

Sentencia T-572/15

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

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 contenciosa administrativa. Sin embargo, esta Corporación también ha señalado que hay, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

PROCESO DE SELECCION DE PERSONAL-Facultad de las entidades públicas y privadas para establecer requisitos de ingreso a determinado programa o cierto tipo de formación especializada para desempeñar específicas tareas

La Corte ha sostenido que las instituciones públicas o privadas pueden exigir requisitos para ingresar a un determinado programa o cierto tipo de formación especializada para desempeñar específicas tareas; por lo tanto, excluir a un aspirante que no cumple cualquiera de los requisitos que han sido previstos por la institución, no vulnera derechos fundamentales. Lo anterior, siempre y cuando (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de tales requisitos, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables.

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

DERECHO AL DEBIDO PROCESO, TRABAJO Y ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Vulneración por

CNSC al excluir de concurso para dragoneante con fundamento en un requisito que no es necesario para el adecuado desempeño de las funciones

DERECHO AL DEBIDO PROCESO, TRABAJO Y ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Orden a CNSC admitir a accionante en proceso de selección para que continúe realizando las pruebas correspondientes al concurso de méritos que se adelanta para aspirantes al cargo de dragoneante

Referencia: Expedientes T-4835429 y T-4840608

Acciones de tutela presentadas por Miguel Ángel Núñez Ramírez y Selene Quiceno Mafla, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil quince (2015)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y los Magistrados Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos en primera y segunda instancia, por los despachos judiciales que a continuación se mencionan:

1. En segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el cuatro (4) de febrero de dos mil quince (2015), y en primera, por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá el veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014), dentro de la acción de tutela presentada por Miguel Ángel Núñez Ramírez, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil[1] y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario[2] (expediente T-4835429).

2. En segunda, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el veintinueve (29) de enero del presente año, y en primera, por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Cali el diez (10) de diciembre de dos mil catorce, dentro de la acción de tutela presentada por Selene Quiceno Mafla, contra la CNSC y INPEC (expediente T-4840608).

3. Mediante auto del once (11) de junio de dos mil quince (2015), la Sala de Selección Número Seis decidió acumular entre sí los expedientes T-4835429 y T-4840608.

I. ANTECEDENTES

Los peticionarios de los procesos que se estudian interpusieron acciones de tutela contra la CNSC y el INPEC, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso y ejercicio de cargos públicos, al ser excluidos de la Convocatoria No. 315 de 2013 del INPEC (para proveer el cargo de dragoneante de la institución), en la etapa de realización de los exámenes médicos, donde fueron calificados como no apto al no cumplir algunas condiciones físicas requeridas dentro del proceso. En consecuencia, solicitaron que se ordene a las entidades accionadas permitirles continuar en el concurso.

A continuación se hará una exposición detallada de cada uno de los procesos de la referencia.

A. Hechos dentro de las acciones de tutela

Expediente T-4835429

1. El señor Miguel Ángel Núñez Ramírez[3] se presentó a la convocatoria No. 315 de 2013, realizada por la CNSC para proveer, por concurso de méritos, la vacante de Dragoneante, código 4114, grado 11 en el INPEC[4].

2. Señaló que se presentó en julio de 2014 a las pruebas de aptitudes y obtuvo una calificación aprobatoria de 63.84 puntos[5], superando “las pruebas de competencias funcionales y de personalidad”[6].

3. Posteriormente, debido a la calificación favorable obtenida[7], el actor efectuó

consignación por valor de quinientos setenta mil pesos (\$570.000)[8] para realizarse las pruebas médicas. Los resultados de aptitud médicos fueron publicados el veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014), siendo calificado el peticionario como no apto[9].

4. Inconforme con la decisión, instauró derecho de petición ante la entidad accionada y el veinticuatro (24) de octubre del referido año, se dio respuesta en la que se le indicó que fue calificado como no apto, por tener “bajo peso índice de masa corporal menor a 18.4 y que para poder darme una respuesta se requiere que asista nuevamente a la IPS donde realice los exámenes médicos iniciales y allí verifique nuevamente la talla y el peso”[10].

5. Agregó el accionante que el Decreto 407 de 1994 en el artículo 119 “dentro de los requisitos de Ley para ingresar al INPEC, NO SEÑALA ÍNDICE DE MASA CORPORAL como tal, por consiguiente la CNSC no tiene razón”[11] (mayúscula sostenida dentro del texto original).

6. En consecuencia, solicitó que se ordene a las entidades accionadas permitirle continuar en el concurso.

Expediente T-4840608

1. La señora Selena Quiceno Mafla[12] se presentó a la convocatoria No. 315 de 2013, realizada por la CNSC para proveer, por concurso de méritos, la vacante de Dragoneante, código 4114, grado 11 en el INPEC[13].

2. Señaló que se presentó a las pruebas de aptitudes obteniendo una calificación aprobatoria de 25.55 puntos[14]. Debido a la calificación favorable obtenida la accionante efectuó consignación por valor de quinientos setenta mil pesos (\$570.000)[15] para realizarse las pruebas médicas.

Posteriormente, indicó la tutelante que al consultar los resultados de los referidos exámenes, la notificaron como no apta[16], por padecer de hipotiroidismo[17]. Razón por la cual realizó la respectiva reclamación en el término exigido[18]. Respuesta que obtuvo el veintiséis (26) de octubre de dos mil catorce (2014), donde le informaron que debía presentarse “de nuevo en el mismo centro médico”[19] para que le fueran realizados otra vez los exámenes médicos respectivos.

El veintinueve (29) de octubre de ese año “el mismo médico en el instante de la consulta me informa que de nuevo me rechaza por la misma causa y plasma el concepto de NO APTO”[20].

3. La accionante al no estar de acuerdo con los resultados obtenidos se dirigió a su EPS, Salud total, solicitando “el mismo tipo de examen e historia clínica” donde se le certificó que el estado de salud de ésta “es normal y no padece de ninguna enfermedad”[21].

4. Agregó que “como había detectado que AUDIOMET S.A.S., empresa donde me citaron... no era el mismo al que yo le consigne el pago de los exámenes, (SIPLAS), lo que fundó de sobremanera mi desconfianza respecto a su dictamen, me dirigí al propio laboratorio contratista... en la ciudad de Bogotá y me realicé el mismo tipo de examen el cual arrojó resultado de 4.02 Mcul/ml, siendo para éste centro de medicina el rango normal de mi edad”[22].

5. Por ello, el cinco (5) de noviembre de dos mil catorce (2014) elevó derecho de petición ante las entidades demandadas, las cuales guardaron silencio[23].

6. Por último adujo que “para el 8 de diciembre de 2014 cumplió 25 años. Los resultados, salieron antes de cumplir los 25 años y la convocatoria fue en el 2013”[24], por lo cual consideró que cumple con el requisito de la edad para participar dentro del concurso de mérito al que se presentó.

7. Así, solicitó “tener como determinante los exámenes médicos realizados... en el centro de diagnósticos SIPLAS, para que se emita el concepto de ‘APTO’”[25], pues es en dicha entidad donde la CNSC asignó la realización de los exámenes, y en consecuencia se ordene a las entidades accionadas permitirle continuar en el concurso.

B. Respuesta de las entidades accionadas

Expediente T-4835429

1. El doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014), el Asesor Jurídico de la CNSC solicitó en su escrito de contestación, que se negara la acción de tutela, por cuanto no vulneró los derechos fundamentales del accionante. Señaló, además, 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, pues lo que se pretende controvertir son actos administrativos[26].

Por otra parte, señaló que los requisitos médicos que deben cumplir los aspirantes inscritos en la convocatoria están señalados en la Resolución No. 003168 de 2013 del INPEC, anexo 5, en la cual se establece “como una de las inhabilidades médicas el índice de masa corporal menor a 18.4”, por lo cual es una causal general de no aptitud para el cargo de dragoneante[27]. Siendo en este caso “responsabilidad de cada aspirante verificar que no se encontrará incurso en ninguna de ella, como quiera que las calidades exigidas eran de indispensable cumplimiento”[28].

2. El catorce (14) de noviembre siguiente, la Coordinadora de tutelas del INPEC anotó no haber vulnerado ningún derecho fundamental, pues “verificada las pretensiones del accionante... no corresponde” a dicha entidad acceder a lo solicitado, por lo cual se está bajo una falta de legitimidad en la causa por pasiva. Por ende, pidió que se declare la improcedencia de la acción de amparo frente a la institución demandada que representa[29].

Expediente T-4840608

1. El primero (1º) de diciembre de dos mil catorce (2014), la Coordinadora de tutelas del INPEC manifestó no haber violado ningún derecho fundamental, pues verificada las pretensiones del accionante, no corresponde a la entidad acceder a la solicitud, por la que afirma que está bajo una falta de legitimidad en la causa por pasiva. Por ende, pidió que se declare la improcedencia de la acción de amparo frente a la institución demandada que representa[30].

2. En la misma fecha anteriormente referida, el Asesor Jurídico de la CNSC pidió, en su escrito de contestación, que se negara la acción de tutela, por cuanto no infringió los derechos fundamentales de la accionante. Expresó, además, que no es procedente acceder a la petición del actor en tanto el competente para conocer de este tipo de asuntos es el juez contencioso administrativo, pues lo que se pretende controvertir son actos administrativos[31].

Adicionalmente, anotó que los requisitos médicos que deben cumplir los aspirantes inscritos

en la convocatoria están señalados en la Resolución No. 003168 de 2013 del INPEC, anexo 5, en la cual se establece que “una de las inhabilidades médicas para dragoneantes” son las enfermedades relacionadas con el sistema endocrino[32]. Por ende, “el único examen válido dentro de la Convocatoria No. 315 de 2013, fue el practicado por SIPLAS, quien determinó que la accionante no es apta para el empleo” al tener “un índice de masa corporal mayor a 25 con perímetro abdominal mayor a 88 cm, hipertiroidismos, displacia L5-S1”[33].

Igualmente, expresó que la accionante “en ejercicio de la autonomía de la voluntad, decidió de manera libre y espontánea participar en el concurso de mérito... conociendo las normas fijadas para su desarrollo, disponiendo con ello acatarlas en su integridad”[34].

i) El representante legal de la Clínica Nuestra Señora del Rosario señaló que en una consulta ginecológica del veintitrés (23) de abril de dos mil catorce, le fue indicada a la paciente frente a las pruebas de TSH y T4 Libre que “no padece trastorno alguno de tiroides, clínico ni subclínico”[35]. Sin embargo, solicitó que se declare y decrete “la improcedencia e inexistencia de la vulneración de derechos fundamentales por parte de nuestra IPS”[36], por falta de legitimación en la causa por pasiva.

ii) La administradora de la EPS SALUD TOTAL anotó que al verificar la historia clínica fue “hallado que la única atención que en los últimos tres años ha recibido la señora Selena Quiceno Mafla, fue el 23 de agosto de 2013, en la que consultó por deseos de concepción”[37], por lo cual se le ordenó exámenes de TSH “para buscar causas de HUA”, no obstante, refirió que “no hay registro del control, ni del resultado del examen solicitado, el cual podría descartar el hipotiroidismo subclínico que refiere en el escrito de tutela”[38]. Por ende agregó que se debe “requerir a la IPS donde fue atendida, toda vez, que las custodia y guarda de la historia clínica no es de la EPS sino de la IPS”[39]. Igualmente, solicitó ser desvincula de la presente acción de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva[40].

iii) El Jefe Administrativo y Financiero de COOEMSSNAR IPS Pasto indicó que dicha entidad suscribió un contrato con SIPLAN S.A., cuyo objeto era “la prestación de servicios de salud de conformidad con un nivel de complejidad, lo habilitado por las autoridades competentes”. Por lo cual, contrario a lo manifestado por la tutelante, “nuestra

contratación... estaba plenamente autorizada”[41]. Refirió que “en virtud de las obligaciones contraídas se presentó servicios de laboratorio Clínico a las personas que, en su oportunidad, remitió SIPLAS”. Por ello, los resultados de las pruebas diagnósticas “fueron analizadas por personal idóneo, debidamente capacitado y dentro de una institución habilitada por las autoridades competentes”[42].

C. Decisiones objeto de revisión

Expediente T-4835429

1. En primera instancia, el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, en sentencia[43] del veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014), negó la acción de tutela al estimar que: i) la exclusión del accionante dentro del proceso de selección del concurso de mérito “tuvo como causa la aplicación de un criterio objetivo previamente establecido, que no puede ser calificado como arbitrario o irrazonable”; y ii) el actor pretende censurar el contenido del anexo 5 de la Resolución No. 003161 del veintiuno (21) de octubre de dos mil trece (2013), en concordancia con los artículos 36 y 38 del mencionado acuerdo, por lo cual resulta improcedente que el juez de tutela se pronuncie sobre el contenido de un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto que debe ser atacado ante la jurisdicción contenciosa administrativa[44].

2. El actor, mediante escrito presentando el tres (3) de diciembre del referido año, impugnó la decisión del juez de primera instancia bajos similares argumentos presentados en la acción de amparo.

3. En segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del cuatro (4) de febrero de dos mil quince, confirmó el fallo de primera instancia por las mismas razones.

Expediente T-4840608

1. En primera instancia, la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Cali en fallo del diez (10) de diciembre de dos mil catorce (2014), negó la acción de tutela al considerar que cuando se trata de controvertir actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, como el caso de un concurso de mérito para acceder a cargos

público, debe ser atacado ante la jurisdicción contenciosa administrativa[45].

Por último, aclaró que “si bien la accionante hace alusión a otras sentencias de tutela que protegieron los derechos de personas que se han sometido al proceso para ingresar por concurso de mérito al INPEC, es preciso destacar que cada caso debe ser analizado de manera particular, no siendo viable en este momento predicar vulneración al derecho a la igualdad, cuando se ha establecido la inactividad de la señora Selena Quiceno Mafla, en agotar los trámites pertinentes”[46].

2. El actor, mediante escrito presentando el dieciséis (16) de diciembre del referido año, impugnó la decisión del juez de primera instancia bajos similares argumentos presentados en la acción de amparo. Sin embargo, agregó que “si se partiera de la hipótesis de la existencia de la inhabilidad médica, no puede comportar discriminación desproporcionada, irrazonable e injusta, toda vez que las funciones del cargo público de Dragoneante del INPEC, corresponden al nivel asistencia con diversidad de desempeño de actividades”[47] que se encuentran establecidas en el artículo 12 del Acuerdo 502 de 2013.

3. En segunda instancia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del veintinueve (29) de enero dos mil quince, confirmó el fallo de primera instancia por las mismas razones.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

Presentación del caso y problema jurídico

1. Los petitionarios de los procesos que se estudian (expedientes T-4835429 y T-4840608), interpusieron acciones de tutela en forma independiente, contra la CNSC y el INPEC por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso y ejercicio de cargos públicos.

Señalaron que las entidades accionantes les comunicaron que no podía continuar en el proceso de selección de la Convocatoria No. 315 de 2013 del INPEC (para ocupar el cargo de dragoneante del INPEC), porque en el examen médico que les realizaron, fueron calificados como no aptos. El primer accionante, por tener “bajo peso índice de masa corporal menor a 18.4” (expedientes T-4835429) y la segunda, por padecer de hipotiroidismo (expediente T-4840608); a juicio de los peticionarios dichas razones resultan discriminatorias, pues sus condiciones de salud no obstaculiza el desarrollo de las funciones que son propias del cargo.

2. Ahora bien, para analizar si efectivamente las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales del señor Miguel Ángel Núñez Ramírez (expedientes T-4835429) y de la señora Selene Quiceno Mafla (expediente T-4840608), la Sala procederá a resolver el siguiente problema jurídico: ¿vulneran unas entidades encargadas de realizar un concurso abierto de méritos (CNSC y el INPEC) para ocupar un cargo público (dragoneante del INPEC) los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso y ejercicio de cargos públicos de una persona, al 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 (“bajo peso índice de masa corporal menor a 18.4” e hipotiroidismo)?

3. Pues bien, para desarrollar el problema jurídico planteado, la Sala deberá reiterar la jurisprudencia constitucional sobre (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos; y (ii) la proporcionalidad y racionalidad de los requisitos médicos y físicos exigidos para ocupar el cargo de dragoneantes del INPEC, considerando la naturaleza de las funciones que desempeñan. Después se analizará la situación concreta del peticionario.

Procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos – Reiteración de jurisprudencia

4. 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 acudir para controvertir actos administrativos que reglamentan o

ejecutan un concurso de méritos.[48] 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 contenciosa administrativa.

Sin embargo, esta Corporación también ha señalado que hay, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada:[49] (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales[50] y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Por ello, que cuando se trate de controvertir actos administrativos que imponen criterios referentes a la apariencia física de un aspirante, como es el caso del concurso de méritos del INPEC, el asunto debe ser analizado de otra manera, cuando el efecto concreto de dichas normas de carácter general y, por ende, el acto particular en el cual ellas se manifiestan, afecta la situación específica de determinadas personas, concretamente en lo que respecta a la vigencia y protección de sus derechos fundamentales.

En este sentido, en la sentencia T-1098 de 2004[51], se estableció que: “es claro que escapa de la competencia del juez de tutela la pretensión que subyace en los argumentos expresados por el accionante, de que actúe como juez abstracto del contenido de un acto administrativo de tal naturaleza. Ello, sin embargo, no impide al juez que conoce del amparo entrar a determinar si tales contenidos pueden lesionar derechos fundamentales en un evento particular, caso en el cual puede proceder ordenando su inaplicación, que no equivale en modo alguno a un pronunciamiento definitivo sobre la validez del acto”[52].

Jurisprudencia constitucional sobre la proporcionalidad, racionalidad y necesidad de los requisitos médicos y físicos exigidos para el cargo de dragoneantes del INPEC, considerando la naturaleza de las funciones que desempeñan

6. La Corte ha sostenido que las instituciones públicas o privadas pueden exigir requisitos para ingresar a un determinado programa o cierto tipo de formación especializada para desempeñar específicas tareas[53]; por lo tanto, excluir a un aspirante que no cumple cualquiera de los requisitos que han sido previstos por la institución, no vulnera derechos fundamentales. Lo anterior, siempre y cuando (i) los candidatos hayan sido previa y

debidamente advertidos acerca de tales requisitos, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables.[54]

7. Esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los requerimientos físicos para acceder a cargos de carrera[55] en tres escenarios específicos: i) estatura mínima; ii) tatuajes; y iii) salud; jurisprudencia que a continuación se expondrá en detalle[56]. Así, se ha señalado que, en principio, su exigencia no transgrede el ordenamiento constitucional, siempre y cuando tengan una relación con la función a desempeñar por la persona, en términos de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

Estatura mínima

8. Precisamente, una de las primeras sentencias frente a estatura mínima fue la T-463 de 1996[57], en la cual la Sala estudió la situación de una joven que se inscribió a un concurso para ingresar al curso de suboficiales femeninos del cuerpo administrativo del Ejército, en la especialidad de sistemas. Tras la práctica de la prueba médica, la peticionaria fue calificada no apta por baja estatura, y rechazada para continuar en el proceso. En dicha oportunidad la Corte señaló que “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”[58].

9. Adicionalmente, la Sala Octava mediante la providencia T-1098 de 2004[59], estudió un caso en la cual se le exigió a una persona cumplir una estatura mínima para entrar al cuerpo de dragoneantes del INPEC; en esta ocasión se estableció que el requisito “por cuyo incumplimiento el actor resultó excluido es razonable y proporcional, pues no existen elementos de juicio para restar validez a las conclusiones de carácter empírico expuestas por la entidad accionada, relacionadas con el impacto positivo en la disciplina de la población carcelaria y las facilidades prácticas para el cumplimiento de los fines de la institución que representa el hecho de que el personal de custodia cuente con una estatura no inferior al límite establecido que, en este caso, lejos está de reputarse como exagerado - “contrario a la razón o a la naturaleza humana” -, si se tiene en cuenta que está por debajo del promedio nacional”.

Se argumentó por parte de esa Sala que el requisito censurado “tiene como fin facilitar a la

entidad la conservación de la disciplina de la población carcelaria en los diferentes procedimientos inherentes al ejercicio de sus competencias, lo cual a su vez, asegura, favorece la seguridad de los reclusos, así como de los funcionarios responsables de su custodia. El medio al que se acude, entre otros muchos dirigidos a ese fin, corresponde a un límite de la estatura mínima del personal que aspira a asumir la custodia y vigilancia de la población carcelaria lo cual, dando crédito a las conclusiones que la entidad ha expresado sobre el particular, parece un mecanismo adecuado en tanto: i) no representa una restricción basada en una categoría censurable en sí misma, ii) no tiene un móvil arbitrario o caprichoso y, iii) no representa una discriminación de una franja de la población que pueda considerarse débil o marginada” [60].

10. Cuatro (4) años después, en la providencia T-1266 de 2008[61], la Sala Quinta de Revisión analizó el caso de varias mujeres que fueron retiradas de un concurso para ocupar el cargo de dragoneantes del INPEC, dado que no cumplieron el requisito de estatura mínima y porque una de ellas padecía de escoliosis. En esta oportunidad, la Sala no encontró probado “el argumento de que el requerimiento de una determinada altura para quienes han de desempeñar el cargo de dragoneantes del INPEC, se basa en la influencia psicológica o la mayor autoridad o respetabilidad que pueda imponerse a los reclusos, con lo cual la conducta del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario deviene, a todas luces, en discriminatoria”. La Sala consideró que no había proporcionalidad entre la exigencia de una determinada estatura o de la presencia de escoliosis, por la funciones del cargo, y determinó que existía una presunción de discriminación a favor de las peticionarias[62].

Salud

12. En cuanto a casos relacionados por motivos de salud para desempeñar el cargo de dragoneante, la Sala Primera de Revisión mediante la sentencia T-045 de 2011[63], conoció un caso donde el CNSC y el INPEC consideró no apto a un candidato para adelantar un curso de mérito para el cargo de Dragoneante, por padecer de “desviación septal”. En esa oportunidad, se estableció “que las exigencias de ciertas calidades dentro de un proceso de selección son necesarias, pero sí pueden ser cuestionables cuando los requisitos requeridos carecen de importancia ante la realización de las funciones del cargo sujeto a concurso. En ese sentido, se ha concluido que para que un criterio de selección no resulte ser inconstitucional, 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”[64].

13. Posteriormente, mediante el fallo T-785 de 2013[65], la Sala Tercera de Revisión conoció de varios casos donde los actores fueron calificados como no aptos para la convocatoria de Dragoneante, por presentar determinadas inhabilidades, en concreto, se señalaron: la proteinuria positiva, la ametropía no corregida, la obesidad y el trastorno de conducta eléctrica.

En esa oportunidad se anotó que “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, siempre y cuando se acrediten las demás exigencias previamente expuestas. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que a través del estudio de los distintos oficios y profesiones, es posible determinar con criterio científico, las condiciones específicas que no son compatibles con la labor que se prestará, entre otras, por la ocurrencia de posibles enfermedades ocupacionales... 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”[66].

14. Por último, en la sentencia T-798 de 2013[67], 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 y no permitirle en el trámite de la reclamación efectuada, la práctica de un nuevo examen médico. En esta ocasión, se anotó que “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”. Además, se estimó en este caso que la CNSC debió evaluar la proporcionalidad de la medida[68].

15. De lo expuesto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en establecer que en los casos donde se necesita de requisitos de aptitud física para ingresar a un concurso de méritos, se debe demostrar criterios de proporcionalidad, racionalidad y necesidad, entre la aptitud física exigida y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer.

16. Además esta Corte ha sostenido que las exigencias de ciertas calidades dentro de un proceso de selección pueden llegar a ser pertinentes, siempre que exista un fundamento científico o médico que acredite dicha posibilidad; pero pueden ser cuestionables los requisitos requeridos cuando se encierran en contravía del orden constitucional, generando con ello posibles discriminaciones en razón de la apariencia física.

17. En ese sentido, para que un criterio de selección no resulte ser inconstitucional, debe, como mínimo ser: i) razonable, donde no implique discriminaciones injustificadas entre las personas; ii) proporcional a los fines para los cuales se establece; y iii) necesario, en la que se justifique la relación que existe entre la aptitud física y el desarrollo de las funciones propias del cargo.

Casos concretos

18. Disponiendo de los elementos constitucionales, jurisprudenciales y fácticos a los que se ha hecho referencia en los puntos anteriores, esta Sala pasa a analizar cada caso; no sin antes hacer unas consideraciones generales para resolver ambos asuntos, debido a la similitud de hechos que se presenta en las acciones de tutela.

19. La CNSC y el INPEC vulneraron los derechos fundamentales del señor Miguel Ángel Núñez Ramírez (expedientes T-4835429) y la señora Selene Quiceno Mafla (expediente T-4840608), al excluirlos de la Convocatoria No. 315 de 2013 del INPEC, con fundamento en un requisito que no es necesario para el adecuado desempeño de las funciones del cargo a

proveer

20. De acuerdo a lo establecido en el fundamento 6 de esta sentencia, una entidad no vulnera derechos fundamentales cuando elimina de un concurso 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 adelante en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables.

21. En los casos concretos la Sala encuentra, en primer lugar, que las normas que rigen el concurso fueron establecidas en la Convocatoria No. 315 de 2013 de la CNSC y el INPEC, la cual establece, en el numeral 10 del artículo 10, que una de las causales de exclusión de la convocatoria es “ser calificado NO APTO en la valoración médica realizada”. Las pruebas para determinar si los aspirantes no cumplen estas aptitudes están señaladas en la Resolución No. 003168 de 2013 del INPEC[69]. Ambas disposiciones se dieron a conocer a todos los aspirantes a través de la página web de la CNSC[70], que es el medio oficial de divulgación del concurso, y de comunicación con los aspirantes, conforme lo señalando en los artículos 4 y 14 de la convocatoria.

22. En segundo lugar, los aspirantes tuvieron que acreditar el cumplimiento de requisitos generales (artículo 20 de la convocatoria), (i) para ingresar a la escuela de formación del INPEC para realizar el curso de formación o complementación (artículo 43) y (ii) para el nombramiento y posesión (artículo 68).

El cumplimiento de estos tres grupos de requisitos arroja una calificación, reglamentada en el artículo 5 de la convocatoria, y de acuerdo al puntaje obtenido por los participantes la entidad elabora la lista de elegibles, encabezada por quien obtenga el mayor puntaje.

Durante el proceso de selección del concurso de méritos, los aspirantes deben realizarse unas pruebas médicas. En el presente caso la entidad contratada para realizar los diagnósticos médicos fue SIPLA. Los aspirantes fueron calificados de acuerdo al cumplimiento o no de las aptitudes médicas, físicas o psicológicas exigidas en la Resolución No. 0003168 de 2013 del INPEC (anexos 3, 5 y 6) para el cargo en concurso. Por lo tanto, dado que el concurso se desarrolló conforme a lo previsto en 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.

23. Constata la Sala que además, el criterio por el cual la entidades accionadas eliminaron a los accionante del proceso de selección se encuentra consagrado en el anexo 5 de la Resolución No. 0003168 de 2013; en éste se establece que será “una de las inhabilidades médicas para dragoneantes” tener un índice de masa corporal menor a 18.4 y padecer de enfermedades relacionas con el sistema endocrino.

24. Sin embargo, deben analizarse las particularidades de los casos frente a las razones esgrimidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil para considerar como no aptos a los actores y excluirlos del concurso.

25. Expediente T-4835429

En el caso del señor Miguel Ángel Núñez Ramírez, la CNSC se limitó a indicar dentro del escrito de contestación de la tutela que las restricciones que cuestiona el actor las conocía éste porque fueron previamente plasmadas en las reglas del concurso correspondiente a la Convocatoria No. 315 de 2013[71].

Para la Sala, las respuestas de la entidad, (la correspondiente al derecho de petición que presentó, como la de tutela), se refirieron a que una limitación, en este caso, para continuar con el concurso de dragoneante es tener “bajo peso de masa corporal menor a 18.4”, de conformidad con lo establecido en el anexo 5 de la Resolución N° 003168 de 2013.

26. Al respecto, la Sala considera que el requisito de tener una masa corporal no inferior a 18,4, observado en abstracto, es razonable. En efecto, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS) el índice de masa corporal es una medida utilizada de forma extendida, prácticamente universal, para determinar condiciones médicas asociadas al sobrepeso o insuficiencia de peso. Este límite entonces se basa en el desarrollo de un estándar científico ampliamente aceptado para establecer qué debe entenderse médicamente por masa corporal insuficiente. [72]

Sin embargo, también advierte la OMS acerca de las posibles deficiencias que puede acarrear el uso de este criterio, indicando que posee un componente subjetivo. Ese

componente hace referencia a que, en virtud de las diferencias de composición física de las personas, estos índices pueden llevar a conclusiones erradas acerca del peso saludable para cada persona. Estatura, contextura o constitución física y musculatura son variables que pueden llevar a que la estimación derivada del IMC sea solo eso, un dato ilustrativo de la condición de la persona, pero no un dato indiscutible que la ubique en las categorías de insuficiencia ponderal (de peso), sobrepeso u obesidad. En ese sentido, la Organización citada advierte que: “El IMC proporciona la medida más útil del sobrepeso y la obesidad en la población, puesto que es la misma para ambos sexos y para los adultos de todas las edades. Sin embargo, hay que considerarla a título indicativo porque es posible que no se corresponda con el mismo nivel de grosor en diferentes personas”[73].

Ese carácter indicativo (no definitivo o determinante) del criterio también se refleja en las normas que regulan el acceso o permanencia en el concurso para acceder al cargo de dragoneante y, especialmente, en la necesidad de acompañar la medición con la del perímetro de la zona abdominal, en los casos de sobrepeso, según el IMC. Sin embargo, no existe en esa normativa una medida similar, que permita concluir, con suficiente seguridad, en qué casos el IMC inferior al peso normal debe considerarse un problema para el ejercicio de un determinado cargo que como el que nos ocupa requiere.

Si bien las autoridades a quienes corresponde adelantar concursos para la selección de las personas más aptas para desarrollar determinadas funciones deben tener presente el carácter indicativo del IMC al momento de tomar decisiones acerca de la exclusión o permanencia de una persona del proceso, de manera que las determinaciones que adopten se basen en un análisis conjunto de los requisitos y no en una aplicación a la manera de “todo o nada” del criterio basado en el IMC. De igual manera, la autoridad de reclutamiento deberá tomar en consideración al momento en que se efectúa una valoración conjunta de los requisitos, que la exclusión de un aspirante no debe suponer una afectación irrazonable o desproporcionada de sus derechos, en atención a las etapas y requisitos ya superados.

27. A pesar de que en los primeros exámenes no se encuentra el dato específico acerca de cuál era el IMC del actor, sino únicamente la constancia de que no superaba el umbral mínimo mencionado, la Defensoría del Pueblo[74] argumenta que se halla muy cerca del mismo y que poco tiempo después superó ese inconveniente, lo que demostró, a partir de exámenes realizados por la entidad SIPLAS[75], empresa acreditada para evaluar las

aptitudes médicas de los aspirantes dentro del concurso. En los documentos adjuntos, en efecto, figura con una masa corporal del 18.793, incluso por encima de la prevista en el concurso, en este caso menor a 18.4[76].

Aunque la acreditación de determinada masa corporal puede ser una exigencia en un concurso en el que se requiere seleccionar personas con características particulares para desempeñar un oficio, una condición superable, no puede convertirse en el argumento único para negar a una persona la permanencia en el mismo, cuando como en este caso (i) aunque el aspirante no superaba el umbral mínimo establecido como requisito, estaba muy cerca del mismo; (ii) poco tiempo después acreditó ese umbral, y (iii) había presentado y superado todas las pruebas previas relativas al concurso.

28. La Sala concluye que la CNSC debió valorar en conjunto los requisitos para determinar si el actor por estar a muy pocas décimas de la masa mínima exigida, podía superar esa condición, permitiéndole continuar con el trámite de acceso a un cargo público, mediante una evaluación de las exigencias previstas en el concurso que permitiera brindarle garantías al interesado en cuanto al goce efectivo del derecho del actor a acceder a cargos públicos.

En consecuencia, se revocará la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá del cuatro (4) de febrero de dos mil quince (2015), que confirmó la denegación del amparo emitido por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá el veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014), y en su lugar, se tutelaré el derecho, ordenándose que el actor continúe en el proceso.

29. Expediente T-4840608

Por otra parte, como se anotó en el numeral 21 de esta providencia, para poder ingresar al concurso, los convocados debían superar, entre otros requisitos, un examen médico realizado por SIPLA, entidad encargada de evaluar la aptitud ocupacional de los aspirantes al cargo de dragoneante, para lo cual la Comisión Nacional del Servicio Civil reguló el concurso mediante Resolución N° 003168 de 2013.

En el caso de la señora Selena Quiceno Mafla, ésta fue convocada para la realización de los exámenes médicos, los cuales pagó para realizarse en (SIPLAS) pero los llevaron a cabo en

AUDIOMET S.A.S., y dieron como resultado “No Apta”, porque se encontró que tenía un trastorno endocrino, siendo por ello excluida del proceso.

Como no estuvo conforme con el resultado del examen, se realizó uno nuevo en la EPS Salud Total que arrojó como resultado que no tenía ningún problema en su salud.[77]

Pero para asegurarse del resultado se practicó otra prueba igual en el laboratorio en el que inicialmente se le había indicado por la entidad se practicarían las pruebas oficiales (SIPLAS), el que arrojó “como resultado 4.02 Mcul/ml, siendo para éste centro de medicina el rango normal” de su edad.[78]

30. Por ello, presentó una petición en la que requirió tener en cuenta los dos exámenes médicos anteriormente señalados, debido a que estos corroboraban que ella no padecía de hipotiroidismo.

31. Considera la Sala que la entidad debió resolver el requerimiento, teniendo en cuenta las pruebas allegadas por la actora, y con base en estas, autorizar la práctica de un nuevo examen que permitiera corroborar o corregir el diagnóstico médico, lo cual no ocurrió, pues simplemente se le informó que el examen controvertido había sido efectuado por profesionales idóneos contratados para la realización de las pruebas, sin que dicha respuesta se hubiera fundamentado en la constatación relativa así el examen inicialmente llevado a cabo contenía un resultado correcto teniendo en cuenta que dos exámenes posteriores ofrecían otra respuesta.

33. En consecuencia, se revocará la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del veintinueve (29) de dos mil quince (2015), que confirmó la denegación del amparo emitido por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Cali el diez (10) de diciembre de dos mil catorce (2014).

Se ordenará a las entidad accionada, garantizar el goce efectivo del derecho de la demandante a acceder y ejercer cargos públicos, y en consecuencia que ésta se admitida al proceso de selección del concurso.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá del cuatro (4) de febrero de dos mil quince (2015), que confirmó la denegación del amparo emitido por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá el veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014). En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso y ejercicio de cargos públicos del señor Miguel Ángel Núñez Ramírez.

Segundo.- ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, admita al señor Núñez al proceso de selección de la Convocatoria No. 315 de 2013 del INPEC, para que continúe realizando las pruebas correspondientes al concurso de méritos que se adelanta para aspirantes al cargo de dragoneante.

Tercero.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del veintinueve (29) de enero dos mil quince (2015), que confirmó la denegación del amparo emitido por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Cali el diez (10) de diciembre de dos mil catorce (2014). En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso y ejercicio de cargos públicos de la señora Selena Quiceno Mafla.

Cuarto.- ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, admita a la señora Selena Quiceno Mafla en el proceso de selección de la Convocatoria No. 315 de 2013 del INPEC, para que continúe realizando las pruebas correspondientes al concurso de méritos que se adelanta para aspirantes al cargo de dragoneante.

Quinto.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MONCALEANO

Secretaria General

[1] En adelante, en ambas acciones de tutela cuando se haga mención a la Comisión Nacional del servicio Civil, esta será identificada por su sigla CNSC.

[2] En adelante, en ambas acciones de tutelas, al hacer referencia al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, este será identificado por su sigla INPEC.

[3] La cédula de ciudadanía del actor tiene como número 1.033.735.511 de Bogotá. Nació el veintitrés de julio de mil novecientos noventa y uno, por lo que actualmente tiene 24 años de edad. Folio 13 expediente T-4835429. En adelante siempre que se haga mención a un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[4] Folio 1, expediente T-4835429.

[5] Folio 7.

[6] Folio 1.

[7] Folio 8.

[8] Consignación realizada por el actor el veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014). Folio 12.

[9] Resultado de exámenes médicos del actor expedido por la Comisión Nacional de Servicios Civiles. Folio 9, expediente T-4835429.

[10] Folio 1.

[11] Folio 2.

[12] La cédula de ciudadanía de la actora tiene como número 1.112.469.002 de Cali. Nació el ocho (8) de diciembre de mil novecientos ochentainueve (1989). Folio 8 del expediente T-4840608. En adelante siempre que se haga mención a un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[13] Folio 1.

[14] Folio 12.

[15] Consignación realizada por la actora el veintinueve (29) de septiembre de dos mil catorce (2014). Folio 43.

[16] Folio 185.

[17] Folio 2.

[18] Folio 2.

[19] Folio 2.

[20] Folio 2.

[21] Folios 2, 9, 10 y 11.

[22] Folio 3.

[23] Folio 2.

[24] Folio 3.

[25] Folio 5.

[26] Folio 28, expediente T-4835429.

[28] Folio 32, expediente T-4835429.

[29] Folio 26, expediente T-4835429.

[30] Folio 81, expediente T-4840608.

[31] Folio 84, expediente T-4840608.

[32] Folio 88, expediente T-4840608.

[33] Folio 89, expediente T-4840608.

[34] Folio 90, expediente T-4840608.

[35] Folio 94, expediente T-4840608.

[36] Folio 96, expediente T-4840608.

[37] Folio 101, expediente T-4840608.

[38] Folio 102, expediente T-4840608.

[39] Folio 102, expediente T-4840608.

[40] Folio 105, expediente T-4840608.

[41] Folio 121, expediente T-4840608.

[42] Folio 122, expediente T-4840608.

[43] Folios 49 a 68, expediente T-4835429.

[44] Folio 65, expediente T-4835429.

[45] Folio 158, expediente T-4840608.

[46] Folios 160 y 161, expediente T-4840608.

[47] Folio 182, expediente T-4840608.

[48] Ver entre otras sentencias SU-458 de 1993 (MP Jorge Arango Mejía), donde la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos de ejecución del concurso de méritos de la rama judicial cuando el actor no había hecho uso de ellos; T-315 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), en la cual la Corte luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996. T-1198 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), en esta oportunidad la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos administrativos dentro del proceso de selección en la Aeronáutica Civil, ni tampoco existía un perjuicio irremediable, pues los accionantes no cumplían con los requisitos mínimos exigidos para participar en el concurso.

[49] T-600 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

[50] Ver por ejemplo la sentencia T-100 de 1994 (MP Carlos Gaviria Díaz). En esta sentencia, la Sala Cuarta de Revisión precisó respecto de la procedibilidad de la acción de tutela lo siguiente: “cuando el juez de tutela halle que existe otro mecanismo de defensa judicial aplicable al caso, debe evaluar si, conocidos los hechos en los que se basa la demanda y el alcance del derecho fundamental violado o amenazado, resultan debidamente incluidos TODOS los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y COMPLETA del derecho fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alternativo de defensa. Si no es así, si cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser examinado por el juez ordinario a través de los procedimientos previstos para la protección de los derechos de rango meramente legal, entonces, no sólo procede la acción de tutela, sino que ha de tramitarse como la vía procesal prevalente. Así como la Constitución no permite que se subplante al juez ordinario con el de tutela, para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por

las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias". Luego, la sentencia T-046 de 1995 (MP José Gregorio Hernández Galindo), en la cual la Corte analizó el caso de una empresa industrial y comercial del Estado, cuyos empleados son trabajadores oficiales, y a pesar de no estar obligada a hacerlo, realiza un concurso de méritos para proveer un cargo. El actor obtiene el primer lugar entre los participantes y es nombrado provisionalmente en el cargo, mediante contratos temporales. Posteriormente, se le informó que no había partida presupuestal para su nombramiento y, finalmente, en su lugar se nombró a otra persona que no había participado en el concurso. La Sala encontró que las acciones contencioso administrativas no eran idóneas para proteger los derechos del actor y procedió a tutelar sus derechos por considerar que la administración había desconocido el principio de buena fe, al iniciar un procedimiento de concurso y posteriormente, no haber proveído el cargo de conformidad con sus resultados.

[51] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[52] En esta oportunidad, se revisó un caso en el cual el accionante, que había prestado su servicio militar en el INPEC, se presentó a una convocatoria realizada por dicha entidad para un curso de complementación para dragoneantes. Sin embargo, se le negó el acceso por no tener la estatura mínima exigida. Algunas razones brindadas por el INPEC para la necesidad de la medida suponían el impacto psicológico que, en un medio de violencia, la estatura genera. La Corte estudió la razonabilidad y proporcionalidad del citado requisito, pues -prima facie- no puede considerarse que requerimientos antropométricos sean inconstitucionales. Para ello, estableció que resultaba esencial tener en cuenta la función que los aspirantes cumplirían y que, para este caso, era de seguridad. A continuación consideró que el requisito se había hecho público con antelación al ingreso de las personas a la convocatoria y que, de hecho, la altura exigida estaba por debajo del promedio nacional, lo que no la hacía irrazonable. De manera que, al no ser, en criterio de la Sala, una medida en sí misma reprochable, ni de carácter caprichoso o de incidencia específica en una franja poblacional tradicionalmente discriminada, no era viable conceder el amparo.

[53] T-463 de 1996 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

[54] T-463 de 1996 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

[55] Véase, entre otras, las Sentencias T-463 de 1996, T-1098 de 2004, C-452 de 2005,

T-1266 de 2008, C-403 de 2010, C-820 de 2010, T-045 de 2011 y T-257 de 2012.

[56] Véase, entre otras, las Sentencias T-463 de 1996, T-1098 de 2004, C-452 de 2005, T-1266 de 2008, C-403 de 2010, C-820 de 2010, T-045 de 2011 y T-257 de 2012.

[57] MP José Gregorio Hernández Galindo.

[58] En la referida acción de amparo, se tuteló los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio de la actora, y se ordenó que fuera admitida en el curso para suboficiales del cuerpo administrativo, especialidad de sistemas, de la Quinta Zona de Reclutamiento.

[59] MP Álvaro Tafur Galvis.

[60] En esta ocasión se estableció “que no existe prueba alguna en el expediente que indique que el accionante haya diligenciado y presentado oportunamente el formulario de inscripción, como tampoco que su supuesto rechazo haya sido ocasionado por no tener la estatura requerida en la convocatoria, lo que impide afirmar la vulneración del derecho a la igualdad que se le enrostra al INPEC”.

[61] M.P. Mauricio González Cuervo.

[63] MP. María Victoria Calle Correa.

[64] En dicha acción de amparo se estableció que CNSC vulneró el derecho fundamental del actor 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, y en consecuencia, ordenó a la entidad accionada, garantizar “el goce efectivo del derecho del actor a acceder y ejercer cargo públicos, (i) que se inaplique el punto 15 del numeral F del artículo 14 de la Resolución No. 09260 de 2009; y (ii) que se le readmita al proceso de selección del concurso, se le realicen las pruebas faltantes, y si las mismas son aprobadas, y cumple con el lleno de los demás requisitos exigidos, se le inscriba en la lista de elegibles”.

[65] MP Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV Jorge Iván Palacio Palacio

[66] En esta ocasión la Sala encontró que la CNCS no conculcó “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”.

[67] MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[68] La Sala Cuarta de Revisión tuteló los derechos fundamentales invocados por el accionante al debido proceso y al acceso y ejercicio de un cargo público y, en consecuencia, ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil readmitir al proceso de selección del concurso al actor, le realice nuevamente los exámenes médicos exigidos en el concurso y, si su resultado le es favorable y cumple con los demás requisitos exigidos, proceda a inscribirlo en la lista de elegible.

[69] “Por la cual se modifica el Profesiograma, Perfil Profesiográfico e Inhabilidades Médicas para el empleo de Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC”.

[70] <https://www.cnsc.gov.co/index.php/convocatorias/315-de-2013-inpec-dragoneantes>.

[71] Folio 32.

[72] <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs311/es/>

[73] Nota descriptiva N°311, de enero de 2015.

[74] Folio 7 cuaderno de revisión.

[75] La fecha realizada de los primeros exámenes de habilidades fue el veinticuatro (24) de octubre de dos mil catorce (folio 10).

[76] Folio 19 cuadernos de revisión.

[77] El 10 de octubre de 2014 se realizó exámenes de TSH y T4. En el laboratorio SIPLAS, arrojando el siguiente resultado: “4.02 Mcul/ml, no padece ningún problema de salud”.

[78] El examen fue realizado el veintiuno (21) de noviembre de dos mil catorce (2014). Folio 11.