disponga

94. Cuando las entidades accionadas dieron respuesta a la reclamación promovida por el actor, no manifestaron que la información requerida para dar respuesta a la misma estuviera sometida a reserva.

95. No obstante, al remitir los documentos solicitados en el auto de pruebas del 13 de febrero de 2018, advirtieron que la información relacionada con la prueba de la entrevista con polígrafo tenía carácter reservado.

96. Ahora, sin perjuicio de la reserva que ostentan algunos documentos, la Sala considera que es posible que las entidades accionadas emitan una respuesta de fondo a la petición presentada por el accionante, pues dicha reserva no puede serle oponible frente a

los documentos que tengan directa relación con los resultados de su prueba de polígrafo como se explicó en el acápite 3 supra. Sin embargo, en caso de que exista información adicional que deba seguir cobijada por la reserva, las accionadas deberán manifestarlo de manera expresa al accionante, indicando las normas legales o constitucionales que la soportan. Lo anterior, a fin de habilitar el mecanismo de insistencia previsto en la Ley 1755 de 2015 para el acceso a la información pública[69].

97. Finalmente, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Medellín no deben desconocer que, incluso cuando exista una norma legal que autorice la reserva de información, deben valorar la proporcionalidad de oponer dicha reserva en el caso concreto, sobre todo cuando ello limite las posibilidades de defensa del afectado. Al respecto, en la sentencia T-928 de 2004, la Corte señaló: “el operador jurídico no sólo debe valorar que una norma de rango legal autorice la reserva del documento, sino cuáles derechos, principios y valores constitucionales están afectados con la restricción, ya que en algunas ocasiones deberán prevalecer los derechos, valores y principios que inspiran la confidencialidad de la información, y en otros, los que se le oponen”. En este mismo sentido, en sentencia T-420 de 2014, concluyó que si bien algunos documentos tienen carácter reservado, dicha reserva no siempre resulta oponible, en virtud de la primacía de los derechos fundamentales del debido proceso y defensa[70].

3.5.2. Participantes en concursos de méritos que han pertenecido a grupos al margen de la ley que suscribieron acuerdos de paz con el Gobierno o fueron condenados por delitos políticos

98. Los concursos de mérito tienen por objeto determinar la idoneidad de los candidatos para desempeñar adecuadamente las funciones de un determinado cargo[71]. Por ello, deben rechazarse factores de evaluación incompatibles con dicha finalidad tales como preferencias personales, animadversión, o motivos subjetivos o secretos[72]. En consecuencia, los aspirantes no pueden ser excluidos con fundamento en argumentos desconocidos o con base en razones discriminatorias, pues ello contravendría el criterio de objetividad que debe primar en este tipo de concursos[73].

99. Ahora bien, en atención al contexto nacional actual, la Sala considera oportuno reiterar que la reincorporación a la vida civil y pública de los miembros de grupos al margen

de la ley constituye un pilar fundamental en el proceso de consolidación de la paz.

100. Al respecto, de tiempo atrás, la Corte ha señalado:

[L]os procesos de diálogo con grupos alzados en armas y los programas de reinserción carecerían de sentido y estarían llamados al fracaso si no existiera la posibilidad institucional de una reincorporación integral a la vida civil, con todas las prerrogativas de acceso al ejercicio y control del poder político para quienes, dejando la actividad subversiva, acogen los procedimientos democráticos con miras a la canalización de sus inquietudes e ideales[74].

101. De manera reciente, y en este mismo sentido, señaló al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017[75] que “la habilitación para la reincorporación en la vida pública constituye un elemento estructural del proceso de construcción de una paz estable y duradera, y que además, es consistente con los imperativos que se derivan del principio de participación como eje esencial del ordenamiento superior”[76].

102. Por otro lado, la Corte ha aclarado que la comisión de un delito político no excluye a quien lo comete de vincularse a la vida pública en el futuro. En consecuencia, la existencia de un antecedente judicial por un delito de este tipo no puede ser óbice para el desempeño de cargos públicos[77]. Así, por ejemplo, indicó en la sentencia C-194 de 1995 señaló: “El delito político, que difiere claramente del hecho punible común, no inhibe para el futuro desempeño de funciones públicas, ya que puede ser objeto de perdón y olvido, según las reglas constitucionales aplicables para instituciones como la amnistía”.

103. Ahora, pese a que es razonable que las pruebas de polígrafo, las entrevistas o cualquier otra prueba realizada al interior de un concurso de méritos tenga como finalidad establecer si el aspirante ha tenido relación con miembros de grupos al margen de la ley, es constitucionalmente inadmisibles que el hecho de haber pertenecido a uno de estos grupos constituya una causa objetiva para excluirlo de dicho concurso, cuandoquiera que este hubiere suscrito un acuerdo de paz con el Gobierno, o cuando el aspirante hubiese sido condenado por un delito político.

104. En suma, en aquellos eventos en los que se establezca que el aspirante fue

miembro de un grupo al margen de la ley, pero que se sometió a un proceso de paz y actualmente desarrolla su vida en el marco de la legalidad, su pertenencia previa a dicho grupo no puede ser valorada en su contra y, por tanto, dicha militancia no puede constituir una causa válida para excluirlo de un concurso de méritos. Tampoco es posible su exclusión si esta tiene como causa la condena por un delito político.

3.5.3. Solo podrá excluirse a un aspirante con fundamento en requisitos médicos, cuando estos hayan sido previstos en la convocatoria y resulten razonables, necesarios y proporcionales

105. Esta Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse previamente sobre la inclusión de requisitos físicos en concursos de méritos y ha concluido que ello no implica per se una vulneración de principios o derechos constitucionales. Sin embargo, ha advertido que estos deben fundarse en criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad[78].

106. En particular, y de conformidad con la jurisprudencia constitucional, los requisitos físicos exigibles a los aspirantes, dentro de los cuales se encuentran los aspectos de salud, pueden ser incluidos siempre y cuando (i) no lleven implícita o explícita una discriminación o preferencia injustificada; (ii) sean razonables o, en otras palabras, persigan un fin constitucionalmente legítimo; (iii) sean proporcionales respecto de los fines para los cuales se establecen, (iv) guarden relación con la clase de asunto respecto del cual se convoca a los aspirantes, lo cual atiende a la naturaleza de la actividad que requiere el cargo; (v) los candidatos hubieren sido previa y debidamente advertidos sobre ellos y (vi) el proceso de selección se hubiese adelantado en igualdad de condiciones[79].

107. Lo anterior tendrá que ser tenido en cuenta por las entidades accionadas al momento de resolver la reclamación del actor y, en caso de ser necesario, al momento de expedir un nuevo acto administrativo motivado, en el que se expliquen las razones de su calificación en la prueba del polígrafo.

4. Síntesis de la decisión

108. La Corte constató que las entidades accionadas vulneraron el derecho de petición del accionante, por cuanto la respuesta de agosto 13 de 2018 no satisfizo las exigencias necesarias para considerarse una respuesta de fondo. Ello generó, además, que el actor no

contara con la información que hubiera requerido para promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que se consideró que también violaron su derecho de acceso a la administración de justicia.

109. Adicionalmente, determinó que se habían desconocido sus derechos al debido proceso y de acceso a ocupar funciones y cargos públicos porque el acto administrativo, en el que debían constar las razones por las cuales se calificó como no ajustada su prueba de polígrafo, careció de motivación.

110. Esta insuficiente motivación del acto impidió que se amparara el derecho del actor a la igualdad, pues no fue posible determinar si fue excluido con fundamento en motivos discriminatorios, relacionados con su antigua militancia en el movimiento M-19. Sin embargo, a fin de asegurar que se le garantizara este derecho, en caso de que hubiera sido conculcado, y proteger los otros derechos fundamentales cuya violación pudo corroborar la Sala, se ordenó que las entidades accionadas respondieran de fondo la reclamación del actor y, de ser necesario, expidiera un nuevo acto administrativo en el que se indicaran con claridad y suficiencia las razones que tuvo el examinador para rendir el concepto de no ajustado en la mencionada prueba.

111. Por último, la Sala precisó que en la respuesta a la reclamación del actor, las accionadas debían considerar (i) que únicamente están sometidos a reserva las informaciones y documentos que expresamente tengan esta calidad de acuerdo con la Constitución o la Ley y que esta no es oponible al titular de la información (como ocurre con el resultado de la prueba de polígrafo), (ii) que no es constitucionalmente admisible excluir a un aspirante de un concurso de méritos por el solo hecho de haber pertenecido a un grupo al margen de la ley, cuandoquiera que hubiera suscrito un acuerdo de paz con el Gobierno, o cuando hubiese sido condenado por un delito político y (iii) que no puede excluirse a un aspirante con fundamento en requisitos médicos que no hubieren sido previstos en la convocatoria y que no sean proporcionales, razonables y necesarios.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 12 de octubre de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó el fallo del 3 de septiembre de 2018 del Juzgado 15 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá que declaró improcedente la acción de tutela promovida por Harold Raúl Padilla Sepúlveda en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Medellín.

En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales de petición, acceso a la administración de justicia, debido proceso y acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

SEGUNDO. ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Universidad de Medellín que en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta providencia, emitan una respuesta de fondo a la reclamación promovida por el actor el 2 de agosto de 2018, y que, en ella, tomen en cuenta los criterios expuestos en la parte motiva de esta providencia. De ser necesario, y como se expuso en las consideraciones del presente fallo, deberán expedir un nuevo acto administrativo motivado, en el que se expongan las razones por las cuales se emitió el concepto no ajustado en la prueba de polígrafo y, de ser el caso, adelantar las actuaciones pertinentes para garantizar los eventuales derechos del actor en el concurso.

TERCERO. REMITIR, por intermedio de la Secretaría General, y con destino a las autoridades accionadas, los documentos con los que se conformó el cuaderno reservado, según lo dispuesto en el auto del 28 de febrero de 2019.

CUARTO. Por Secretaría General, LIBRAR las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-227/19

(M.P. CARLOS BERNAL PULIDO)

Con el respeto acostumbrado por las sentencias de la Corte Constitucional, me permito presentar salvamento parcial de voto frente a la Sentencia T-227 de 2019, adoptada por la mayoría de la Sala Primera de Revisión. Si bien comparto la decisión de amparar los derechos del actor, considero que la Sala, además de no adelantar un estudio adecuado de procedibilidad, no garantizó las medidas adecuadas para materializar el amparo de los derechos del accionante. Para mayor claridad, a continuación hago una presentación sintética del caso y enseguida profundizo en las razones de mi disenso.

1. Breve contextualización del caso

En esta ocasión, se estudió la acción de tutela formulada por el señor Harold Raúl Padilla Sepúlveda, relacionada con la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, acceso al desempeño de cargos públicos y trabajo en la que, según el actor, incurrieron la Comisión Nacional de Servicio Civil (CNSC) y la Universidad de Medellín. Como fundamentos de hecho, se encontró que el peticionario participó en la Convocatoria de empleo público No. 428 de 2016, adelantada por las instituciones demandadas, con la aspiración de ocupar, en propiedad, el cargo que desde el año 2016 venía desempeñando provisionalmente, al servicio de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC. Luego de superar las fases iniciales del concurso de méritos,

correspondientes a las pruebas de competencias básicas, funcionales y comportamentales, el demandante fue convocado a entrevista con polígrafo, cuyo resultado fue insatisfactorio (“no ajustado”). Por tratarse de una etapa eliminatoria, el actor fue excluido de la convocatoria. En los resultados de la prueba, se observó que no se superaban los ítems titulados “antecedentes judiciales”, “vínculo con personas o grupo al margen de la ley” y “aspectos de salud”, sin ninguna explicación o motivación explícita. De este modo, al requerir mayor información sobre las razones que llevaron al resultado, las entidades no hicieron un pronunciamiento de fondo.

Al respecto, el señor Padilla explicó en la tutela que su respuesta ante la existencia de antecedentes y vínculo con organizaciones ilegales fue afirmativa, debido a que hace más de 30 años fue integrante de la guerrilla del M-19, pero producto de los acuerdos de paz celebrados en su momento con el Gobierno nacional, le fue otorgada la amnistía. En ese sentido, cuestionó el actuar de las instituciones demandadas, pues desde su perspectiva desconocieron el proceso de reinserción a la vida civil, producto del cual ha ocupado cargos públicos como, por ejemplo, Director de la Oficina de Protección de la Fiscalía General de la Nación, y Senador de la República. Con base en ello, pidió amparar las garantías constitucionales invocadas, para que, como consecuencia, se disponga su inclusión en la lista de elegibles, lo cual corresponde al procedimiento siguiente a la prueba de entrevista con polígrafo.

Al estudiar el caso en sede de revisión, la mayoría de la Sala Primera decidió “tutelar los derechos fundamentales de petición, acceso a la administración de justicia, debido proceso y acceso al desempeño de funciones y cargos públicos”. Como remedio judicial, ordenó a las entidades demandadas “[emitir] una respuesta de fondo a la reclamación promovida por el actor el 2 de agosto de 2018, y que, en ella, tomen en cuenta los criterios expuestos en la parte motiva de esta providencia. De ser necesario, y como se expuso en las consideraciones del presente fallo, deberán expedir un nuevo acto administrativo motivado, en el que se expongan las razones por las cuales se emitió el concepto no ajustado en la prueba de polígrafo y, de ser el caso, adelantar las actuaciones pertinentes para garantizar los eventuales derechos del actor en el concurso”.

2. Razones para apartarse parcialmente de la decisión mayoritaria

2.1. La procedencia de la tutela no debe condicionarse a requisitos adicionales a los establecidos en la Constitución y el Decreto 2591 de 1991

Respecto al estudio de procedibilidad en materia de subsidiariedad, la Sala concluyó que, aunque en principio el actor contaba con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la tutela era procedente, pues las accionadas no ofrecieron la información “necesaria y suficiente” al accionante para acudir a la administración de justicia. Aunque estoy de acuerdo en que la tutela es procedente, encuentro incorrecto el argumento de la Sala para llegar a dicha conclusión, pues considero que, aún en el evento en que las entidades hubiesen brindado la información “necesaria y suficiente”, el mecanismo constitucional era procedente porque, sencillamente, por las condiciones del caso, en especial la necesidad de proteger los derechos de forma urgente, la vía de la jurisdicción de lo contencioso administrativo resultaba ineficaz.

En casos como el de la referencia, la Corte ha señalado que la procedencia del amparo está condicionada únicamente a verificar que los medios de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no sean eficaces[80]. Supeditar la procedibilidad de la tutela a no contar con la información necesaria para controvertir las decisiones de la administración es un criterio adicional que no puede convertirse en una regla de análisis, por carecer de sustento en el ordenamiento.

2.2. La Sala no abordó los problemas jurídicos relevantes del caso. Por el contrario, el pronunciamiento evidencia una actuación particularmente restringida frente a la garantía de los derechos del demandante

No comparto lo dicho en la Sentencia T-227 de 2019 frente a la delimitación del caso y el planteamiento del problema jurídico. Es evidente que la solicitud de amparo del accionante no iba encaminada simplemente a obtener una respuesta de fondo a una petición, como lo estimó la mayoría, sino a lograr su reintegro urgente al concurso de méritos. Si bien el señor Padilla hizo una breve referencia a la importancia de conocer los motivos por los cuales el resultado de la prueba de polígrafo fue “no ajustado”, es claro que su propósito al acudir al Juez constitucional era continuar participando en el concurso, pues su exclusión podía, como en efecto ocurrió, generar un perjuicio irremediable. No obstante, la Sala concentró el debate alrededor del derecho de petición, y le restó toda relevancia a derechos

como la igualdad, el debido proceso y el acceso a cargos públicos.

Como lo insistí ante los demás integrantes de la Sala Primera, dada la gravedad del caso, era deber de la Corte orientar su perspectiva hacia la garantía real de los derechos del accionante, y de este modo hacer uso de las amplias facultades probatorias que el ordenamiento nos otorga a los jueces constitucionales. En ese sentido, la Sala estaba llamada a oficiar directamente a las autoridades accionadas para que, ante la urgencia del asunto, explicara al Tribunal Constitucional las razones que, en concreto, dieron lugar al resultado “no ajustado” en el polígrafo presentado por el actor; para así poder evaluar con certeza y materialmente si se le han afectado o no las garantías invocadas.

En últimas, la Sentencia T-227 de 2019 lo que determinó es que el demandante debe recaudar la prueba de la posible afectación de sus derechos fundamentales. Se trata de una respuesta que es restringida porque no sólo desconoce la facultad probatoria a la que ya me referí, sino que ignora que: (i) la Comisión Nacional del Servicio Civil se ha negado a otorgarle dicha información al solicitante; y (ii) con ello se fija una nueva etapa y/o trámite dentro del concurso, que redundará en extender en el tiempo la resolución de su situación, pudiendo la Corte solucionar el asunto definitivamente, más aún si se tiene en cuenta que por la premura de la convocatoria, el demandante sigue requiriendo una respuesta sustancial urgente, no formal.

En todo caso, ni siquiera era necesario hacer uso de la facultad probatoria de las salas de revisión de la Corte. En mi criterio, cuando un juez constitucional está frente a un caso en el que no existen razones constitucionalmente suficientes para excluir a un participante de una convocatoria pública, lo adecuado es que prosigan las etapas del concurso, no que la entidad “busque esas razones” y las exponga en un nuevo acto administrativo. En estos eventos, dado que se trata de una exclusión injustificada, el juez debe asumirlo como una actuación discriminatoria y por tanto proceder eliminando dicha exclusión.

En línea con lo anterior, me resulta jurídicamente inadmisibles que, ante la actuación arbitraria de las entidades demandadas (por la no motivación de sus actos), las consecuencias adversas tengan que recaer exclusivamente en el demandante. Por ello, no encuentro aceptable que al accionante se le mantenga fuera del concurso, pese a que la Corte reconoce que no hay razones que sustenten su exclusión.

Asimismo, es desacertada una de las consideraciones planteadas por la Sala, al afirmar genéricamente que “en el asunto sub judice la deficiente motivación del acto mediante el cual se calificó al participante como no ajustado en una de carácter eliminatorio, se sumó a la ausencia de una respuesta de fondo ante su reclamación, todo lo cual generó una amenaza de su derecho a desempeñar cargos públicos” (Énfasis fuera del texto original). En mi opinión, el problema no se redujo a una amenaza a los derechos del actor; es indudable que la trasgresión iusfundamental se materializó, en la medida que no se encontraron razones válidas que justificaran la exclusión del señor Padilla del concurso. Observo que, aunque no exista certeza sobre si hubiera sido elegido para el cargo, las entidades vulneraron los derechos del actor al impedirle, sin motivación alguna, continuar participando en el proceso de selección.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es evidente que, el haber dispuesto que las entidades demandadas expongan las razones por las cuales se excluyó al accionante del concurso de méritos no corresponde a un remedio judicial idóneo. Se trata de una orden que no tiene la capacidad de materializar la salvaguarda de los derechos del actor. Con base en lo que ya he manifestado, lo constitucionalmente adecuado era disponer el reintegro inmediato del actor al proceso de selección, ante la evidencia de una exclusión abiertamente arbitraria por la ausencia de justificación en la que se incurrió.

3. Conclusión

En síntesis, salvo parcialmente mi voto en esta ocasión, por cuatro razones que no comparto en el proceder de la Sala: (i) hizo un análisis de subsidiariedad desacertado; (ii) adelantó un estudio del caso que es puramente formal y, por tanto, insuficiente en términos de garantía de los derechos del actor; (iii) catalogó como una “amenaza” de derechos lo que en realidad fue una vulneración evidente de los mismos; y (iv) ello condujo a la adopción de un remedio judicial inidóneo, pues pese a que se dio una exclusión injustificada del accionante en el concurso de méritos en el cual participaba, no se dispuso la continuación del proceso de selección, lo cual perpetuó la trasgresión de las garantías del demandante.

En los anteriores términos, dejo planteadas las razones que me llevan a salvar parcialmente mi voto frente a la Sentencia T-227 de 2019.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

[1] La Sala de Selección Número Doce estuvo integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y el magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[2] Folios 1, 15 al 29 y 64 y 74, cuaderno principal.

[3] Folio 39 y 74 cuaderno principal.

[4] Folios 1 y 65, cuaderno principal.

[5] Folios 1 y 45, cuaderno principal.

[6] Folios 1, 65 y 77, cuaderno principal.

[7] Folios 1, 23, 24 y 65, cuaderno principal.

[8] Folios 1 y 65, cuaderno principal.

[9] Folio 3 y 24 cuaderno principal

[10] Folios 1, 39, cuaderno principal.

[11] Folios 30 a 38, cuaderno principal.

[12] Folio 2, cuaderno principal

[13] Señaló que lo único que indicó frente a su salud era que había sido sometido a 3 cirugías de hernias hace más de 25 años, que había tenido una cirugía de rodilla el año anterior, que había tenido una cirugía de mano hace tres meses por un accidente, que estaba tomando unos medicamentos para controlar los triglicéridos, que jamás había sufrido enfermedades graves y que se encontraba, en general, en buen estado de salud.

[14] Folio 31, cuaderno principal.

[15] Folio 31 cuaderno principal.

[16] Folio 38, cuaderno principal.

[17] Folio 40, cuaderno principal.

[18] Folio 41, cuaderno principal.

[19] Folio 42, cuaderno principal. En este concepto se señala que se llevaron a cabo los exámenes de optometría, valoración psicológica, perfil lípido, parcial de orina, cuadro hemático y audiometría.

[21] Se realizaron las siguientes recomendaciones: “CONTINUAR CONTROLES POR ORTOPEDIA CADA TRES MESES/ OPTOMETRÍA ANUALMENTE/SOLICITAR VALORACIÓN POR OTOLOGÍA/ MEDICINA GENERAL TOMA DE EXÁMENES COMPLEMENTARIOS/DIETA BAJA EN GRASAS SATURADAS/ULTRA PROCESADOS/INGESTA DE AGUA/INCLUIR OMEGA3/ACTIVIDAD FÍSICA”.

[22] Folio 39, cuaderno principal.

[23] Folios 47 y 48, cuaderno principal.

[24] Folios 1 al 14, cuaderno principal.

[25] Folios 56 al 58, cuaderno principal. Pese a que la ITRC no figuraba como una de las entidades accionadas, el Juzgado 15 Penal del Circuito de Conocimiento remitió comunicación con destino a esta entidad, a fin de que ejerciera “sus derechos de defensa y contradicción”.

[26] Folios 66, cuaderno principal.

[27] Folios 64 a 73, cuaderno principal.

[28] Folios 74 a 85, cuaderno principal.

[29] Folio 78, cuaderno principal.

[30] Folio 79, cuaderno principal.

[31] Folios 80, cuaderno principal.

[32] Folio 81, cuaderno principal

[33] Previamente, en providencia del 22 de agosto de 2018, este despacho judicial negó la medida provisional solicitada por el accionante, porque concluyó que no se cumplía con “lo normado en el Art. 7 del Decreto 2591 de 1991”.

[34] Folio 15, cuaderno 2.

[35] Previamente, el 12 de febrero de 201, tal como consta en el folio 23 del cuaderno de revisión, el despacho del magistrado sustanciador se comunicó con el accionante a fin de establecer si había adelantado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. El actor señaló que no la interpuso.

[36] Folios 24 y 25, cuaderno principal.

[37] “Copia de las notas tomadas por el accionante respecto del resultado obtenido en la prueba de Entrevista con Polígrafo, realizada el 25 de junio de 2018. Copia del derecho de petición presentado por el accionante el 5 de septiembre de 2018, ante la Comisión Nacional del Servicio Civil. Copia de la respuesta al derecho de petición presentado por el accionante el 5 de septiembre de 2018, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Medellín. Certificaciones laborales del accionante, que demuestran su experiencia en el sector público. Copia de la resolución de nombramiento del accionante en el cargo de Gestor Código T1, Grado 12 de la Subdirección de Auditoría y gestión del Riesgo de la Unidad Administrativa Especial agencia del Inspector General de Tributos Rentas y Contribuciones Parafiscales -ITRC, así como certificación de tiempo de servicio y copia de los resultados de la prueba de polígrafo realizada al accionante en marzo de 2016, para su ingreso a la ITRC”. Folios 31 y 32, cuaderno principal.

[38] Folios 1 al 35, cuaderno reservado.

[39] “ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO. El proceso de selección comprende: (...) 3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro

funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación. (...)”. (negrilla fuera del texto original)

[40] “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”

[41] Folios 64 y 65, cuaderno de revisión.

[42] Folio 3, cuaderno principal.

[43] El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela puede ser ejercida “por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales”, quien puede actuar por sí misma, mediante representante o apoderado judicial, agente oficioso, el Defensor del Pueblo o los personeros municipales. Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interpone la acción tenga un “interés directo y particular” (sentencias T-678 de 2016 y T-176 de 2011) respecto de las pretensiones incoadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que “lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro” (ibid).

[44] Previstas en el artículo 130 de la Constitución Nacional.

[45] De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

[46] Folio 64, cuaderno principal.

[47] Folio 74, cuaderno principal.

[48] “Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: [...] 8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas”.

[49] En todo caso, cabe señalar que el actor aseguró en su escrito de tutela que recibió dicha respuesta el 15 de agosto de 2018.

[50] Constitución Política, artículo 86.

[51] Corte Constitucional. Sentencias T-149 de 2013 y T-165 de 2017.

[52] “ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO. El proceso de selección comprende: [...] 3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación” (negrilla fuera del texto original)

[53] “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

[54] Una postura similar se planteó en la sentencia T-180 de 2015 en la que se indicó que, “La reticencia de los organizadores de un proceso de selección a permitir el conocimiento de las hojas de respuestas y las pruebas por cualquier aspirante, claramente desconoce las mencionadas garantías superiores, como quiera que con ello se impide que pueda corroborar sus calificaciones a fin de efectuar las reclamaciones judiciales y extrajudiciales que considere necesarias”.

[55] Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Sentencia del 13 de diciembre de 2012. Radicación: 25000-23-42-000-2012-00492-01(Ac).

[56] Cfr., entre otras, las sentencias T-251 de 2008, T-487 de 2017 y T-077 de 2018.

[57] Corte Constitucional, Sentencia T-283 de 2013.

[58] Folio 79, cuaderno principal.

[59] Folios 80, cuaderno principal.

[60] Folio 78, cuaderno principal.

[61] Folios 23 y 24 cuaderno principal.

[62] El cual es ajustado en cada una de las preguntas.

[63] Corte Constitucional. Sentencias SU-917 de 2010, T-204 de 2012, SU-556 de 2014 y T-003 de 2018, entre otras.

[65] Corte Constitucional , Sentencia C-123 de 2013.

[66] Folio 3, cuaderno principal.

[67] Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-123 de 2013 y T-441 de 2017.

[68] Folio 3, cuaderno principal.

[69] Artículo 26 de la Ley 1755 de 2015. “Insistencia del solicitante en caso de reserva. Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada. || Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes [...] || PARÁGRAFO. El recurso de insistencia deberá interponerse por escrito y sustentado en la diligencia de notificación, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella”.

[70] En esta sentencia la Corte analizó el caso de un detective del DAS que fue declarado insubsistente tras haber sido sometido a una prueba de polígrafo. El actor señaló que no

tuvo oportunidad de controvertir el resultado del polígrafo en el que se indicaba que existía indicación de engaño, porque únicamente pudo conocer el resultado cuando ya no trabajaba en la entidad. Además, tampoco le fue permitido tener acceso a un informe de inteligencia en el que se indicaba que existían dudas sobre su confiabilidad, por cuanto la entidad alegó que esta información tenía carácter reservado.

[71] Sentencia T-384 de 2005.

[72] Sentencia C-1173 de 2005, reiterada en sentencia C-211 de 2007.

[73] Sentencia C-1173 de 2005

[74] Sentencias C-194 de 1995 y C-577 de 2014.

[75] “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

[76] Sentencia C-674 de 2017.

[77] Sentencia C-577 de 2014

[78] Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 2017.

[79] Corte Constitucional, Sentencias T-463 de 1996, T-1266 de 2008, T-045 de 2011 y T-441 de 2017.

[80] Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la procedibilidad de la acción de tutela para resolver las controversias suscitadas en desarrollo de un concurso de méritos. Así las cosas, en Sentencia T-180 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), la Corte estudió la tutela de una accionante que se presentó a concurso de méritos para proveer los empleos de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN. La actora consideró que hubo varias irregularidades durante la convocatoria, por lo que decidió acudir al amparo. Se estimó que en estos casos “si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces

para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo". De igual manera, en sede de tutela, la Corte revisó la situación de dos participantes que concursaron en una convocatoria del INPEC y fueron excluidos puesto que el resultado de los exámenes médicos de ambos fue "No apto". Sin embargo, los accionantes consideraron que dicho resultado no correspondía a la realidad. En esta ocasión, la Sala Séptima de Revisión, a través de la Sentencia T-551 de 2017 (M.P. Cristina Parto Schlesinger) señaló que "debe analizarse la procedencia de la tutela como mecanismo definitivo de protección, toda vez que en el proceso de selección para ocupar el cargo de dragoneante y de ascensos del INPEC que ya cuenta con lista de elegibles, i) las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo, es decir, se necesita una acción de protección inmediata".