

CONCURSO DE MERITOS PARA PROVEER CARGOS EN EL INPEC-Proporcionalidad, racionalidad y necesidad de requisitos médicos y físicos

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

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.

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

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.

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

ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS-Improcedencia por cuanto no se evidenció un perjuicio irremediable y la actuación de la administración no fue irrazonable ni desproporcionada

Referencia: Expedientes acumulados

(i) T-6.090.449; (ii) T-6.102.513; (iii) T-6.105.393; (iv) T-6.106.834; y (v) T-6.115.113.

Acciones de tutela presentadas por:

(i) Yurhy Jiménez Alegría; (ii) Keidyn Derazo Zambrano; (iii) Melissa Arciniegas Cabrera; (iv) Daniel Nausil Gómez; y (v) Paola Bravo Daza y otros contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Instituto Nacional Penitenciario -INPEC-, la Universidad Manuela Beltrán y la Fundemos I.P.S.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre 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 Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

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

1.- Sentencia de 27 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Laboral- dentro de la acción de tutela promovida por Yurhy Jiménez Alegría contra la Comisión Nacional del Servicio Civil; confirmada por la de 8 de marzo de 2017, dictada por la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral- (expediente T-6.090.449).

2.- Sentencia de 20 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Penal- dentro de la acción de tutela promovida por Keidyn Derazo Zambrano contra la Comisión Nacional del Servicio Civil; confirmada por la de 14 de marzo de 2017, dictada por la Corte Suprema de Justicia -Sala Penal- (expediente T-6.102.513).

3.- Sentencia de 25 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Penal- dentro de la acción de tutela promovida por Melissa Arciniegas Cabrera contra la Comisión Nacional del Servicio Civil; confirmada por la de 16 de marzo de 2017, dictada por la Corte Suprema de Justicia -Sala Penal- (expediente T-6.105.393).

4.- Sentencia de 24 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Laboral- dentro de la acción de tutela promovida por Daniel Nausil Gómez contra la Comisión Nacional del Servicio Civil; confirmada por la de 15 de marzo de 2017, dictada por la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral- (expediente T-6.106.834).

5.- Sentencia de 24 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Laboral-, dentro de la acción de tutela promovida por Paola Bravo Daza, Jhon Piscal Ponce y otros (acumulados) contra la Comisión Nacional del Servicio Civil; confirmada por la de 22 de marzo de 2017, dictada por la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral- (expediente T-6.115.113).

Los procesos de la referencia fueron escogidos y acumulados por la Sala de Selección de Tutelas Número Seis, mediante auto proferido el 16 de junio de 2017.

I. ANTECEDENTES

En los expedientes que enseguida pasan a resumirse se presentan los casos de varias personas que manifiestan haber sido excluidas arbitrariamente de la Convocatoria 335 de 2016 -reglamentada por el Acuerdo 563 de 2016, cuyo objeto era proveer 400 cargos en el Instituto Colombiano Penitenciario y Carcelario, en adelante, INPEC-, 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. Dicho proceso, por tratarse de un concurso público de méritos, estuvo a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil -en adelante, CNSC-. A continuación se referirán los cinco asuntos que han sido sometidos a estudio de la Corte.

1. Expediente T-6.090.449

1.1.- La señora Yurhy Jiménez Alegría se presentó a la Convocatoria 335 de 2016 adelantada por la CNSC para proveer, por concurso de méritos, la vacante de “Dragoneante”, código 4114, grado 11 en el INPEC.

Señaló que con tal fin proporcionó los documentos requeridos, gracias a los cuales superó la etapa de cumplimiento de requisitos. Sin embargo, afirmó que en la etapa de valoración médica fue declarada “no apto” (prueba electrocardiograma) para continuar con la fase ulterior de la convocatoria referida.

Inconforme con dicha decisión, la accionante siguió el proceso de reclamación ante la CNSC y la Universidad Manuela Beltrán -en adelante, UMB- para obtener mayores detalles sobre los resultados de la valoración médica. En respuesta a la misma, la CNSC y la Universidad precisaron que la razón por la cual la aspirante fue excluida del proceso no se debió al examen de electrocardiograma sino al incumplimiento de uno de los requisitos básicos de la convocatoria denominado “estatura mínima”, pues de acuerdo con lo estipulado en el artículo 52 del Acuerdo 563 de 2016, la estatura mínima exigida en mujeres es de 1.58 metros y la de la accionante es de 1.51 metros, por lo que al no cumplir con dicho requisito el resultado de su valoración médica fue “no apto”.

1.2. Ante estos hechos, la demandante interpuso acción de tutela por considerar que la exclusión del proceso concursal no tuvo una justificación razonable y vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso y ejercicio de cargos públicos.

1.3. De la acción referida, conoció, en primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Pasto -Sala Laboral-. Admitida la acción, se corrió traslado a las partes para que se pronunciaran sobre los hechos que motivaron la solicitud de amparo.

1.4. La CNSC, mediante oficio de 23 de enero de 2017, señaló que la acción de tutela es improcedente por cuanto con la misma se pretende contrariar las reglas establecidas para regir el proceso de selección “Convocatoria 335 de 2015” y con ello, el Acuerdo 563 de 2016 (que la reglamenta) y es un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto. Adicionalmente, indicó que la demandante cuenta con otros recursos judiciales para controvertir las actuaciones que considera vulneratorias de sus derechos fundamentales como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que lo perseguido en el caso se encuentra encaminado a atacar la legalidad del acto administrativo por medio del cual se convocó el concurso público de méritos.

Por otra parte, afirmó la CNSC que la accionante al inscribirse aceptó las reglas, términos y condiciones de la Convocatoria 335 de 2015 y con ello, que iba a ser sometida a diversas pruebas y valoraciones de las cuales dependería su continuidad en el proceso reseñado. En el caso concreto de la accionante indicó que verificada su historia clínica, se constató que su estatura es de 1.51 metros, es decir, inferior al mínimo de 1.58 metros establecido para las mujeres aspirantes en el profesiograma.

Finalmente, agregó que acatando el procedimiento establecido por la norma que rige la convocatoria se revisaron los resultados de la valoración médica en atención a la reclamación de la aspirante y se concluyó que no hay lugar a la modificar el estado de “no apto”, por las razones antes reseñadas.

1.5.- El INPEC, en oficio de 23 de enero de 2017 arguyó que la entidad no es competente para satisfacer las pretensiones de la accionante ni para dar trámite a su requerimiento, toda vez que la competencia en la verificación de los antecedentes que permiten que una persona

pueda seguir dentro de la Convocatoria 335 de 2016 radica en la CNSC. Concluyó que por lo anterior, (i) la entidad no ha vulnerado ni amenaza con vulnerar derecho fundamental alguno de la accionante y (ii) que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, motivo por el cual solicita ser desvinculada de la presente actuación.

1.6. La Universidad Manuela Beltrán y Fundemos IPS -entidades contratadas para desarrollar la etapa de valoración médica del concurso- manifestaron que dicha etapa se fundamentó legalmente en las inhabilidades médicas establecidas en la Resolución 005657 de 2015 que adopta el “Profesiograma 2” para el proceso concursal del INPEC. Que los exámenes practicados a la accionante evidenciaron que su estatura es de 1.51 metros, es decir, inferior a la mínima requerida en la norma precitada, lo cual constituye una inhabilidad y le impide continuar en el proceso de selección.

A lo anterior, agregó que los exámenes se realizaron con observancia de todos los protocolos y reglamentos vigentes, es decir, debidamente certificados y aprobados por las respectivas entidades de control. Finalmente, reiteró que conforme al Acuerdo 563 de 2016 (artículo 50) “el único resultado aceptado en el proceso de selección (...) será el emitido por la entidad especializada contratada previamente para tal fin” por la CNSC.

1.7. Mediante sentencia de 27 de enero de 2017, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Laboral- resolvió negar por improcedente la acción de tutela promovida por Yurhy Jiménez Alegría contra la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Sustentó que la decisión de excluir a la accionante por el resultado obtenido en la valoración médica en relación con la “talla” exigida para el cargo al cual concursaba y la decisión de no incluirla nuevamente, se adoptó “en cumplimiento de las competencias y obligaciones dentro del proceso de selección y con acogimiento de las normas que rigen la Convocatoria a la que esta se inscribió, sin que ello implique la vulneración de los derechos fundamentales invocados como conculcados”. De esta manera, concluyó que las pretensiones de la

accionante “son asuntos que en manera alguna competen al juez de tutela” en la medida en que existen otros recursos judiciales idóneos (jurisdicción de lo contencioso administrativo) y dado que no se evidenció la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

1.8. El apoderado de la demandante impugnó la decisión de primera instancia, señalando: (i) que la inhabilidad por la cual fue excluida la señora Yurhy Jiménez Alegría no estaba claramente determinada en el informe de valoración médica; (ii) que no tuvo oportunidad de ejercer el derecho reclamación “que está contenido en las reglas del concurso de méritos” y, (iii) que estas presuntas irregularidades constituían una vulneración del derecho al debido proceso de la accionante.

Como corolario de lo anterior, solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales de la señora Jiménez Alegría, en su calidad de aspirante al cargo de dragoneante del INPEC.

1.9. Mediante sentencia de 8 de marzo de 2017, la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral- confirmó el fallo impugnado reiterando los argumentos expresados por el a quo, añadiendo que lo que cuestiona la accionante no es una vulneración de un derecho fundamental sino el fundamento normativo (Acuerdo 563 de 2016) por el cual fue excluida del proceso concursal dirigido por la CNSC.

2. Expediente T-6.102.513

2.1. La señora Keidyn Derazo Zambrano se presentó a la Convocatoria 335 de 2016 adelantada por la CNSC para proveer, por concurso de méritos, la vacante de “Dragoneante”, código 4114, grado 11 en el INPEC. Tras presentar las diferentes pruebas y valoraciones obtuvo como resultado de las mismas la calificación de “no apto” (índice de masa corporal) y en consecuencia fue excluida del proceso de selección.

En respuesta a la situación anterior, la accionante propuso reclamación ante la CNSC y la Universidad Manuela Beltrán, quienes indicaron que la razón por la cual fue excluida del proceso se debió a que presenta un índice de masa corporal inferior (bajo peso) al requerido por el cargo para el cual aspira, de acuerdo con lo estipulado en el “Profesiograma 2” los niveles óptimos de IMC deben estar entre 18.5 y 25 (peso normal) y la accionante se encuentra en 17.96 (bajo peso).

2.2. Inconforme con lo anterior, la demandante interpuso acción de tutela por considerar que la exclusión del proceso concursal no tuvo una justificación razonable y vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso y ejercicio de cargos públicos. De la acción referida, conoció, en primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Penal-. Admitida la acción, se corrió traslado a las partes para que se pronunciaran sobre los hechos que motivaron la solicitud de amparo.

2.3. La CNSC, mediante oficio de 12 de enero de 2017, señaló que la acción de tutela es improcedente por cuanto con la misma se pretende contrariar las reglas establecidas para regir el proceso de selección “Convocatoria 335 de 2015” y con ello, el Acuerdo 563 de 2016 (que la reglamenta) y es un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto. Adicionalmente, indicó que la demandante cuenta con otros recursos judiciales para controvertir las actuaciones que considera vulneratorias de sus derechos fundamentales como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que lo perseguido en el caso se encuentra encaminado a atacar la legalidad del acto administrativo por medio del cual se convocó el concurso público de méritos.

Por otra parte, afirmó la CNSC que la accionante al inscribirse aceptó las reglas, términos y condiciones de la Convocatoria 335 de 2015 y con ello, que iba a ser sometida a diversas pruebas y valoraciones de las cuales dependería su continuidad en el proceso reseñado. En

el caso concreto de la accionante indicó que verificada su historia clínica, se constató que su IMC es de 17.96 (peso bajo), esto es, inferior al mínimo de 18.5 (peso normal) establecido para las mujeres aspirantes en el “Profesiograma 2”.

Finalmente, agregó que acatando el procedimiento establecido por la norma que rige la convocatoria se revisaron los resultados de la valoración médica en atención a la reclamación de la aspirante y se concluyó que no hay lugar a la modificar el estado de “no apto”, por las razones antes reseñadas.

2.4. El INPEC, en oficio de 11 de enero de 2017 arguyó que la entidad no es competente para satisfacer las pretensiones de la accionante ni para dar trámite a su requerimiento, toda vez que la competencia en la verificación de los antecedentes que permiten que una persona pueda seguir dentro de la Convocatoria 335 de 2016 radica en la CNSC. Concluyó que por lo anterior, (i) la entidad no ha vulnerado ni amenaza con vulnerar derecho fundamental alguno de la accionante y (ii) que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, motivo por el cual solicita ser desvinculada de la presente actuación.

2.5. La Universidad Manuela Beltrán y Fundemos IPS manifestaron que dicha etapa se fundamentó legalmente en las inhabilidades médicas establecidas en la Resolución 005657 de 2015 que adopta el “Profesiograma 2” para el proceso concursal del INPEC. Que los exámenes practicados a la accionante evidenciaron que su IMC es de 17.96 (bajo peso), es decir, inferior a la mínima requerida en la norma precitada, lo cual constituye una inhabilidad y le impide continuar en el proceso de selección.

A lo anterior, agregó que los exámenes se realizaron con observancia de todos los protocolos y reglamentos vigentes, es decir, debidamente certificados y aprobados por las respectivas entidades de control. Finalmente, reiteró que conforme al Acuerdo 563 de 2016 (artículo 50) “el único resultado aceptado en el proceso de selección (...) será el emitido por la entidad

especializada contratada previamente para tal fin” por la CNSC.

2.6. Mediante sentencia de 20 de enero de 2017, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Penal- resolvió negar por improcedente la acción de tutela promovida por Keidyn Derazo Zambrano contra la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En su decisión, el a quo argumentó que examinado el proceso de concurso de méritos para proveer cargos en el INPEC no observó “un perjuicio o trasgresión de los derechos fundamentales deprecados” comoquiera que la exclusión del proceso de la demandante tuvo como fundamento la aplicación de causales que además de ser objetivas, estuvieron justificadas y fueron previamente conocidas por todos los aspirantes.

2.7. El apoderado de la demandante impugnó la decisión de primera instancia, señalando: (i) que la inhabilidad por la cual fue excluida la señora Keidyn Derazo Zambrano no estaba claramente determinada en el informe de valoración médica “ni obedece a razones técnicas, científicas y razonables”; (ii) que no tuvo oportunidad de ejercer el derecho reclamación “que está contenido en las reglas del concurso de méritos” y, (iii) que estas presuntas irregularidades constituían una vulneración del derecho al debido proceso de la accionante.

2.8. Mediante sentencia de 14 de marzo de 2017, la Corte Suprema de Justicia -Sala Penal- confirmó el fallo impugnado reiterando los argumentos expresados por el a quo, añadiendo que lo que cuestiona la accionante no es una vulneración de un derecho fundamental sino el fundamento normativo (Acuerdo 563 de 2016) por el cual fue excluida del proceso concursal dirigido por la CNSC.

3. Expediente T-6.105.393

3.1. La señora Melissa Arciniegas Cabrera se presentó a la Convocatoria 335 de 2016 adelantada por la CNSC para proveer, por concurso de méritos, la vacante de “Dragoneante”, código 4114, grado 11 en el INPEC. Tras presentar las diferentes pruebas y valoraciones obtuvo como resultado de las mismas la calificación de “no apto” (índice de masa corporal) y en consecuencia fue excluida del proceso de selección.

En respuesta a la situación anterior, la accionante propuso reclamación ante la CNSC y la Universidad Manuela Beltrán, quienes indicaron que la razón por la cual fue excluida del proceso se debió a que presenta un índice de masa corporal inferior (bajo peso) al requerido por el cargo para el cual aspira, de acuerdo con lo estipulado en el “Profesiograma 2” los niveles óptimos de IMC deben estar entre 18.5 y 25 (peso normal) y la accionante se encuentra en 17.52 (bajo peso).

3.2. Inconforme con lo anterior, la demandante interpuso acción de tutela por considerar que la exclusión del proceso concursal no tuvo una justificación razonable y vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso y ejercicio de cargos públicos. De la acción referida, conoció, en primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Penal-. Admitida la acción, se corrió traslado a las partes para que se pronunciaran sobre los hechos que motivaron la solicitud de amparo.

3.3. La CNSC, mediante oficio de 17 de enero de 2017, señaló que la acción de tutela es improcedente por cuanto con la misma se pretende contrariar las reglas establecidas para regir el proceso de selección “Convocatoria 335 de 2015” y con ello, el Acuerdo 563 de 2016 (que la reglamenta) y es un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto. Adicionalmente, indicó que la demandante cuenta con otros recursos judiciales para controvertir las actuaciones que considera vulneratorias de sus derechos fundamentales como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que lo

perseguido en el caso se encuentra encaminado a atacar la legalidad del acto administrativo por medio del cual se convocó el concurso público de méritos.

Por otra parte, afirmó la CNSC que la accionante al inscribirse aceptó las reglas, términos y condiciones de la Convocatoria 335 de 2015 y con ello, que iba a ser sometida a diversas pruebas y valoraciones de las cuales dependería su continuidad en el proceso reseñado. En el caso concreto de la accionante indicó que verificada su historia clínica, se constató que su IMC es de 17.52 (peso bajo), esto es, inferior al mínimo de 18.5 (peso normal) establecido para las mujeres aspirantes en el documento “Profesiograma 2”.

Finalmente, agregó que acatando el procedimiento establecido por la norma que rige la convocatoria se revisaron los resultados de la valoración médica en atención a la reclamación de la aspirante y se concluyó que no hay lugar a la modificar el estado de “no apto”, por las razones antes reseñadas.

3.4. La Universidad Manuela Beltrán y Fundemos IPS manifestaron que dicha etapa se fundamentó legalmente en las inhabilidades médicas establecidas en la Resolución 005657 de 2015 que adopta el “Profesiograma 2” para el proceso concursal del INPEC. Que los exámenes practicados a la accionante evidenciaron que su IMC es de 17.52 (bajo peso), es decir, inferior a la mínima requerida en la norma precitada, lo cual constituye una inhabilidad y le impide continuar en el proceso de selección.

A lo anterior, agregó que los exámenes se realizaron con observancia de todos los protocolos y reglamentos vigentes, es decir, debidamente certificados y aprobados por las respectivas entidades de control. Finalmente, reiteró que conforme al Acuerdo 563 de 2016 (artículo 50) “el único resultado aceptado en el proceso de selección (...) será el emitido por la entidad especializada contratada previamente para tal fin” por la CNSC.

3.5. Mediante sentencia de 25 de enero de 2017, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Penal- resolvió negar por improcedente la acción de tutela promovida por Melissa Arciniegas Cabrera contra la Comisión Nacional del Servicio Civil. Argumentó el fallador de instancia que la peticionaria cuenta con otros mecanismos de defensa judicial (medios de control de la jurisdicción contenciosa administrativa) y que no se observó vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados durante el desarrollo del concurso de méritos acusado.

3.6. El apoderado de la demandante impugnó la decisión de primera instancia, señalando: (i) que la inhabilidad por la cual fue excluida la señora Arciniegas Cabrera no estaba claramente determinada en el informe de valoración médica “ni obedece a razones técnicas, científicas y razonables”; (ii) que no tuvo oportunidad de ejercer el derecho reclamación “que está contenido en las reglas del concurso de méritos” y, (iii) que estas presuntas irregularidades constituían una vulneración del derecho al debido proceso de la accionante.

3.7. Mediante sentencia de 16 de marzo de 2017, la Corte Suprema de Justicia -Sala Penal- confirmó el fallo impugnado reiterando los argumentos expresados por el a quo, añadiendo que lo que cuestiona la accionante no es una vulneración de un derecho fundamental sino el fundamento normativo (Acuerdo 563 de 2016) por el cual fue excluida del proceso concursal a cargo de la CNSC.

4. Expediente T-6.106.834

4.1. El señor Daniel Nausil Gómez se presentó a la Convocatoria 335 de 2016 adelantada por la CNSC para proveer, por concurso de méritos, la vacante de “Dragoneante”, código 4114, grado 11 en el INPEC. Tras presentar las diferentes pruebas y valoraciones obtuvo como resultado de las mismas la calificación de “no apto” (índice de masa corporal) y en consecuencia fue excluido del proceso de selección.

En respuesta a la situación anterior, el demandante propuso reclamación ante la CNSC y la Universidad Manuela Beltrán, quienes indicaron que la razón por la cual fue excluido del proceso se debió a que presenta un índice de masa corporal inferior (bajo peso) al requerido por el cargo para el cual aspira, de acuerdo con lo estipulado en el “Profesiograma 2” los niveles óptimos de IMC deben estar entre 18.5 y 25 (peso normal) y el accionante se encuentra en 18.1 (bajo peso).

4.2. Como consecuencia de lo anterior, el demandante interpuso acción de tutela por considerar que la exclusión del proceso concursal no tuvo una justificación razonable y vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso y ejercicio de cargos públicos. De la acción referida, conoció, en primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Laboral-. Admitida la acción, se corrió traslado a las partes para que se pronunciaran sobre los hechos que motivaron la solicitud de amparo.

4.3. La CNSC, mediante oficio de 19 de enero de 2017, señaló que la acción de tutela es improcedente por cuanto con la misma se pretende contrariar las reglas establecidas para regir el proceso de selección “Convocatoria 335 de 2015” y con ello, el Acuerdo 563 de 2016 (que la reglamenta) y es un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto. Adicionalmente, indicó que el demandante cuenta con otros recursos judiciales para controvertir las actuaciones que considera vulneratorias de sus derechos fundamentales como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que lo perseguido en el caso se encuentra encaminado a atacar la legalidad del acto administrativo por medio del cual se convocó el concurso público de méritos.

Por otra parte, afirmó la CNSC que el demandante al inscribirse aceptó las reglas, términos y condiciones de la Convocatoria 335 de 2015 y con ello, que iba a ser sometido a diversas pruebas y valoraciones de las cuales dependería su continuidad en el proceso reseñado. En

el caso concreto del accionante indicó que verificada su historia clínica, se constató que su IMC es de 18.1 (peso bajo), esto es, inferior al mínimo de 18.5 (peso normal) establecido para los hombres aspirantes en el “Profesiograma 2”.

Finalmente, agregó que acatando el procedimiento establecido por la norma que rige la convocatoria se revisaron los resultados de la valoración médica en atención a la reclamación del aspirante y se concluyó que no hay lugar a la modificar el estado de “no apto”, por las razones antes reseñadas.

4.4. El INPEC, en oficio de 20 de enero de 2017 arguyó que la entidad no es competente para satisfacer las pretensiones del accionante ni para dar trámite a su requerimiento, toda vez que la competencia en la verificación de los antecedentes que permiten que una persona pueda seguir dentro de la Convocatoria 335 de 2016 radica en la CNSC. Concluyó que por lo anterior, (i) la entidad no ha vulnerado ni amenaza con vulnerar derecho fundamental alguno del accionante y (ii) que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, motivo por el cual solicita ser desvinculada de la presente actuación.

4.5. La Universidad Manuela Beltrán y Fundemos IPS manifestaron que dicha etapa se fundamentó legalmente en las inhabilidades médicas establecidas en la Resolución 005657 de 2015 que adopta el “Profesiograma 2” para el proceso concursal del INPEC. Que los exámenes practicados al demandante evidenciaron que su IMC es de 18.1 (bajo peso), es decir, inferior a la mínima requerida en la norma precitada, lo cual constituye una inhabilidad y le impide continuar en el proceso de selección.

A lo anterior, agregó que los exámenes se realizaron por profesionales acreditados con observancia de todos los protocolos y reglamentos vigentes, es decir, debidamente certificados y aprobados por las respectivas entidades de control. Finalmente, reiteró que conforme al Acuerdo 563 de 2016 (artículo 50) “el único resultado aceptado en el proceso de

selección (...) será el emitido por la entidad especializada contratada previamente para tal fin” por la CNSC.

4.6. Mediante sentencia de 24 de enero de 2017, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Laboral- resolvió negar por improcedente la acción de tutela promovida por Daniel Nausil Gómez contra la Comisión Nacional del Servicio Civil. En la referida providencia, el a quo arguyó que “la decisión de excluir al accionante por el resultado obtenido en la valoración médica en relación con el índice de masa corporal exigido para el cargo al cual concursaba y la decisión de no incluirlo nuevamente, se adoptó en cumplimiento de las competencias y obligaciones dentro del proceso de selección y con acogimiento a las normas que rigen la Convocatoria al que éste se inscribió, sin que ello implique la vulneración de los derechos fundamentales invocados como conculcados”.

4.7. El apoderado del demandante impugnó la decisión de primera instancia, señalando: (i) que la inhabilidad por la cual fue excluido el señor Nausil Gómez no estaba claramente determinada en el informe de valoración médica “ni obedece a razones técnicas, científicas y razonables”; (ii) que no tuvo oportunidad de ejercer el derecho reclamación “que está contenido en las reglas del concurso de méritos” y, (iii) que estas presuntas irregularidades constituían una vulneración del derecho al debido proceso del accionante.

4.8. Mediante sentencia de 15 de marzo de 2017, la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral- confirmó el fallo impugnado reiterando los argumentos expresados por el a quo, añadiendo que lo que cuestiona el accionante no es una vulneración de un derecho fundamental sino el fundamento normativo (Acuerdo 563 de 2016) por el cual fue excluido del proceso concursal dirigido por la CNSC.

5. Expediente T-6.115.113

5.1. Los señores (i) Paola Daza Bravo y (ii) Jhon Piscal Ponce (cuyos procesos fueron acumulados en instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Laboral-) se presentaron a la Convocatoria 335 de 2016 adelantada por la CNSC para proveer, por concurso de méritos, la vacante de “Dragoneante”, código 4114, grado 11 en el INPEC. Tras presentar las diferentes pruebas y valoraciones la aspirante Paola Daza Bravo obtuvo como resultado de las mismas la calificación de “no apto” (optometría - astigmatismo); por su parte el aspirante Jhon Piscal Ponce obtuvo como resultado la calificación de “no apto” (optometría - miopía) y en consecuencia, ambos fueron excluidos del proceso de selección.

En respuesta a la situación anterior, los demandantes iniciaron proceso de reclamación ante la CNSC y la Universidad Manuela Beltrán, quienes indicaron que la razón por la cual fueron excluidos del proceso se debió a que ambos aspirantes presentan déficit de visión, en el caso de la señora Daza Bravo astigmatismo y en el del señor Piscal Ponce miopía, lo que de acuerdo al cargo al cual aspiran constituye una inhabilidad médica que impide que continúen en el concurso público de méritos.

5.2. Como consecuencia de lo referido, los demandantes interpusieron las respectivas acciones de tutela por considerar que la exclusión del proceso concursal no tuvo una justificación razonable y vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso y ejercicio de cargos públicos. De las acciones referidas, conoció, en primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Laboral-, quien decidió acumular varios casos debido a su identidad fáctica, entre ellos, los de los aquí demandantes. Admitida la acción, se corrió traslado a las partes para que se pronunciaran sobre los hechos que motivaron la solicitud de amparo.

5.3. La CNSC, mediante oficios fechados el 18 de enero de 2017, señaló que en ambos casos la acción de tutela es improcedente por cuanto con la misma se pretende contrariar las

reglas establecidas para regir el proceso de selección “Convocatoria 335 de 2015” y con ello, el Acuerdo 563 de 2016 (que la reglamenta) y es un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto. Adicionalmente, indicó que los demandantes cuentan con otros recursos judiciales para controvertir las actuaciones que consideran vulneratorias de sus derechos fundamentales como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que lo perseguido en el caso se encuentra encaminado a atacar la legalidad del acto administrativo por medio del cual se convocó el concurso público de méritos.

Por otra parte, afirmó la CNSC que los accionantes al inscribirse aceptaron las reglas, términos y condiciones de la Convocatoria 335 de 2015 y con ello, que iban a ser sometidos a diversas pruebas y valoraciones de las cuales dependería su continuidad en el proceso reseñado. En el caso concreto de los accionantes indicó (i) que verificada la historia clínica de la señora Daza Bravo, se constató que adolece de un problema de visión (astigmatismo) determinado en la prueba de optometría que de acuerdo con el “Profesiograma 2” le impide continuar con el proceso de selección; (ii) que respecto del señor Piscal Ponce, el examen de optometría evidenció que sufre una afección visual (miopía) que de acuerdo con el “Profesiograma 2” le impide continuar con el proceso. Por estos resultados ambos fueron declarados “no apto”.

Finalmente, agregó que acatando el procedimiento establecido por la norma que rige la convocatoria se revisaron los resultados de la valoración médica en atención a la reclamación de ambos aspirantes y se concluyó que no hay lugar a la modificar el estado de “no apto”, por las razones antes reseñadas.

5.5. La Universidad Manuela Beltrán y Fundemos IPS manifestaron que dicha etapa se fundamentó legalmente en las inhabilidades médicas establecidas en la Resolución 005657

de 2015 que adopta el “Profesiograma 2” para el proceso concursal del INPEC. Que los exámenes practicados a los accionantes evidenciaron que sufren de problemas de visión, para el caso de la señora Daza (astigmatismo) y del señor Piscal (miopía), lo cual constituye inhabilidad médica y les impide continuar en el proceso de selección.

A lo anterior, agregó que los exámenes se realizaron por profesionales acreditados con observancia de todos los protocolos y reglamentos vigentes, es decir, debidamente certificados y aprobados por las respectivas entidades de control.

5.6. Mediante sentencia de 24 de enero de 2017, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Laboral- resolvió negar por improcedentes las acciones de tutela acumuladas promovidas por Paola Daza Bravo y Jhon Piscal Ponce contra la Comisión Nacional del Servicio Civil. Argumentó el fallador de instancia que los peticionarios cuentan con otros mecanismos de defensa judicial (medios de control de la jurisdicción contenciosa administrativa) y que no se observó vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados durante el desarrollo del concurso de méritos acusado.

5.7. El apoderado de los demandantes impugnó la decisión de primera instancia, señalando: (i) que la inhabilidad por la cual fueron excluidos los señores Paola Daza Bravo y Jhon Piscal Ponce no estaba claramente determinada en el informe de valoración médica “ni obedece a razones técnicas, científicas y razonables”; (ii) que no tuvieron oportunidad de ejercer el derecho de reclamación “que está contenido en las reglas del concurso de méritos” y, (iii) que estas presuntas irregularidades constituían una vulneración del derecho al debido proceso de los accionantes.

5.8. Mediante sentencia de 22 de marzo de 2017, la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral- confirmó el fallo impugnado reiterando los argumentos expresados por el a quo, añadiendo que lo que cuestionan los accionantes no es una vulneración de un derecho fundamental sino

el fundamento normativo (Acuerdo 563 de 2016) por el cual fueron excluidos del proceso concursal a cargo de la CNSC.

II. PRUEBAS

La Sala se referirá a las pruebas relevantes que obran en los expedientes acumulados en el capítulo de esta sentencia en el que efectúa el análisis del caso concreto.

III. CONSIDERACIONES

1. 1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos de tutela proferidos dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en 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.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico a resolver.

Los peticionarios de los procesos que se estudian (T-6.090.449, T-6.102.513, T-6.105.393, T-6.106.834 y T-6.115.113) 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 podían continuar en el proceso de selección de la Convocatoria No. 335 de 2016 (para ocupar el cargo de dragoneante del INPEC) porque en el examen médico que les realizaron, fueron calificados como “no aptos”.

En el primer caso, por no cumplir con el requisito de “estatura mínima” (expediente T-6.090.449); en el segundo, por tener “índice de masa corporal inferior al mínimo requerido” (expediente T-6.102.513); en el tercero, por tener “índice de masa corporal inferior al mínimo requerido” (expediente T-6.105.393); en el cuarto, por tener “índice de masa corporal inferior al mínimo requerido” (expediente T-6.106.834) y en el quinto, por padecer enfermedad visual (expediente T-6.115.113). 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 al que aspiran.

Para analizar si efectivamente las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales de los peticionarios, la Sala procederá a resolver el siguiente problema jurídico: ¿vulneran las 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 esta clase de concursos públicos?

Para efecto de resolver, la Sala abordará el estudio de (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos; (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. Finalmente, (iii) se analizará la situación concreta de los peticionarios.

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

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 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.

Por ello, cuando se trate de controvertir actos administrativos que determinan criterios referentes a la apariencia, situación o estado físico y de salud de un aspirante, como es el caso del concurso de méritos del INPEC a cargo de la CNSC, 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, podría afectar 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, 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”.

En efecto, la Corte ha admitido en su jurisprudencia la posibilidad de que el juez de tutela ordene la inaplicación de normas de rango legal y de los actos administrativos de carácter particular expedidos con fundamento en aquellas, cuando verifique que por su empleo se ocasiona la vulneración de derechos fundamentales en un caso particular. Bajo esta lógica, nada impide, entonces, que también respecto de actos administrativos de carácter general se actúe en consecuencia, esto es, ordenando su inaplicación cuando se advierta que son la causa inmediata de la vulneración de derechos fundamentales en un caso específico.

4. 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. Reiteración de jurisprudencia.

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.

Esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los requerimientos físicos para acceder a cargos de carrera en tres escenarios puntuales: (i) estatura mínima; (ii) tatuajes; y (iii) salud. 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. A continuación, se referirá la jurisprudencia relevante al asunto sub examine.

Una de las primeras sentencias frente a estatura mínima fue la T-463 de 1996, 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”.

Posteriormente, en la sentencia T-1098 de 2004, la Corte 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 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”.

En la providencia T-1266 de 2008, este Tribunal 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, no se 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”.

En cuanto a casos relacionados por motivos de salud para desempeñar el cargo de dragoneante, la Sala Primera de Revisión mediante sentencia T-045 de 2011, conoció un caso donde el CNSC y el INPEC consideraron 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”.

Mediante el fallo T-785 de 2013, la Corporación 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, ametropía, obesidad (IMC) y el trastorno de conducta eléctrica.

En el caso reseñado no se accedió a las pretensiones de los accionantes y, además, 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”.

Por último, en la sentencia T-572 de 2015, esta Corte conoció la acción de tutela interpuesta por dos ciudadanos en contra de 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, 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 (bajo peso índice de masa corporal e hipotiroidismo).

En esa ocasión, la Corte determinó que “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”.

En conclusión, puede señalarse que las exigencias de ciertas calidades dentro de un proceso de selección pueden ser razonables, legítimas y pertinentes, siempre que exista un fundamento científico o médico que acredite dicha posibilidad; pero pueden ser cuestionables los requisitos requeridos cuando se encuentren en contravía del orden constitucional. En efecto, 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.

5. Análisis de los casos concretos.

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

La CNSC y el INPEC no vulneraron los derechos fundamentales de Yurhy Jiménez Alegría (expediente T-6.090.449), Keidyn Derazo Zambrano (expediente T-6.102.513); Melissa Arciniegas Cabrera (expediente T-6.105.393); Daniel Nausil Gómez (expediente T-6.106.834); Paola Bravo Daza y Jhon Piscal Ponce (expediente T-6.115.113) al excluirlas de la Convocatoria No. 335 de 2016.

De acuerdo con lo establecido en el acápite 4 de esta sentencia, una entidad no vulnera derechos fundamentales cuando elimina de un concurso público 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.

En los casos sub examine la Sala encuentra, en primer lugar, que las normas que rigen el concurso fueron establecidas en la Convocatoria No. 335 de 2016 de la CNSC y el INPEC. Dicha convocatoria fue desarrollada a través del Acuerdo 563 de 2016, en el cual se establece, en el numeral 6 del artículo 10, que una de las causales de exclusión de la convocatoria es “obtener concepto de NO APTO en la valoración médica”. Asimismo, las pruebas e inhabilidades médicas para determinar si los aspirantes no cumplen estas aptitudes están señaladas en la Resolución No. 005657 de 2015 del INPEC. Ambas disposiciones se dieron a conocer a todos los aspirantes a través de la página web de la CNSC y del INPEC, que es el medio oficial de divulgación del concurso, y de comunicación con los aspirantes, conforme lo señalando en el artículo 13 de la Resolución en comento.

En segundo lugar, los aspirantes tuvieron que acreditar el cumplimiento de requisitos generales (artículo 19 de la Resolución), (i) para ingresar a la escuela de formación del INPEC para realizar el curso de formación o complementación (artículo 56) y (ii) para el nombramiento y posesión (artículo 78).

El cumplimiento de estos tres grupos de requisitos arroja una calificación, reglamentada en el artículos 5º y 6º de la Resolución, y de acuerdo con el 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 someterse a una serie de pruebas médicas. En el presente caso la entidad contratada para realizar los diagnósticos médicos fue la Universidad Manuela Beltrán en alianza con Fundemos I.P.S. Los aspirantes fueron calificados de acuerdo al cumplimiento o no de las aptitudes médicas, físicas o psicológicas exigidas en la Resolución No. 0005657 de 2015 del INPEC para el cargo en concurso.

Por lo tanto, dado que el concurso se desarrolló conforme a lo previsto en las disposiciones que lo rigen (Acuerdo 563 de 2016), 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.

Constata la Sala que además, los criterios técnicos con los cuales las entidades accionadas eliminaron a los accionante del proceso de selección se encuentra consagrado en documento anexo de la Resolución No. 0005657 de 2015, denominado “Actualización del profesigramas del Dragoneante (V3). Profesigramas y perfiles profesigráficos para el Cuerpo de Custodia y Vigilancia (V2). Incluye la actualización del documento de inhabilidades médicas (V3)”. En dicho documento se establece que constituyen inhabilidades médicas para dragoneantes: (i) no cumplir con la estatura mínima; (ii) tener un índice de masa corporal menor a 18.5 y (iii) padecer de enfermedades relacionadas con el sistema visual (defectos ópticos).

Visto lo anterior, procederá la Sala a examinar cada uno de los casos sometidos a su estudio para verificar la observancia y el cumplimiento de las normas establecidas para el concurso de méritos realizado a través de la Convocatoria 335 de 2016 del INPEC y si, en el proceso de exclusión de los accionantes, las medidas respectivas fueron tomadas con fundamentos razonables, proporcionales y necesarios.

Expediente T-6.090.449 (Estatura)

En el caso de la señora Yurhy Jiménez Alegría la CNSC y la Universidad Manuela Beltrán precisaron que la razón por la cual la accionante fue excluida del proceso no se debió al examen de electrocardiograma sino al incumplimiento de uno de los requisitos básicos de la convocatoria denominado “estatura mínima”, pues de acuerdo con lo estipulado en el artículo 52 del Acuerdo 563 de 2016, la estatura mínima exigida en mujeres es de 1.58 metros y la de la accionante es de 1.51 metros, por lo que al no cumplir con dicho requisito el resultado de su valoración médica fue “no apto”. Este examen fue sometido a proceso de reclamación por parte de la demandante y confirmado por la CNSC.

En este sentido, debe la Sala destacar que la norma precitada (Acuerdo 563 de 2016) que rige el concurso de méritos acusado fue claro, preciso y conciso al indicar en su artículo 52 sobre las estaturas mínimas y máximas de los aspirantes a la “Convocatoria 335 de 2016 – INPEC dragoneantes” al señalar los siguientes estándares: “Hombres Mínima: 1.66 m y Máxima: 1.98 m; Mujeres Mínima: 1.58 m y Máxima 1.98 m”. A lo anterior debe añadirse que la norma advierte que “el interesado que no cumpla con los estándares de estatura mínima y máxima aquí precisados, no se inscriba en el proceso, so pena de ser excluido”.

A juicio de la Sala, la utilización de un criterio antropométrico para erigir un requisito de acceso a los cupos para realizar uno de los cursos de la carrera penitenciaria y carcelaria, no es susceptible por sí sola de un reproche constitucional que exija ordenar de plano su inaplicación. Lo anterior, por cuanto se trata de un criterio que ni siquiera puede enmarcarse en alguna de las categorías enumeradas por el artículo 13 de la Constitución Política en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación y porque cabe reconocer que, a pesar de tratarse de una condición accidental del ser humano, su consideración puede resultar relevante en lo que toca con el desempeño de determinadas tareas, en particular cuando se trata de funciones de seguridad, custodia y vigilancia como las que cumplen los dragoneantes del INPEC.

En estas circunstancias, para la Sala el requisito por cuyo incumplimiento la demandante resultó excluida del proceso de selección es razonable y proporcional, pues no existen elementos de juicio para restar validez a las conclusiones de carácter técnico (Profesiograma 2) expuestas por la entidad CNSC, relacionadas con las funciones a realizar por el dragoneante en materia de seguridad, guardia y custodia de los internos.

A modo de ejemplo, si se considera que las funciones a cumplir por parte de los dragoneantes están destinadas esencialmente a “ejercer funciones de base, seguridad, reconciliación, disciplina y orden de los establecimientos penitenciarios y carcelarios”; “cumplir con las actividades de seguridad, custodia y vigilancia en las garitas, pabellones, puestos de acceso y control, áreas comunes, remisiones, patrullas, detención y prisión domiciliaria, vigilancia electrónica, grupos especiales” o “custodiar y vigilar a los internos al interior de los establecimientos de reclusión, en los traslados, remisiones y en el trabajo al aire libre, garantizando la seguridad e integridad e impidiendo la fuga o evasión de los internos, violencia o conversación con extraños” resulta más que razonable el establecimiento de unos requisitos mínimos y máximos en materia de estatura pues la función que van a prestar demanda importantes esfuerzos en materia de seguridad, guarda, vigilancia y mantenimiento del orden al interior de un centro penitenciario. En este orden de ideas, el hecho de que el personal de custodia cuente con una estatura no inferior al límite establecido, lejos está de reputarse como exagerado, arbitrario o caprichoso.

Con todo, se estima que el requisito exigido por el Acuerdo 563 de 2016 (en materia de estatura), dada la particularidad de las funciones a cargo de los dragonenantes relacionadas con mantener la seguridad, ejercer la custodia y vigilancia de los internos al interior de un centro carcelario es razonable, proporcional y necesario.

Expedientes T-6.102.513, T-6.105.393 y T-6.106.834 (Índice de Masa Corporal).

Respecto de la accionante Melissa Arciniegas Cabrera (expediente T-6.105.393) la CNSC y la Universidad Manuela Beltrán indicaron que la razón por la cual fue excluida del proceso se debió a que presenta un índice de masa corporal inferior (bajo peso) al requerido por el cargo para el cual aspira, de acuerdo con lo estipulado en el “Profesiograma 2” los niveles óptimos de IMC deben estar entre 18.5 y 25 (peso normal) y la accionante se encuentra en 17.52 (bajo peso).

En el caso del aspirante Daniel Nausil Gómez (expediente T-6.106.834) la CNSC y la Universidad Manuela Beltrán, señalaron que la razón por la cual fue excluido del proceso se debió a que presenta un índice de masa corporal inferior (bajo peso) al requerido por el cargo para el cual aspira, de acuerdo con lo estipulado en el “Profesiograma 2” los niveles óptimos de IMC deben estar entre 18.5 y 25 (peso normal) y el accionante se encuentra en 18.1 (bajo peso).

En los tres casos anteriormente reseñados, los resultados de la valoración médica fueron sometidos al proceso de reclamación por parte de los demandantes y fueron confirmados por la CNSC.

La Sala analizará conjuntamente los tres casos referidos por cuanto describen la misma inhabilidad médica: índice de masa corporal. A este respecto, debe señalarse que dicho concepto, tal y como está definido en el documento técnico denominado “Profesiograma 2”, indica que el IMC “explica las diferencias entre la composición corporal al definir el nivel de adiposidad de acuerdo con la relación peso y estatura, eliminando así la dependencia en la constitución. El índice de masa corporal puede calcularse utilizando la siguiente ecuación: $IMC = \text{Peso (Kg)} \times 100 / \text{Estatura (cm)}^2$ ”.

Conforme a lo anterior, la caracterización de los valores numéricos IMC (para hombres y mujeres) según la Organización Mundial de la Salud -OMS- se define de la siguiente manera:

Valores

Interpretación

< 18.5

Bajo peso

18.5 a 25

Normal

25.1 a 29.9

Sobrepeso

> 30

Obesidad

En los tres casos sub examine luego de analizadas las relaciones peso/estatura de los aspirantes, los resultados arrojaron que estaban por debajo del nivel normal de IMC exigido tanto por la normatividad del concurso de méritos como por la OMS, es decir, por debajo de 18.5 lo que indica que adolecen de bajo peso. En este sentido, debe señalarse que el bajo peso como criterio de exclusión no resulta arbitrario, descabellado o irrazonable dado que las múltiples funciones que desarrollan los dragoneantes requieren de esfuerzo físico constante y de considerable fuerza, tal y como se señala en las funciones del cargo (dragoneante) expuestas en el documento Profesiograma 2 (pág. 98, numeral 3.1.3).

Por lo anterior, la Sala considera que el requisito de tener una masa corporal no inferior a 18.5 es razonable y proporcionada. 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 y así fue adoptado por las entidades encargadas de realizar la valoración médica de los tres aspirantes.

Así las cosas, la Sala no observa la utilización de criterios arbitrarios o caprichosos que llevaran a que la decisión de excluir a los aspirantes del concurso público de méritos del INPEC haya resultado irrazonable o desproporcionado de cara a lo estipulado en los perfiles y funciones para el cargo de dragoneante contemplados en la Convocatoria 335 de 2016.

Expediente T-6.115.113 (Optometría)

En este expediente se acumularon en instancia los casos de los aspirantes (i) Paola Daza Bravo y (ii) Jhon Piscal Ponce quienes tras presentar las diferentes pruebas y valoraciones fueron declarados “no aptos” por razón de deficiencias en el sistema visual.

Respecto de estos casos, la CNSC y la Universidad Manuela Beltrán señalaron que la razón por la cual fueron excluidos del proceso se debió a que ambos aspirantes presentan déficit de visión, en el caso de la señora Daza Bravo astigmatismo y en el del señor Piscal Ponce miopía, lo que de acuerdo al cargo al cual aspiran (dragoneante) constituye una inhabilidad médica que impide que continúen en el concurso público de méritos, como está plenamente explicado en el documento técnico “Profesiograma 2”.

En concreto, para los casos de los aspirantes Daza Bravo y Piscal Ponce, el dictamen médico

arrojó lo siguiente: “al presentar una discapacidad visual se genera una limitación o menor eficiencia en el desarrollo de una actividad. Tienen restricción para el manejo de herramientas, equipos, conducir vehículos. Disminuye la capacidad para desplazarse de una forma eficaz en su entorno si no se usa la corrección visual adecuada”. Adicionalmente, el informe agrega que dichas patologías conocidas como ametropía “generan inhabilidad para el desarrollo de labores operativas al interior de los centros carcelarios”.

En este sentido, se considera que el requisito exigido por el Acuerdo 563 de 2016, dada la particularidad de las funciones a cargo de los dragonenantes relacionadas con mantener la seguridad, ejercer la custodia y vigilancia de los internos al interior de un centro carcelario es razonable, proporcional y necesario exigir una visión sin deficiencias (enfermedades) que dificulten el cumplimiento de las funciones y tareas que requieren, como ya se advirtió, control y desplazamiento de internos, manejo de herramientas, equipos o la conducción de vehículos, entre otras.

Visto lo anterior, para la Sala es claro que en los cinco casos sometidos a su estudio, las entidades accionadas no vulneraron los derechos fundamentales de ninguno de los demandantes en la medida en que lograron demostrar que (i) los candidatos fueron previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía (Resolución 005657 de 2015 y Acuerdo 563 de 2016); (ii) el proceso de selección se adelantó en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión de exclusión de cada uno de los demandantes se tomó con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables consignadas en la Resolución precitada, como se vio en detalle para cada uno de los casos.

En este sentido, debe añadirse que -como se señaló en el acápite número 4- en los casos en los que excepcionalmente a través de tutela se han concedido amparos a aspirantes dentro de procesos de concurso de méritos del INPEC, estos se han dado como consecuencia de

importantes errores o falencias dentro de los procedimientos propios, esto es, cuando se exigen requisitos adicionales a los estipulados en las convocatorias (T-590 de 2015); cuando no se ha dado respuesta a las reclamaciones o a derechos de petición de los aspirantes (T-590 de 2015) o cuando, por ejemplo, se han advertido irregularidades en las valoraciones médicas (T-785 de 2013 y T-572 de 2015), circunstancias que en cada caso particular debe valorar el juez constitucional.

Adicionalmente, debe indicarse que para el caso concreto los accionantes contaron con recursos idóneos tanto al interior del proceso de selección (trámite de reclamación) como para lograr el amparo de sus derechos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en particular, con los medios de control de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho, que no los hayan usado en la oportunidad procesal apropiada no hace per se u opcional la procedencia de la acción de tutela, como se explicó en el acápite referente a la procedibilidad, excepto cuando se trata de circunstancias que susciten dudas sobre la posible vulneración de derechos fundamentales en un caso particular, que en el presente asunto han sido despejadas con suficiencia.

Lo anterior, en la medida en que pareciera que lo que los accionantes han pretendido en el presente asunto es atacar la legalidad de un acto administrativo y contrariar las reglas establecidas para regir el proceso de selección “Convocatoria 335 de 2015” y con ello, el Acuerdo 563 de 2016 (que la reglamenta) que es un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto.

En el mismo sentido, debe recordarse a los peticionarios que respecto a su inconformidad con las normas que rigen los concursos públicos de méritos, las mismas son invariables siempre y cuando sean acordes con la Constitución Política. Así lo señaló la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011 que reiteró, a su vez, la SU-913 de 2009:

“(…) resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos”.

Así las cosas, se confirmarán en su integridad las decisiones de instancia.

6. Síntesis de la decisión

En la presente oportunidad la Sala Octava de Revisión examinó los casos de varias personas que manifiestan haber sido excluidas arbitrariamente de la Convocatoria 335 de 2016 - reglamentada por el Acuerdo 563 de 2016, cuyo objeto era proveer 400 cargos en el Instituto Colombiano Penitenciario y Carcelario, en adelante, INPEC-, 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. Dicho proceso, por tratarse de un concurso público de méritos, estuvo a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil -en adelante, CNSC-.

Para lograr un adecuado entendimiento de la controversia, se abordó la jurisprudencia constitucional en torno a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos; así como 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.

En el estudio de los cinco asuntos puestos en consideración de la Corte se constató que las entidades accionadas no han vulnerado los derechos fundamentales de ninguno de los demandantes en la medida en que lograron demostrar que (i) los candidatos fueron previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía (Resolución 005657 de 2015 y Acuerdo 563 de 2016); (ii) el proceso de selección se adelantó en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión de exclusión de cada uno de los demandantes se tomó con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables, como se vio en detalle para cada uno de los casos. Por esta razón, se confirman las decisiones de instancia.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Segundo.- CONFIRMAR la sentencia de 14 de marzo de 2017, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que, a su vez, confirmó la providencia del 20 de enero de 2017 de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que había negado por improcedente que negó por improcedente la acción de tutela interpuesta

por la señora Keidyn Derazo Zambrano contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (expediente T-6.102.513).

Tercero.- CONFIRMAR la sentencia de 16 de marzo de 2017, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que, a su vez, confirmó la providencia del 25 de enero de 2017 de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que había negado por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Melissa Arciniegas Cabrera contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (expediente T-6.105.393).

Cuarto.- CONFIRMAR la sentencia de 15 de marzo de 2017, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que, a su vez, confirmó la providencia del 24 de enero de 2017 de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que había negado por improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor Daniel Nausil Gómez contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (expediente T-6.106.834).

Quinto.- CONFIRMAR la sentencia de 22 de marzo de 2017, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que, a su vez, confirmó la providencia del 24 de enero de 2017 de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que había negado por improcedente la acción de tutela (acumulada) interpuesta por los señores Paola Bravo Daza y Jhon Piscal Ponce contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (expediente T-6.115.113).

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

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con Aclaración de Voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con Aclaración de Voto

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS-Si la ratio decidendi del fallo es la inobservancia del principio de subsidiariedad no resulta coherente estudiar asuntos que tienen que ser abordados por el juez ordinario y natural de la causa (Aclaración de voto

T-6.090.449 (acumulados)

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión en la sentencia T-586 del 21 de septiembre de 2017, me permito presentar aclaración de voto, fundamentado en las siguientes consideraciones:

1. Comparto la decisión de confirmar las decisiones objeto de revisión, debido a que los ciudadanos tutelantes pueden acudir al proceso ordinario para exponer sus argumentos y reclamar la protección de sus derechos e intereses.

2. No obstante lo anterior, no comparto que en la parte motiva de la decisión se hubieren abordado cuestiones propias del debate de fondo, porque si la ratio decidendi del fallo es la inobservancia del principio de subsidiariedad (Pág. 34), no resulta coherente estudiar aspectos como los desarrollados en las páginas 26 a 33 de la decisión objeto de esta aclaración, entre otras cosas, porque tales asuntos tienen que ser abordados por el juez ordinario y natural de la causa.

Frente a este punto se debe resaltar que si las razones de la decisión son las que se desarrollaron en las referidas páginas, lo cierto es que lo procedente hubiera sido revocar los fallos para negar las pretensiones de la demanda de tutela, pero no confirmarlas, pues los jueces de instancia declararon la improcedencia del amparo.

Con el acostumbrado respeto,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-586/17

PROPORCIONALIDAD Y RACIONALIDAD DE LOS REQUISITOS MEDICOS Y FISICOS EXIGIDOS PARA EL CARGO DE DRAGONEANTE DEL INPEC-Se debió asumir una carga argumentativa más intensa (Aclaración de voto)

Referencia: expedientes acumulados T-6.090.449 (AC T-6.102.513, T-6.105.393, T-6.106.834 y T-6.115.113)

Acción de tutela instaurada por Yurhy Jiménez Alegría y otros contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Instituto Nacional Penitenciario -INPEC-, la Universidad Manuela Beltrán y Fundemos I.P.S.

Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos

1. Acompañé la providencia T-586 de 2017, adoptada por la Sala Octava de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional, que decidió confirmar las decisiones de instancia adoptadas en los cinco (5) trámites acumulados de la referencia y, por lo tanto, negar la protección invocada.

Para la Sala, la exclusión del concurso público de méritos de los accionantes, por no satisfacer los requerimientos de aptitud médica y física previamente establecidos en la normativa que reguló el procedimiento de selección para la provisión de cargos de “Dragoneante - Código 4114 - Grado 11” en el INPEC, no desconoció los derechos fundamentales invocados, dado que aquellos eran (i) razonables, esto es, no implicaron diferencias de trato injustificadas, (ii) proporcionales a los fines pretendidos, relacionados con la prestación de un servicio que requiere condiciones especiales, y (iii) necesarios, al justificarse la relación entre la aptitud médico - física y el desarrollo de las funciones del cargo.

En concreto, la Sala analizó la validez constitucional de exigir como requisito tres criterios, el primero, de estatura; el segundo, de índice de masa corporal (IMC), y el último, de aptitud visual.

2. 2. Tal como se deduce de la exposición que desarrolló la Sala en el apartado 4 de la parte considerativa de la providencia T-586 de 2017, los casos analizados por la Sala Octava no eran novedosos; pues este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre situaciones similares, en lo relevante.

Al hacerlo, la Corte Constitucional ha venido efectuado una labor de construcción jurisprudencial, en el marco de la misión que el Constituyente le confirió como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Política. Esta labor es, además, necesaria, atendiendo a que los derechos constitucionales -en términos generales- obedecen a una estructura de principio, esto es, realizables en la medida de lo posible, atendiendo a las circunstancias jurídicas y fácticas. Por lo tanto, el estudio de casos permite la fijación de reglas universalizables que reconocen posiciones de derecho, y que, en virtud del principio de igualdad, deben observarse en casos posteriores, bien sea para su reafirmación o, cuando sea preciso y satisfaciendo una carga argumentativa suficiente, para variar la posición adoptada previamente.

3. 3. Sobre la determinación de las reglas previas, y su aplicación en los casos analizados en la T-586 de 2017, relacionados con el requisito de índice de masa corporal (IMC), recae este voto particular, pues aunque comparto la respuesta constitucional, estimo que la Sala debió asumir una carga argumentativa más intensa de cara principalmente a estudiar las reglas que previamente habían fijado las Salas de Revisión, que fueron incluso citadas por la providencia en el apartado 4.

4. Me refiero a lo sostenido por la Sala Primera de Revisión en la Sentencia T-572 de 2015, citada en la providencia T-586 de 2017 como indicativa de la línea jurisprudencial construida por la Corte en casos similares al presente. En dicha oportunidad, uno de los asuntos resueltos por la Sala Primera tuvo por objeto determinar si era constitucionalmente admisible la exclusión de un participante de un concurso de méritos, en el INPEC – para el cargo de Dragoneante, teniendo en cuenta el índice de masa corporal (IMC).

En su análisis, la Sala Primera consideró que prima facie la fijación de un criterio corporal como el referido no contraría la Constitución, pero que, en todo caso, atendiendo a lo sostenido por la propia Organización Mundial de la Salud (OMS), “hay que considerarla a título indicativo porque es posible que no se corresponda con el mismo nivel de grosor en diferentes personas “.

Con fundamento en lo anterior, en la sentencia T-572 de 2015, la Sala Primera estimó que el IMC no podía tener la virtualidad de brindar una respuesta “todo o nada’ por lo que el estudio de cada caso debía corresponder a una “valoración conjunta de los requisitos “.

Bajo los anteriores presupuestos, en esa oportunidad la Sala Primera concedió el amparo porque (i) al parecer el IMC acreditado por el concursante se acercaba considerablemente al mínimo, (ii) en un examen posterior, allegado ante las mismas autoridades del Concurso, se comprobó que se satisfacía el requisito exigido por las normas de la convocatoria, y (iii) el

interesado había superado las demás etapas de la convocatoria.

5. 5. Pese a que la anterior decisión, la T-572 de 2015 de la Sala Primera, fue considerada en la Sentencia T-586 de 2017 por la Sala Octava, al momento de analizarse el caso concreto la postura consistió en dar fuerza al IMC como criterio determinante en una convocatoria que lo preveía para continuar en ella. Sin verificar, como se había hecho en ocasiones anteriores, otras circunstancias que llevaran a determinar si era razonable, o no, la exclusión por el IMC acreditado por cada uno de los concursantes.

6. Si bien no se desconoce la independencia judicial de cada una de las Salas de la Corporación, lo cierto es que en este caso se había considerado la T-572 de 2015 como relevante para el estudio del caso concreto, y en aras de dar consistencia a la jurisprudencia de la Corte, así como de garantizar el principio de igualdad y de cumplir con el deber de transparencia en la motivación, debió efectuarse un análisis integral de los casos que ahora debían resolverse

7. Pese a que dicho esfuerzo, la carga argumentativa, no se efectuó, considero que la decisión de negar el amparo fue acertada dado que, a diferencia del caso anterior, en los tres asuntos que se resolvieron en la T-586 de 2017, y que tenían que ver con el IMC, no se acreditó la satisfacción de este requisito en los términos exigidos por la Convocatoria en momento alguno, y tampoco era factible admitir una cercanía tal entre el IMC obtenido y el IMC requerido, como para proponer una excepción a la regla del concurso por configurar un caso límite.

Así, el IMC exigido era de 18.5 y los interesados acreditaron 17.96, 17.52 y 18.1 (T-6.102.513, T-6.105.393 y T-6.106.834, respectivamente). De entrada, el estudio de casos límites es constitucionalmente exigente, pues en todo caso implica desconocer -aunque con razones- el principio de igualdad y hacerlo de tal manera que la regla no quede

completamente eliminada vía judicial.

En este caso, no solo los porcentajes de los accionantes distaban en 0.4 a 1 del requerido, sino que, se insiste, no se contó con elementos adicionales para concluir que, frente a la finalidad de la restricción, las condiciones médicas acreditadas por los tutelantes eran las adecuadas siguiendo las pautas del concurso.

En los anteriores términos dejo consignado mi voto particular.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

