

ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS-Procedencia excepcional

Respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, esta Corporación ha señalado que existen, al menos, dos excepciones que tornan procedente la acción de tutela para cuestionar actos administrativos: (i) cuando pese a la existencia de un mecanismo judicial idóneo, esto es, adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, el mismo no goza de suficiente efectividad para la protección de los derechos fundamentales invocados como amenazados a la luz del caso concreto; o (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que implica una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible.

PROPORCIONALIDAD Y RACIONALIDAD DE LOS REQUISITOS MEDICOS Y FISICOS EXIGIDOS PARA EL CARGO DE DRAGONEANTE DEL INPEC-Jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente en establecer que en los casos donde se necesita de requisitos de aptitud física para ingresar a un concurso de méritos, se deben demostrar criterios proporcionales, razonables y de necesidad, entre la aptitud física exigida y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer. En otras palabras, a la entidad accionada le asiste el deber de demostrar que la decisión de exclusión del aspirante se encuentra justificada en la relación de necesidad que existe entre la aptitud física exigida y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer. Por lo que, se excluye la posibilidad de invocar razones hipotéticas, cuyo soporte sean “hechos inciertos que pueden

presentarse o no, y que no fueron respaldados por la entidad mediante conceptos médicos o científicos”.

PROVISION DE CARGO DE DROGONEANTE DEL INPEC-Marco normativo de Convocatoria No. 335 de 2016

DERECHO A LA IGUALDAD Y AL ACCESO Y EJERCICIO DE CARGOS PUBLICOS-No vulneración por parte de la CNSC, en tanto condición médica exigida es un criterio razonable y proporcional para acceder a cargo de dragoneante

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO-Vulneración por CNSC al no permitir cuestionar decisión que resuelve reclamación contra resultado de valoración médica y no practicar un nuevo examen médico

Referencia: Expediente T-6.029.789

Acción de tutela instaurada por Jhon Hamilton Tami Pérez contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, y la Universidad Manuela Beltrán.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Carlos Libardo Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué –Sala de Decisión Penal, el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), y en segunda instancia, por la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal, el dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017), en la acción de tutela promovida por el señor Jhon Hamilton Tami Pérez, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y la Universidad Manuela Beltrán.

En virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia remitió a la Corte Constitucional el expediente T-6.029.789; posteriormente la Sala de Selección Número Tres de esta Corporación, mediante Auto del dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017), eligió el asunto de referencia para efectos de su revisión; el cual, por reparto correspondió al Despacho del Magistrado Alberto Rojas Ríos.

I. I. ANTECEDENTES

El señor Jhon Hamilton Tami Pérez formuló acción de tutela contra la CNSC, el INPEC y la Universidad Manuela Beltrán, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, y al acceso y ejercicio de cargos públicos, al ser excluido de la Convocatoria No. 335 de 2016 del INPEC -para proveer el cargo de dragoneantes de la institución-, en la etapa de realización de los exámenes médicos, donde fue calificado como no apto al presentar una inhabilidad con ocasión del resultado del electrocardiograma.

A continuación, la Sala Octava de Revisión pasará a narrar los hechos, la respuesta de las entidades accionadas y las decisiones objeto de revisión:

1. 1. Hechos

1.1. El señor Jhon Hamilton Tami Pérez se presentó a la convocatoria No. 335 de 2016 INPEC, realizada por la CNSC para proveer, por Concurso de méritos, cuatrocientas (400) vacantes del empleo de Dragoneante, código 4114.

1.2. Señaló que una vez superado exitosamente el proceso de inscripción, verificación de requisitos mínimos y la Fase I del concurso, fue citado a valoración médica el 12 de octubre de 2016 en la ciudad de Neiva.

1.3. El 4 de noviembre de 2016, en la página de la CNSC, fueron publicados los resultados de la valoración médica, en la cual resultó no apto con la Observación “presenta una inhabilidad con relación al electrocardiograma”.

1.4. Manifiesta el señor Tami que “de los resultados de la valoración médica practicada simplemente se manifiesta no ser apto al presentar una inhabilidad con relación al electrocardiograma”, lo que a su parecer evidencia la falta de motivación de la decisión, que impide “vislumbrar un motivo real para la definición de no apto realizada (...)”.

1.5. Inconforme con la decisión anterior, el 9 de noviembre de 2016, el accionante presentó reclamación ante la CNSC solicitando “conocer los resultados de la valoración médica, se realice nuevamente la valoración y se suspenda el concurso”. Mediante escrito del 18 de noviembre de 2016 la Universidad Manuela Beltrán dio respuesta al anterior requerimiento, al indicar que en virtud del artículo 50 del Acuerdo 563 de 2016 “no es procedente repetir la valoración médica, debido a que la norma que regula el concurso no permite tal figura”.

1.6. Frente a la anterior respuesta, manifiesta el accionante que la imposibilidad de repetir el resultado de la valoración médica es violatorio de las garantías constitucionales.

1.7. Finalmente, afirma el señor Jhon Hamilton Tami que no le es permitido conocer la decisión donde consta el resultado médico, por lo que no puede contrastarlo con el cuadro de inhabilidades médicas del profesigramas. Lo que le impide a su vez, impugnar la prueba utilizada para declararlo no apto en la convocatoria.

2. Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos expuestos, el señor Jhon Hamilton Tami Pérez formuló acción de tutela reclamando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso y ejercicio de cargos públicos. En consecuencia, solicitó al juez

constitucional se le habilite la participación dentro del concurso a fin de (i) conocer los resultados de la valoración médica en virtud de la cual fue declarado no apto; (ii) le sea realizada de nuevo la valoración médica; (iii) se suspenda el concurso convocado mediante el Acuerdo 563 de 2016, como medida provisional de protección.

3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

3.2. Copia de la respuesta dada por la Universidad Manuela Beltrán el 18 de noviembre de 2016 a la reclamación presentada frente al resultado de la valoración médica de la Convocatoria 335 de 2016 INPEC, en la cual indicó que no es procedente repetir la valoración médica, debido a que la norma que regula el concurso no permite tal figura. (Folios 28 al 37)

3.3. Copia de los resultados del examen médico realizado al accionante por el Médico cardiólogo Antonio José Castellanos Angulo el 5 de noviembre de 2016, donde se indica que el ritmo cardíaco del accionante es normal. (Folios 95 al 97)

4. Respuesta de las entidades accionadas

4.1. Comisión Nacional del Servicio Civil

El Asesor Jurídico de la CNSC solicitó, en su escrito de contestación, negar la acción de tutela, por cuanto no vulneró los derechos fundamentales del accionante. Señaló que no es procedente acceder a la solicitud del actor, en tanto el competente para conocer de este tipo

de asuntos es el juez contencioso administrativo, de acuerdo con el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), pues lo que se pretende controvertir son actos administrativos.

En primer lugar, resaltó que los concursos de mérito son una actividad reglada y por tal razón se adelantan de conformidad con los presupuestos contenidos en el Acuerdo No. 563 del 14 de enero de 2016, que regulan la Convocatoria 335 de 2016-INPEC Dragoneantes. En la cual se establecieron en los artículos 9 y 15, los requisitos de participación y las consideraciones previas al proceso de inscripción, lo que lo lleva a concluir que el accionante conoció y aceptó desde un principio los términos y condiciones de la Convocatoria No. 335 de 2016.

Con base en el Acuerdo que regula la Convocatoria 335, indicó que en los artículos 48 y 50 de dicho acto se dispuso, respectivamente, que la valoración médica “no constituye una prueba dentro del proceso de selección, sino un trámite previo y obligatorio para ingresar al Curso de Formación o Complementación” y que “el único resultado aceptado en el proceso de selección, respecto de la aptitud médica y psicofísica del aspirante, será el emitido por la entidad especializada contratada para tal fin por la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección”.

En segundo lugar, en cuanto a la pretensión del accionante, relativa a conocer los resultados de la valoración médica, manifestó que “si bien es cierto, en el aplicativo de la Convocatoria solo se indicó el estado y el examen de la inhabilidad, el aspirante tenía la opción de solicitar copia de los exámenes médicos realizados; por lo cual, en la guía de orientación publicada en la página web de la CNSC, se informó que para poder sustentar la reclamación los aspirantes deberían solicitar los exámenes que consideraran pertinentes a la misma IPS donde les fueron practicados dentro de los 2 días destinados a las reclamaciones, entonces, no le asiste razón al accionante al afirmar que no se le suministró información sobre los resultados de la valoración médica, toda vez que era su responsabilidad solicitar la historia clínica, de

considerarlo necesario”.

Posteriormente, adujo que en la historia clínica del accionante se desprende que este presenta inhabilidad “relacionada al electrocardiograma por trastornos de la conducción eléctrica cardíaca, lo cual le impide continuar en el proceso de selección, es decir, se configuró la causal de exclusión consagrada en el numeral 6 del art. 10 del Acuerdo 563 de 2016”. Por lo que la pretensión del actor tendiente a realizarle una nueva valoración médica “se debe advertir que la inhabilidad fue determinada en atención a las directrices contenidas en el profesiograma y los perfiles profesiográficos de cada cargo, determinaciones que derivan del estudio técnico de los requerimientos mínimos que deben tener quienes aspiren a un empleo en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia”.

Finalmente, manifestó que no es viable repetir la valoración médica, toda vez que la norma que regula el concurso no permite tal figura, y de accederse se estarían violando los derechos a la igualdad y transparencia que rigen el concurso de méritos.

2. %1.2. Universidad Manuela Beltrán

El apoderado de la Universidad Manuela Beltrán, en su escrito de contestación de la acción de tutela, solicitó no acceder a las pretensiones del accionante, en tanto no se están vulnerando sus derechos fundamentales. Señaló que los resultados de la valoración médica se publicaron el 4 de noviembre de 2016, donde se indicó que el señor Jhon Hamilton Tami presentó en el resultado del electrocardiograma un trastorno en la conducción. Con el fin de ampliar la información reportada en la página de la CNSC, señaló que en la impresión diagnóstica del electrocardiograma se indicó la presencia de “bloqueo postero inferior izquierdo del HdH, Inversión de la onda T en D3”.

Con base en dicho diagnóstico, señaló que la inhabilidad presentada con ocasión de tal resultado se encuentra fundamentada en las inhabilidades reguladas en la Resolución No. 5657 del 24 de diciembre de 2015 “por medio del cual se modifica el profesigramas, perfil profesigráfico e inhabilidades médicas para los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia-CCV del INPEC y se adopta la versión 3 para el cargo de Dragoneante”.

En este sentido, concluyó que “es perfectamente claro que para la presente Convocatoria No. 335 de 2016 INPEC, el aspirante al cargo de dragoneante, con un diagnóstico en el examen de electrocardiograma sobre “trastorno de la condición cardiaca”, le impedirá desarrollar las actividades físicas requeridas para ejecutar las labores del cargo”.

3.3. Instituto Nacional Penitenciario

El Coordinador del Grupo de Tutelas del INPEC, en su escrito de contestación de la acción de tutela, pidió declarar improcedente la acción de tutela. Así mismo, solicitó ser desvinculado del presente proceso en tanto es la CNSC la encargada de los concursos de mérito.

4. Decisiones objeto de revisión

1. %1.1. Decisión de primera instancia

La Sala Cuarta de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué negó la acción de tutela, mediante sentencia del seis (6) de enero de dos mil dieciséis (2016). En su concepto, la inconformidad del accionante recae en que la CNSC no dio trámite a la reclamación que presentó en contra del acto que lo declaró no apto para acceder al cargo de dragoneante en los términos de la Convocatoria No. 335 de 2016.

En primer lugar, consideró el juez de instancia que el señor Jhon Hamilton Tami puede acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa para demandar el acto administrativo por el cuestionado.

Adicionalmente, señaló que la actuación de la CNSC no vulneró los derechos fundamentales del accionante, pues el concurso está sometido a unas reglas aplicables a todos los participantes, entre las que se encuentra la contenida en el artículo 50 del Acuerdo No. 563 de 2016, que indica que “el resultado de los exámenes médicos tienen carácter definitivo y que los mismos se califican bajo los conceptos de apto y no apto, lo que significa que su declaratoria no necesita más motivación que la inhabilidad consagrada en la norma”. Por lo que en el caso concreto, al accionante no se vulneró su derecho fundamental al debido proceso, en tanto su reclamación se resolvió en forma oportuna y de fondo.

4.2. Impugnación

Mediante escrito del 6 de diciembre de 2016, el señor Jhon Hamilton Tami Pérez impugnó la decisión de primera instancia. Para ello, trajo a colación nuevamente las razones expuestas en la acción de tutela.

4.3. Decisión de segunda instancia

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoció en segunda instancia el proceso de tutela y, mediante sentencia del dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017), confirmó la providencia impugnada.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. 1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017) expedido por la Sala de Selección Número Tres de esta Corporación, que decidió someter a revisión el presente asunto.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico a resolver

2.1. El señor Jhon Hamilton Tami Pérez formuló acción de tutela contra la CNSC, el INPEC y la Universidad Manuela Beltrán por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso y ejercicio de cargos públicos, al ser excluido de la Convocatoria No. 335 de 2016 del INPEC -para proveer el cargo de dragoneantes de la institución-, en la etapa de realización de los exámenes médicos, después de ser calificado como no apto por presentar una inhabilidad en relación con el electrocardiograma.

A juicio del accionante, (i) la imposibilidad de controvertir el examen médico realizado en virtud de lo establecido en el artículo 54 del Acuerdo 563 de 2016; así como (ii) la falta de motivación de la decisión que lo excluyó del concurso al declararlo no apto, vulnera sus garantías constitucionales. Por tal razón, solicitó al juez constitucional se le habilite la participación dentro del concurso a fin de (i) conocer los resultados de la valoración médica en virtud de la cual fue declarado no apto; (ii) le sea realizada de nuevo la valoración médica; (iii) se suspenda el concurso convocado mediante el Acuerdo 563 de 2016, como medida provisional de protección.

2.2. Por su parte, la CNSC y la Universidad Manuela Beltrán coincidieron en sostener que la exclusión del accionante obedeció a (i) la aplicación de un criterio objetivo consagrado en el numeral 6º del artículo 10 del Acuerdo No. 563 de 2016 de la CNSC, de acuerdo con el cual son causales de exclusión de la convocatoria “obtener concepto no apto en la valoración médica”; y (ii) a la aplicación del profesiograma, en el que se estableció que presentar “trastornos de la conducción eléctrica cardíaca” es una condición médica que hace que el aspirante no cumpla con uno de los requisitos médicos establecidos para el cargo de dragoneante relativo al sistema cardiovascular.

Finalmente, dichas entidades resaltaron que en virtud del artículo 50 del Acuerdo 563 de 2016 “el único resultado aceptado en el proceso de selección, respecto de la aptitud médica y psicofísica del aspirante será el emitido por la entidad especializada contratada previamente para tal fin (...)”. Razón por la cual los conceptos emitidos por otros profesionales de la salud no tienen valor en el concurso.

2.3. Con base en los antecedentes reseñados, y atendiendo al criterio de relevancia constitucional que el asunto bajo estudio plantea, le corresponde a la Sala Octava de Revisión resolver, si el amparo constitucional resulta procedente, en atención a la existencia de otros medios de defensa judicial, como es la nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual se analizará en primer lugar la procedibilidad de la tutela contra el acto administrativo general (Acuerdo No. 563 de 14 de enero de 2016); y, posteriormente respecto del acto administrativo particular (acto mediante el cual se excluyó al accionante del concurso de méritos); y en el evento en que sea superado el examen de procedibilidad, es preciso resolver los siguientes problemas jurídicos:

i. (i) ¿Vulneran unas entidades encargadas de realizar un concurso abierto de méritos (CNSC y Universidad Manuela Beltrán) los derechos fundamentales a la igualdad y al acceso y

ejercicio de cargos públicos de una persona, al ser declarado no apto para ocupar un cargo público (dragoneante del INPEC) y, por ende, no permitirle continuar en el proceso de selección, por no cumplir una de las condiciones de aptitud médica establecida en las normas que rigen el concurso?

() ¿Vulnera una entidad encargada de realizar un concurso abierto de méritos (CNSC) el derecho fundamental al debido proceso de un aspirante, al estipular en el Acuerdo que reglamenta el concurso (Acuerdo 563 de 2016) la imposibilidad de impugnar el acto administrativo particular por medio del cual se resuelve la reclamación contra el resultado de la valoración?

2.4. Para desarrollar los problemas jurídicos planteados, la Sala deberá reiterar la jurisprudencia constitucional sobre (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos generales que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos y contra actos administrativos particulares; (ii) la proporcionalidad y razonabilidad de los requisitos médicos y físicos exigidos para ocupar el cargo de dragoneantes del INPEC, considerando la naturaleza de las funciones que desempeñan; (iii) el marco normativo de la Convocatoria No. 335 de 2016 del INPEC -para proveer el cargo de dragoneantes de la institución. Y finalmente, (iv) se analizará la situación concreta del peticionario.

3. Procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En consecuencia, la procedibilidad de la tutela estará supeditada a que el actor no cuente con otro medio de defensa judicial; que el medio existente no sea idóneo o eficaz para la defensa de los

derechos cuyo amparo se pretende, o, finalmente que se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela se concede de manera transitoria, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por la vía judicial ordinaria.

Ahora bien, para establecer la idoneidad y eficacia de los mecanismos judiciales, el juez debe valorar los supuestos fácticos de cada caso concreto, analizando aspectos tales como: (i) si la utilización del medio de defensa judicial tiene la virtualidad de ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela; (ii) el tiempo que tarda en resolverse la controversia ante el juez natural; (iii) la vulneración del derecho fundamental durante el trámite; (iv) las circunstancias que impidieron que el accionante hubiese promovido los mecanismos judiciales ordinarios; (v) la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, entre otras.

El numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial al que debe acudirse para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos.

Dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contencioso administrativa, como lo son la pretensión de simple nulidad o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que puede ser acompañada con la solicitud de suspensión provisional.

En la Sentencia SU-913 de 2009, se analizó el tema de la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de quienes participan en concurso de méritos, al respecto indicó:

“(…) la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto”, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.

Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular.”

Sin embargo, se debe advertir que la sentencia citada es anterior a la expedición de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual corresponde a esta Corporación delucidar si con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) el mecanismo ordinario de protección de los derechos de los participantes en concursos de méritos, gozan de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales.

En línea con lo anterior, la Ley 1437 de 2011, establece en el artículo 137 que “(t)oda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los

actos administrativos de carácter general (...)" . Adicionalmente, en su artículo 138 contempla que“(t)oda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se restablezca el derecho (...). Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo (...)" .

Luego, en el artículo 229, se establece que “en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo” . Por último, en el literal b), del numeral 4º del artículo 231 del mismo Código, consagra la procedencia de la suspensión provisional del acto administrativo, cuando “existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios” .

De lo expuesto, podría concluirse que la acción de tutela resulta improcedente en el caso concreto. Puesto que ante la existencia de dichos mecanismos de defensa judicial, puede cuestionarse: (i) el acto administrativo general que incluye los supuestos, requisitos y procedimientos que deben cumplir los aspirantes al cargo de dragoneantes del INPEC; y (ii) el acto administrativo particular que declaró al accionante como no apto, ante el resultado de la valoración médica, que se encuentra fundamentado en criterios estrictamente objetivos

No obstante lo anterior, respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, esta Corporación ha señalado que existen, al menos, dos excepciones que tornan procedente la acción de tutela para cuestionar actos administrativos: (i) cuando pese a la existencia de un mecanismo judicial idóneo, esto es, adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, el mismo no goza de suficiente efectividad para la

protección de los derechos fundamentales invocados como amenazados a la luz del caso concreto; o (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que implica una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible.

En este sentido, en la Sentencia T-798 de 2013, la Sala Cuarta de Revisión conoció la acción de tutela interpuesta por un ciudadano en contra de la CNSC y el INPEC, tras considerar que esas instituciones violaron sus derechos fundamentales al excluirlo de la convocatoria No. 132 de 2012 INPEC, por haber resultado “no apto” por motivos de salud para desempeñar el cargo de “dragoneante del cuerpo de custodia y vigilancia de la penitenciaría nacional”. Al analizar la procedibilidad de la acción, señaló que aún “existiendo otro medio de defensa judicial, la Corte ha contemplado dos excepciones que hacen procedente la acción de tutela. La primera, consiste en que el medio o recurso legal existente para obtener el amparo no sea eficaz e idóneo y, la segunda, que la tutela se invoque como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable”.

3.3. En el asunto bajo examen, la Convocatoria No. 335 de 2016, conforme aparece publicado en la página Web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, actualmente se encuentra en la Fase II. Curso, específicamente en el Curso de formación teórico y práctico para varones. Lo que quiere decir que ya se agotó la fase I. Concurso y se está en la tercera etapa de la Fase II. Curso, situación que pone de presente cuan avanzada va la Convocatoria y la premura que tiene el accionante para definir su situación frente a dicha convocatoria.

En relación con la procedibilidad de la acción de tutela para controvertir el acto administrativo particular, por medio del cual se declaró no apto para continuar en el concurso, la Sala estima que el señor Jhon Hamilton Tami puede acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto particular y concreto, sin embargo,

este mecanismo no tiene la virtualidad de ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela, en tanto al estar la Convocatoria en una fase avanzada (Fase II. Curso), se corre el riesgo de que al momento de presentar la demanda de nulidad y restablecimiento ya se haya conformado la lista de elegibles, consumándose la vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

3.4. Resulta pertinente resaltar que tanto en la acción de nulidad como en la de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez puede, como se indicó en párrafos precedentes, decretar medidas cautelares en aras de garantizar provisionalmente el objeto del proceso. No obstante, ello no hace que en el caso bajo estudio las acciones ante el juez contencioso administrativo sean eficaces para lograr la protección integral de los derechos del accionante.

A tal conclusión se llega, tras considerar en esta oportunidad la protección requerida por el señor John Hamilton Tami Pérez presenta cierta premura en tanto la Convocatoria No. 335 de 2016, está en la tercera etapa de la Fase II. Curso, es decir, el próximo paso es la conformación de la lista de elegibles. Por esto, pese a la posibilidad con que cuentan los jueces contencioso administrativos de decretar, por ejemplo, la suspensión provisional del acto administrativo particular y del acto general, la acción de tutela es el mecanismo eficaz de protección de los derechos del accionante, atendiendo al estado en que se encuentra la convocatoria.

3.5. Por las anteriores razones, a juicio de esta Sala, los medios ordinarios de defensa judicial si bien son idóneos no son eficaces para dirimir la controversia que suscitó la instauración de la acción de tutela de la referencia, motivo por el cual el juez constitucional debe pronunciarse de fondo sobre el asunto objeto de revisión, el cual se circunscribe a determinar, si la exclusión del accionante por encontrarlo no apto al presentar ciertas condiciones de salud, trasgredió o no sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso a cargos públicos.

Una vez superado el examen de procedibilidad de la acción de tutela, la Sala continuará con el análisis de fondo del caso sometido a consideración de la Sala Octava de Revisión.

4. Proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de los requisitos médicos exigidos para acceder a cargos públicos

4.1. Una de las manifestaciones del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución de 1991, consiste en la posibilidad que tiene todo ciudadano de participar en el ejercicio, la conformación y el control al poder político, el cual se concreta con lo establecido en el numeral 7º del artículo 40 Superior que dispone que todo ciudadano tendrá derecho a “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (...)”.

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución, “los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. (...) El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (...)”.

4.2. En relación con esta disposición, la Corte Constitucional ha sostenido que las instituciones públicas o privadas pueden exigir requisitos físicos, que deben ser cumplidos por los aspirantes para ingresar a cargos de carrera. Así, excluir a un aspirante que no cumple alguno de los requisitos que han sido exigidos por la institución no vulnera, en principio, los derechos fundamentales de los aspirantes. Lo anterior, siempre y cuando (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión se haya tomado con base en consideraciones objetivas sobre el cumplimiento de las reglas aplicables.

Adicional al cumplimiento de los presupuestos mencionados, estas medidas deberán ser necesarias e importantes para el desempeño de las funciones propias del cargo. En este sentido la jurisprudencia constitucional ha concluido que para que un criterio de selección resulte constitucional, debe reunir dos condiciones, a saber: (i) ser razonable, es decir, que debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo y no puede implicar diferenciaciones injustificadas entre los aspirantes; y (ii) ser proporcional a los fines para los cuales se establece, esto es, que tenga relación con las labores a desempeñar.

En este contexto, en la Sentencia T- 463 de 1996, la Corte Constitucional indicó que los cuerpos armados pueden exigir requisitos que deben ser satisfechos por los aspirantes a los mismos, siempre y cuando estén conformes con las exigencias que se derivan de las cargas de razonabilidad y proporcionalidad, como son:

“En realidad, la persona humana en su esencia es ofendida cuando, para el desempeño de actividades respecto de las cuales es apta, se la excluye apelando a un factor accidental que no incide en esa aptitud. Las entidades estatales y privadas, y por supuesto los cuerpos armados pueden exigir requisitos para ingresar a un determinado programa académico, a cierto tipo de formación especializada o a desempeñar determinadas tareas. Pero los requisitos que se fijen deben ser razonables, no pueden implicar discriminaciones injustificadas entre las personas, y han de ser proporcionales a los fines para los cuales se establecen. De otro lado, no pueden ser establecidas exigencias que lleven implícita o explícita una discriminación o preferencia injustificada. Tampoco es aceptable el señalamiento de requisitos que no guardan proporción con la clase de asunto respecto del cual se convoca a los aspirantes. La naturaleza de cada actividad suministra por sí misma las exigencias correspondientes”.

4.3. Esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el pasado sobre los

requerimientos físicos o de aptitud física, impuestos por las entidades encargadas de desarrollar los concursos de mérito para acceder a cargos de carrera en tres escenarios específicos, estos son: estatura mínima, tatuajes y condiciones de salud.

En virtud de lo anterior, el precedente constitucional ha sostenido que se presume la existencia de un acto discriminatorio, cuando los requisitos de aptitud física (estatura mínima, tatuajes y condiciones de salud) en un concurso de méritos no son proporcionales ni razonables, evento en el cual recae en la entidad accionada el deber de probar que la decisión de exclusión del aspirante está justificada en la relación de necesidad que existe entre lo requerido al aspirante y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer.

A continuación se traerá a colación, por su pertinencia para resolver el caso objeto de estudio, los pronunciamientos realizados previamente por la Corte Constitucional, donde se han estudiado casos relativos a personas que fueron declaradas no aptas para desempeñar el cargo de dragoneantes del INPEC por condiciones de salud.

4.3.1. Así, en la Sentencia T-045 de 2011, la Sala Primera de Revisión conoció la acción de tutela formulada por un aspirante al cargo de dragoneante del INPEC contra la CNSC y el INPEC, tras ser considerado no apto para continuar en el curso de mérito, por padecer una “desviación moderada a severa tabique nasal con obstrucción funcional superior al 30%”. En esa oportunidad, la Corte afirmó que “para que un criterio de selección no resulte ser inconstitucionalidad(sic), debe ser, como mínimo, (i) razonable, es decir, no puede implicar discriminaciones injustificadas entre persona y, (ii) debe ser un criterio proporcional a los fines para los cuales se establece”.

Se anotó en dicha providencia que “si el juez constitucional encuentra que un aspirante es excluido de un concurso de méritos por no cumplir un requisito que es desproporcionado –pues no existe relación de necesidad entre la aptitud física exigida y el desarrollo de las

funciones propias del cargo a proveer-, la entidad accionada tiene la carga de demostrar lo contrario y superar la presunción de discriminación que existe a favor del actor”.

En esta oportunidad, la Sala Primera de Revisión resolvió que CNSC vulneró el derecho fundamental del accionante al acceso y ejercicio de cargos públicos, al excluirlo de la Convocatoria No. 127 de 2009 del INPEC, por no cumplir un requisito de aptitud física que resulta desproporcionado, en tanto no existe relación de necesidad entre la aptitud física exigida y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer. En consecuencia, ordenó a la entidad accionada, readmitir al proceso de selección del concurso al accionante.

4.3.2. Posteriormente, en Sentencia T-785 de 2013, la Sala Tercera de Revisión conoció de varios casos donde los actores fueron calificados como no aptos para la convocatoria de Dragoneante del INPEC, por presentar las siguientes inhabilidades: la proteinuria positiva, la ametropía no corregida, obesidad y trastorno de conducta eléctrica. En esa oportunidad, la Corte consideró:

“es viable exigir determinados requisitos, incluso de naturaleza física, siempre que exista un fundamento científico o médico que acredite dicha posibilidad, con miras –por ejemplo– a disminuir la probabilidad de que se presenten enfermedades o de que se dificulte el cumplimiento de las labores propias del cargo. (...) Sin embargo, tales requerimientos, para no trasgredir el orden constitucional, deben guardar relación con la labor a desempeñar, ser razonables y proporcionales, a más de haber sido previamente publicitados”.

Después de estudiar cada una de las inhabilidades que dieron lugar a que los accionantes de dicha tutela fueran declarados no aptos, como consecuencia de los resultados de la valoración médica, la Sala Tercera de Revisión concluyó que “la CNSC, al igual que las demás entidades demandadas, no conculcaron los derechos fundamentales alegados por los accionantes, esto es, los derechos a la igualdad y al acceso a cargos públicos, en la medida en que las exigencias expuestas son compatibles con la finalidad de los cargos ofertados y se

ajustan a las cargas de razonabilidad y proporcionalidad”.

4.3.3. Por último, en la Sentencia T-798 de 2013, la Sala Cuarta de Revisión conoció la acción de tutela interpuesta por un ciudadano en contra de la CNSC y el INPEC, tras considerar que esas instituciones violaron sus derechos fundamentales al excluirlo de la convocatoria No. 132 de 2012 INPEC, por haber resultado “no apto” alegando como causal de inhabilidad para desempeñar el cargo de dragoneante el “trastorno de la conducción eléctrica (bloqueos y hemobloqueos completos e incompletos)”, y no permitirle en el trámite de la reclamación efectuada, la práctica de un nuevo examen médico. En esta ocasión, se indicó lo siguiente:

“(…) se concluye que al no permitírsele al accionante, en el trámite de la reclamación efectuada, la práctica de un nuevo examen a fin de desvirtuar o confirmar la existencia de “Trastornos de la conducción eléctrica (bloqueos y hemobloqueos completos e incompletos)” y, contrario sensu, dejar en firme la declaratoria de “No Apto”, no obstante de haberse advertido la irregularidad en el procedimiento médico [pues no le indicaron la necesidad de retirar los metales del cuerpo], ocasionó, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, la vulneración al debido proceso y al derecho de acceder y ejercer un cargo público.

No es admisible el argumento esbozado por la entidad accionada, según el cual la práctica de una nueva valoración médica atentaría contra el principio de transparencia del concurso de méritos, toda vez que para esta Sala es claro que constituye una verdadera violación a ese principio el hecho de no controvertir el resultado médico adverso, pues se le está dando un valor absoluto al análisis de un procedimiento que al parecer se realizó sin el lleno de requisitos previstos en los protocolos médicos”.

Con base en tal consideración, la Sala Cuarta de Revisión tuteló los derechos fundamentales invocados por el accionante al debido proceso y al acceso y ejercicio de cargos públicos y, en consecuencia, ordenó a la CNSC (i) readmitir al actor al proceso de selección, (ii) le realice

nuevamente los exámenes médicos exigidos en el concurso y, (iii) si su resultado le es favorable y cumple con los demás requisitos exigidos, proceda a inscribirlo en la lista de elegibles.

4.4. De lo expuesto, se colige que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente en establecer que en los casos donde se necesita de requisitos de aptitud física para ingresar a un concurso de méritos, se deben demostrar criterios proporcionales, razonables y de necesidad, entre la aptitud física exigida y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer. En otras palabras, a la entidad accionada le asiste el deber de demostrar que la decisión de exclusión del aspirante se encuentra justificada en la relación de necesidad que existe entre la aptitud física exigida y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer. Por lo que, se excluye la posibilidad de invocar razones hipotéticas, cuyo soporte sean “hechos inciertos que pueden presentarse o no, y que no fueron respaldados por la entidad mediante conceptos médicos o científicos”.

5. Marco normativo de la Convocatoria No. 335 de 2016 del INPEC -para proveer el cargo de dragoneantes de la institución

5.1. Mediante el Acuerdo No. 563 de 2016 de la CNSC, se reglamentó la Convocatoria No. 335 de 2016 INPEC. Dicho Acuerdo se dio a conocer a todos los aspirantes a través del portal de Internet de la CNSC, medio oficial de divulgación del concurso y de comunicación con los aspirantes, conforme señalan los artículos 13 y 14 del Acuerdo.

5.2. Siguiendo la reglamentación de la Convocatoria, se encuentra que en esta se abordaron los siguientes asuntos: (i) Convocatoria y Divulgación; (ii) Requisitos de participación; (iii) Causales de exclusión; (iv) Generalidades del cargo ofertado; (v) Inhabilidades; (vi) Pruebas; (vii) Valoración médica; (viii) Reclamaciones; (ix) Curso de formación y complementación; (x) Conformación de lista de elegibles y (xi) Periodo de prueba.

5.3. A continuación, se hará referencia a aquellos asuntos regulados en el Acuerdo No. 563 de 2016 que, por su pertinencia para resolver el problema jurídico propuesto (Supra 2), deben ser analizados por la Sala Octava de Revisión.

El empleo de dragoneante que se pretende proveer en la convocatoria a la cual se presentó el señor Jhon Hamilton Tami Pérez, consta de 400 vacantes para integrar la planta global del INPEC. Las funciones de este cargo se encuentran en el artículo 11 del Acuerdo, a saber: “realizar las disposiciones relacionadas con el orden, la seguridad, disciplina, autoridad, convivencia, custodia y vigilancia de las personas privadas de la libertad a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, así como la vigilancia de las instalaciones en el desarrollo de los programas de resocialización, tratamiento integral y protección de derechos fundamentales, cumpliendo las órdenes e instrucciones de los oficiales y suboficiales del cuerpo de custodia”.

En el artículo 4º se determinó la estructura del concurso de méritos para la selección de los aspirantes al proceso de la siguiente forma:

1. 1. “Convocatoria y divulgación
2. 2. Inscripciones
4. 4. FASE I. CONCURSO. (PRUEBAS)
 1. %1.1. Prueba Psicológica Clínica
 2. %1.2. Prueba de valores
 3. %1.3. Prueba físico-atlética

4. %1.4. Entrevista

5. 5. Valoración médica

6. 6. FASE II. CURSO (ART.93 del Decreto Ley 407 de 1994).

1. %1.1. Curso de formación teórico y práctico para mujeres

2. %1.2. Curso de formación teórico y práctico para varones

3. %1.3. Curso de complementación teórico y práctico

7. 7. Conformación de lista de elegibles

8. 8. Periodo de prueba”.

Acto seguido, se establecieron las causales de exclusión de la convocatoria en el artículo 10º, entre las cuales se encuentra “obtener concepto de no apto en la valoración médica”. Luego, en el artículo 48 se indicó que la valoración médica “no constituye una prueba dentro del proceso de selección, sino un trámite previo y obligatorio para ingresar al curso de Formación o Complementación”. En cuanto a las inhabilidades ocupacionales como consecuencia del resultado arrojado en dicha valoración, señaló que las mismas se encuentran reguladas en la Resolución No. 5657 del 24 de diciembre de 2015 del INPEC, por medio de la cual se adopta el profesiograma para el cargo de Dragoneante.

El profesiograma es el documento en el cual se establecieron las “pautas de aptitud psicofísica requeridas en el aspirante a ingresar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC basado en la clasificación de enfermedades y descripciones fisiopatológicas que están contenidas en el mismo, cumpliendo con un criterio de aptitudes morales, físicas, éticas, médicas, y psicológicas”. La finalidad de este instrumento consiste en “garantizar una buena prestación del servicio penitenciario en los establecimientos del orden nacional dependientes del INPEC. A su vez, determinar su capacidad psicofisiológica de acuerdo al perfil ocupacional establecido por el INPEC para el cumplimiento de las actividades que

corresponden a la naturaleza del servicio penitenciario”. Este documento fue elaborado por el Grupo de Salud Ocupacional de la Subdirección de Talento Humano y por la ARL Positiva Compañía de Seguros, y adoptado por el INPEC mediante la Resolución No. 5657 de 2015.

En esta medida, el profesigramo se constituyó en la herramienta para examinar la aptitud de los aspirantes al cargo ofertado, desde la perspectiva de la salud ocupacional, esto es, no sólo como la vía para prevenir el origen de lesiones y enfermedades ocasionadas por las labores y condiciones del trabajo, sino también como el instrumento para garantizar el cabal cumplimiento de sus funciones. Además, la importancia de cumplir con las citadas exigencias radica en el hecho de que el cargo de dragoneante es considerado como una actividad de alto riesgo, lo que demanda una rigurosa capacidad psicofísica en los candidatos.

Adicionalmente, se precisó que el único resultado médico aceptado en la Convocatoria sería aquél proferido por la entidad contratada para llevar a cabo la valoración médica. Sobre este punto, el artículo 50 del Acuerdo No. 563 de 2016 dispone:

“Artículo 50. Importancia y efectos del resultado del examen médico. Con la valoración médica practicada a cada aspirante que supere el concurso, se analiza la aptitud médica y psicofísica, entendida esta de manera general, como la capacidad mental y física que posee un ser humano para desempeñar una actividad y oficio.

La capacidad física es la compatibilidad adecuada, evaluada por el médico examinador, entre el profesigramo psicofísico para una función específica y el conjunto de cualidades y condiciones físicas del aspirante a dicha función. Esta capacidad en cada aspirante citado a practicarse exámenes médicos, se evaluará por medio de los siguientes instrumentos presentes en el profesigramo adoptado por el INPEC: a) la historia clínica ocupacional, con énfasis en el sistema neurológico y osteo-muscular; b) la ficha de evaluación de la carga física y; c) la ficha de evaluación osteo muscular.

La capacidad médica y psicofísica de los aspirantes a ingresar como alumno a la Escuela Penitenciaria Nacional, se califica bajo los conceptos de APTO y NO APTO.

El aspirante que cumpla con todas las condiciones médicas, físicas, psicológicas y demás que le permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad correspondiente, según el profesiograma del empleo de dragoneante establecido por el INPEC, será considerado APTO.

Será calificado NO APTO el aspirante que presente alguna alteración médica, según el profesiograma del empleo de dragoneante establecido por el INPEC, razón por la cual será excluido del proceso de selección.

El único resultado aceptado en el proceso de selección, respecto de la aptitud médica y psicofísica del aspirante, será el emitido por la entidad especializada contratada previamente para tal fin por la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección. (...)”

Finalmente, en el artículo 54 se reglamentó lo relativo a la atención y respuesta de las reclamaciones sobre los resultados de la valoración médica, consagrando que “las reclamaciones de los aspirantes con concepto de no apto, con ocasión de los resultados de la valoración médica serán presentadas ante la universidad (...) que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección, dentro de los dos días siguientes a la publicación de los resultados. (...) Ante la decisión que resuelve la reclamación contra el resultado de la valoración médica no procede ningún recurso.”

Una vez esclarecido el marco normativo de la Convocatoria para el cargo de dragoneantes

del INPEC, procede la Sala a resolver el caso concreto.

6. Caso concreto

6.1. La Comisión Nacional del Servicio Civil no vulneró el derecho fundamental al acceso y ejercicio de cargos públicos del actor al excluirlo de la Convocatoria No. 335 de 2016 INPEC, en tanto la condición médica exigida por dicha entidad en el concurso es un criterio razonable y proporcional para acceder al cargo de dragoneante.

6.1.1. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada en esta oportunidad, una entidad no vulnera derechos fundamentales cuando elimina de un concurso de méritos a un aspirante por no cumplir los requisitos exigidos para participar en el mismo, siempre y cuando (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones, (iii) la decisión se haya tomado con base en el cumplimiento de un requisito objetivo, que deberá ser, además, (iii.i) razonable, es decir, debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo, sin implicar discriminaciones injustificadas entre las personas y (iii.ii) ser un criterio proporcional frente a los fines para los cuales se establece.

6.1.2. Con base en las consideraciones de la presente providencia, encuentra la Sala que, en primer lugar, las normas aplicables al concurso fueron establecidas en el Acuerdo No. 563 de 2016 de la CNSC, en el cual se indicó, en el numeral 6º del artículo 10, que una de las causales de exclusión es “ser calificado no apto en la valoración médica”, puesto que para ingresar a la escuela penitenciaria para realizar el curso de formación de dragoneantes, se debe tener la aptitud médica, psicológica y física, según el profesigramas del empleo de dragoneante.

6.1.3. Dado que el concurso se desarrolló de acuerdo con las disposiciones que lo rigen, conocidas de forma previa por todos los aspirantes, la Sala no encuentra razones para dudar que el proceso de selección se realizó en igualdad de condiciones. Desvirtuándose con ello la presunta vulneración alegada por el accionante del derecho a la igualdad, puesto que no se trató de una actuación sorpresiva de la Administración ni de la exigencia de unos requisitos para algunos aspirantes y no para otros, sino de la exigibilidad de unas reglas en términos de igualdad a todos los participantes.

6.1.4. En este orden de ideas, compete a esta Corporación establecer la razonabilidad y proporcionalidad de las exigencias físicas impuestas al actor en la Convocatoria No. 335 de 2016.

El señor Jhon Hamilton Tami Pérez fue excluido de la convocatoria, por presentar, en el examen médico realizado por FUNDEMOS IPS, trastorno de la conducción eléctrica (bloqueo postero inferior izquierdo del HdH, Inversión de la onda T en D3). Este criterio se encuentra establecido en el punto 4.8 Sistema Cardiovascular, numeral 5 -trastornos de la conducción eléctrica-, del profesiograma adoptado en virtud de la Resolución No. 5657 de 2015 del INPEC; en la cual se indicó que tal condición es una inhabilidad ocupacional para desempeñar el cargo de dragoneante, por ende, el aspirante que presente la anterior condición tendrá la calificación de no apto y será excluido del concurso de méritos.

Advierte la Sala que dicha patología puede alterar la dinámica cardíaca de un trabajador, cuyo riesgo se puede ver agravado como consecuencia de las labores propias del cargo de dragoneante. Así las cosas, no es irrazonable ni desproporcionado que se exija la ausencia de esta deficiencia cardíaca, puesto que su presencia en un aspirante puede comprometer no sólo la adecuada prestación del servicio, sino incluso la integridad física misma del aspirante. De lo expuesto, se concluye que existe una relación lógica entre la exclusión de los candidatos por esta causa y las funciones del cargo, el cual demanda una alta exigencia física.

Como se indicó en las consideraciones de la presente providencia, las funciones de los dragoneantes fueron establecidas en el artículo 11 del Acuerdo No. 563 de 2016, como son: “realizar las disposiciones relacionadas con el orden, la seguridad, disciplina, autoridad, convivencia, custodia y vigilancia de las personas privadas de la libertad a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, así como la vigilancia de las instalaciones en el desarrollo de los programas de resocialización, tratamiento integral y protección de derechos fundamentales, cumpliendo las órdenes e instrucciones de los oficiales y suboficiales del cuerpo de custodia”.

6.1.5. Con base en lo anterior, esta Corporación encuentra que la CNSC actuó de conformidad con las reglas establecidas jurisprudencialmente, en la medida en que las pautas de aptitud psicofísica exigidas a los participantes de la Convocatoria No. 335 de 2016 son compatibles con la finalidad de los cargos ofertados y se ajustan a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Pues no implica discriminaciones injustificadas entre los aspirantes y existe relación de necesidad entre la aptitud física exigida y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer. Adicionalmente, el criterio de exclusión del actor se fundamentó en una inhabilidad resultado de un estudio técnico efectuado por la ARL Positiva, entidad con experticia en salud ocupacional, que fue estableció previamente en el profesiograma.

6.2. La Comisión Nacional del Servicio Civil vulneró el derecho fundamental al debido proceso del señor Jhon Hamilton Tami Pérez al impedirle cuestionar la respuesta otorgada a su reclamación y no practicarle una nueva valoración médica

6.2.1. En el Acuerdo No. 563 de 2016 se determinó que el único resultado médico aceptado, mediante el cual se determina la aptitud o no del aspirante, sería aquél proferido por la entidad FUNDEMOS IPS contratada por la Universidad Manuela Beltrán para llevar a cabo dicha labor. Tal resultado, según el artículo 54 del Acuerdo, puede ser objeto de reclamación por parte de los aspirantes que obtuvieron el concepto de no apto, dentro de los dos días

siguientes a la publicación de los resultados. Sin embargo, estableció que contra la decisión que resuelve la reclamación no procede ningún recurso.

6.2.2. Teniendo claridad sobre lo anterior, procede la Sala a analizar las pretensiones del actor, relativas a (i) la realización de un nuevo examen médico, a fin de desvirtuar o confirmar la existencia de “Trastornos de la conducción eléctrica”. Así como su inconformidad ante (ii) la imposibilidad de controvertir el examen médico realizado en la etapa de valoración médica y (iii) la falta de motivación de la decisión por medio de la cual fue declarado no apto.

De los elementos probatorios obrantes en el expediente, se encuentra que una vez el accionante fue declarado no apto por el resultado de la valoración médica, realizado por la IPS FUNDEMOS, este presentó reclamación ante la Universidad Manuela Beltrán en aras de desvirtuar el resultado del examen. Para tal efecto, allegó un electrocardiograma realizado por un médico particular, en el cual se indicaba la presencia de un ritmo sinusal.

Sin embargo, ante tal solicitud, la Universidad manifestó que (i) en virtud del artículo 50 del Acuerdo No. 563 de 2016 “el único resultado aceptado en el proceso de selección, respecto de la aptitud médica y psicofísica del aspirante, será el emitido por la entidad especializada contratada para tal fin por la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección”; y (ii) no es viable repetir la valoración médica, toda vez que la norma que regula el concurso no permite tal figura, y de accederse se estarían violando los derechos a la igualdad y transparencia que rige todo concurso de méritos.

6.2.3. Con base en los argumentos expuestos por la Universidad Manuela Beltrán para negar la solicitud presentada por el accionante, considera la Sala que resulta razonable que técnicamente no se haya acogido el examen allegado por el accionante para descartar su

inhabilidad ocupacional, pues para el concurso se contrató con una IPS la práctica de los mismos, en aras de garantizar la transparencia en el proceso. No obstante, esta Corporación estima que dicha entidad debió atender adecuadamente la reclamación del accionante al haber advertido la posible inexactitud en la valoración.

La Sala considera que las entidades accionadas debieron ordenar la práctica de un nuevo examen que permitiera corroborar o corregir el diagnóstico médico, ya que era necesario establecer si el examen inicialmente practicado (por parte de la IPS FUNDEMOS) contenía un resultado acertado sobre la condición cardiovascular del accionante, teniendo en cuenta que el electrocardiograma realizado posteriormente, aquel que se practicó el accionante con un médico particular, arrojó un resultado diferente al que dio lugar a su exclusión del concurso, en el cual no se advirtieron los problemas en la conducción eléctrica cardíaca.

6.2.4. Se concluye que el hecho de no permitirle al accionante, en el trámite de la reclamación efectuado, la práctica de un nuevo examen que permita desvirtuar o confirmar la existencia de “Trastornos de la conducción eléctrica” y, por el contrario se haya dejado en firme la declaratoria de no apto pese a la duda que se generó con el resultado del electrocardiograma realizado por el médico particular, ocasionó, por parte de la CNSC, la vulneración al debido proceso del accionante.

La vulneración a este derecho radica en la imposibilidad del señor Tami de cuestionar realmente el acto que lo declara no apto. Tal afirmación encuentra fundamento en el hecho según el cual, al permitirle al accionante elevar una reclamación en contra del acto que lo excluye de la convocatoria, pero no poder practicársele un nuevo examen médico que efectúe una comparación de los dos resultados, hace que la impugnación no controvierta de fondo la decisión de exclusión. Tratándose entonces de una actuación meramente formal que sugiere la posibilidad de objeción, pero que en la práctica no implica una real contradicción y defensa, pues la reclamación elevada por el accionante es resuelta con base en el mismo resultado que generó la exclusión de la convocatoria.

Desconociéndose con ello que una de las garantías que implica el derecho al debido proceso es el derecho de defensa y de contradicción. Para la Corte, “la efectividad de ese derecho en las instancias administrativas supone la posibilidad de que el administrado interesado en la decisión final que se adopte con respecto de sus derechos e intereses, pueda cuestionarla y presentar pruebas, así como controvertir las que se alleguen en su contra (CP, art. 29), pues, a juicio de la Corte, de esta forma se permite racionalizar el proceso de toma de decisiones administrativas, en tanto que ello evidentemente constituye un límite para evitar la arbitrariedad del poder público”.(Negrilla fuera del texto original)

De lo anterior, se desprende que la restricción impuesta en el párrafo 3º del artículo 54 del Acuerdo No. 563 de 2016, según la cual “ante la decisión que resuelve la reclamación contra el resultado de la valoración médica, no procede ningún recurso”, vulnera el derecho al debido proceso del señor Jhon Hamilton Tami Pérez. Por tal razón, se inaplicará dicho artículo en el caso concreto por ir en contra de la Constitución Política.

6.2.5. Con respecto a la manifestación realizada por el actor en el escrito de tutela, relativo a la falta de motivación de la decisión por medio de la cual fue declarado no apto, advierte la Sala que la CNSC desvirtuó lo anterior en el escrito de contestación de la tutela al afirmar que “si bien es cierto, en el aplicativo de la Convocatoria solo se indicó el estado y el examen de la inhabilidad, el aspirante tenía la opción de solicitar copia de los exámenes médicos realizados; por lo cual, en la guía de orientación publicada en la página web de la CNSC, se informó que para poder sustentar la reclamación los aspirantes deberían solicitar los exámenes que consideraran pertinentes a la misma IPS donde les fueron practicados dentro de los 2 días destinados a las reclamaciones.”

En esta medida, la Sala comparte lo expuesto por la CNSC, pues el accionante conocía el procedimiento establecido en la convocatoria para efectuar las reclamaciones con ocasión de

los resultados de la valoración médica, por lo que no le asiste razón al señor Jhon Hamilton Tami Pérez al afirmar que no se le suministró información sobre los resultados de la valoración médica, toda vez que era su responsabilidad solicitar la historia clínica, de considerarlo necesario.

En consecuencia, la Sala Octava de Revisión no adoptara ninguna medida tendiente a satisfacer esta pretensión formulada por el accionante, en tanto del estudio del expediente se desprende que la decisión por medio de la cual se declaró no apto, fue motivada, esto es, los elementos fácticos y las razones de la decisión se soportaron en la normatividad que reglamenta el concurso aplicada a la situación particular del señor Pérez.

7. Síntesis

7.1. En la presente oportunidad, la Sala Octava de Revisión examinó el caso de un aspirante al cargo de Dragoneante que fue excluido de la Convocatoria No. 335 de 2016 del INPEC (para proveer el cargo de dragoneante de la institución), en la etapa de realización de la valoración médica, al ser calificado como no apto, por presentar una inhabilidad ocupacional “por trastornos de la conducción eléctrica cardíaca”.

Con base en la anteriores circunstancias, formuló acción de tutela contra la CNSC y la Universidad Manuela Beltrán, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso y ejercicio de cargos públicos, solicitando al juez constitucional se ordene a las entidades accionadas (i) permitirle continuar en el concurso, (ii) tener acceso a los resultados de la valoración médica en virtud de la cual fue declarado no apto y (iii) que le sea realizada una nueva valoración médica.

7.2. Para lograr un adecuado entendimiento de la controversia, se abordó, (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos generales y particulares; (ii) la proporcionalidad y razonabilidad de los requisitos médicos exigidos para ocupar el cargo de dragoneantes del INPEC; y, (iii) el marco normativo de la Convocatoria No. 335 de 2016 del INPEC -para proveer el cargo de dragoneantes de la institución.

Aún considerando la posibilidad de solicitar que se decreten medidas cautelares en las acciones ante el juez contencioso administrativo, en la ponencia se concluyó que la necesidad de amparar los derechos fundamentales del señor John Hamilton Tami Pérez, hace que la tutela sea el mecanismo eficaz de protección. En tanto, la Convocatoria No. 335 de 2016 está actualmente próxima a la conformación de la lista de elegibles. Por esto, pese a la posibilidad con que cuentan los jueces contencioso administrativos de decretar, por ejemplo, las suspensión provisional de los actos administrativos objeto de cuestionamiento, las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho no gozan de eficacia, en este caso particular, para proteger los derechos del accionante, atendiendo al estado en que se encuentra la convocatoria.

7.4. Una vez superado el análisis de procedibilidad de la acción, la Sala reiteró que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en establecer que, en los casos donde se necesita requisitos de aptitud física para ingresar a un concurso de méritos, los criterios deben ser proporcionales, razonables y necesarios, entre la aptitud física exigida y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer.

De acuerdo con la línea establecida, se ha sostenido que una entidad no vulnera derechos fundamentales cuando elimina de un concurso de méritos a un aspirante por no cumplir los requisitos exigidos para participar en el mismo, siempre y cuando (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía, (ii) el proceso de

selección se haya adelantado en igualdad de condiciones, (iii) la decisión se haya tomado con base en el cumplimiento de un requisito objetivo, que debe ser razonable (perseguir un fin constitucionalmente legítimo, sin implicar discriminaciones injustificadas) y proporcional (en relación con los fines para los cuales se establece).

7.5. Con base en lo anterior, esta Corporación advirtió que la CNSC no vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y al acceso y ejercicio de cargos públicos del señor Jhon Hamilton Tami Pérez, al excluirlo de la Convocatoria No. 335 de 2016. Esto se fundamenta en que (i) el accionante tenía conocimiento y acceso a toda la información relativa a la convocatoria; (ii) a todos los aspirantes se les realizó la misma valoración médica, teniendo como documento guía el profesigramas; (iii) la inhabilidad resultante del electrocardiograma practicado al accionante, fue previamente establecida en el punto 4.8.5 del profesigramas, en el cual se indicó que tal condición médica (trastornos de la conducción eléctrica cardíaca) es un impedimento para ocupar el cargo de dragoneante. Dando con ello lugar a la configuración de una de las causales de exclusión de la Convocatoria, específicamente aquella consagrada en el numeral 6º del artículo 10º del Acuerdo 563 de 2016, cual es: “obtener concepto de no apto en la valoración médica”.

7.6. Adicionalmente, se constató que la CNSC vulneró el derecho fundamental al debido proceso del accionante, (i) al no permitir la presentación de recurso alguno contra la decisión que resolvió su reclamación con ocasión del resultado de la valoración médica, y (ii) al negarse a practicarle un nuevo examen médico que le permitiera desvirtuar o confirmar la existencia de “Trastornos de la conducción eléctrica”. En tanto, la CNSC dejó en firme la declaratoria de no apto del accionante, pese a la duda que se generó con el resultado del electrocardiograma realizado por el accionante con un médico particular, en el cual no se advirtió la condición médica referida en la valoración llevada a cabo por la IPS contratada para el concurso de méritos.

Con base en lo anterior, se inaplicará el párrafo 3º del artículo 54 del Acuerdo No. 563 de 2016, según la cual “ante la decisión que resuelve la reclamación contra el resultado de la

valoración médica, no procede ningún recurso” por ir en contra del artículo 29 de la Constitución Política de 1991.

7.7. Por tal motivo, se concluyó que al actor le fue vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, razón por la cual hay lugar a ordenar que se readmita al proceso de selección de la Convocatoria No. 335 de 2016 al accionante, con el fin de que se le realice nuevamente los exámenes médicos exigidos en el concurso y, si su resultado le es favorable y cumple con el lleno de los demás requisitos exigidos, se proceda a inscribirlo en la lista de elegibles.

8. Órdenes a proferir

En concordancia con lo anterior, la Sala concluye que la Comisión Nacional del Servicio Civil vulneró el derecho fundamental del actor al debido proceso, al impedir: (i) la práctica de un nuevo examen que le permitiera desvirtuar o confirmar la existencia de “Trastornos de la conducción eléctrica”; y (ii) la presentación de un recurso para oponerse a la decisión adoptada con ocasión de la reclamación por él presentada ante los resultados de la valoración médica.

En consecuencia, se revocarán las decisiones proferidas en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué –Sala de Decisión Penal, el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), y en segunda instancia, por la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal, el dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017). En su lugar, se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil, (i) que se inaplique el párrafo 3º del artículo 54 del Acuerdo No. 563 de 2016 (ii) que readmita al proceso de selección de la Convocatoria No. 335 de 2016 al señor Jhon Hamilton Tami Pérez, se le realice nuevamente los exámenes médicos exigidos en el concurso y, si su resultado le es favorable y cumple con el lleno de los demás requisitos exigidos, se proceda a inscribirlo en la lista de elegibles.

III. III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas, en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué –Sala de Decisión Penal, el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), y en segunda instancia, por la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal, el dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017), dentro del proceso de tutela promovido por Jhon Hamilton Tami Pérez contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Manuela Beltrán, y en su lugar PROTEGER su derecho fundamental al debido proceso.

Segundo.- ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que en el término de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de esta providencia, readmita al señor Jhon Hamilton Tami Pérez al proceso de selección de la Convocatoria No. 335 de 2016 del INPEC, le realice nuevamente los exámenes médicos exigidos en el concurso y, si su resultado le es favorable y cumple con el lleno de los demás requisitos exigidos, se proceda a inscribirlo en la lista de elegibles.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-441/17

ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS-No se demostró la afectación (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS-No existe un precedente que vincule la solución del presente asunto (Salvamento de voto)

Referencia: Sentencia T-441 de 2017

Expediente T-6.029.789

ALBERTO ROJAS RÍOS

En atención a la ponencia presentada a consideración de la Sala Octava de Revisión, en el expediente de la referencia, me permito presentar Salvamento de Voto, al no compartir la resolución de fondo del asunto, esto es, la de revocar las sentencias proferidas en primera y segunda instancia, por las siguientes razones:

1. 1. Si bien se comparte que es viable, en circunstancias especiales, ordenar la admisión de un aspirante a un concurso público cuando se vulnera su derecho al debido proceso, en el presente asunto no se demuestra tal afectación, con fundamento en las siguientes dos razones:

1. %1.1. El tutelante sí contó con una oportunidad legal de impugnar el examen médico realizado; sin embargo, la decisión fue negativa. Por tanto, era razonable que las reglas del concurso únicamente posibilitaran una única impugnación y no varias. Del hecho de que el tutelante no comparta la decisión inicial como tampoco la derivada de su impugnación no se sigue que se hubiese vulnerado el derecho al debido proceso del actor, en particular a impugnar las decisiones administrativas.

1.2. La presentación de un examen distinto al inicialmente practicado no puede considerarse una razón suficiente para considerar que se desconoció el derecho del tutelante a impugnar las decisiones administrativas.

1. No existe un precedente que vincule la solución del presente asunto, a pesar de que existen tres antecedentes en temas semejantes con diferentes soluciones jurídicas: sentencias T-045 de 2011 (ampara el derecho fundamental al acceso y ejercicio de cargos

públicos), T-785 de 2013 (niega las pretensiones) y T-798 de 2013 (ampara los derechos al debido proceso y al acceso y ejercicio de un cargo público).

2. La decisión judicial más próxima a la situación fáctica del tutelante es la contenida en la sentencia T-798 de 2013. Sin embargo, la ratio decidendi que fundamentó la garantía de los derechos invocados y la orden de realizar nuevamente el procedimiento médico fue la existencia de irregularidades en su desarrollo. En particular, no se advirtió al concursante que para la realización del procedimiento debía retirar los elementos metálicos que tuviese en su cuerpo; como consecuencia, se concluyó que el procedimiento “al parecer se realizó sin el lleno de los requisitos previstos en los protocolos médicos”. De hecho, tal apartado se cita a fl. 21 de la sentencia. En el presente asunto no se acredita razón válida alguna que permita inferir que el examen médico que se realizó al aspirante hubiese sido producto de algún error o una praxis indebida.

Atentamente,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

