

Sentencia T-720/08

ACCION DE TUTELA-Ineficacia de las acciones contencioso administrativas para restablecer el derecho de ingreso a la función pública por méritos y calidades

ACCION DE TUTELA-Medidas afirmativas para la igualdad de discapacitados que aspiran ingreso a la función pública

ACCION DE TUTELA-Procedencia para restablecer los derechos fundamentales de ingresar a cargos de carrera y ascender en los mismos

ACCION DE TUTELA-Procedencia cuando el actor no cuenta con un medio de defensa judicial diferente para reclamar el restablecimiento de sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo

ACCION DE TUTELA-Procedencia por ineficacia de las acciones contencioso administrativas para restablecer el derecho de ingreso a la función pública con base en méritos y calidades

La Corte constitucional ha concluido que son ineficaces las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo para juzgar las actuaciones de la administración y restablecer los derechos de los asociados a acceder y ascender a cargos y empleos de carrera, en consideración a sus méritos y calidades, pues, de llegar a prosperar, las acciones de nulidad y reparación no permiten que el afectado logre el restablecimiento esperado.

DERECHO A CULMINAR EL PROCESO DE SELECCION Y A SER INCLUIDO EN LA LISTA DE ELEGIBLES-Las limitaciones físicas, mentales o sensoriales no pueden ser óbice para la vinculación laboral

La Carta Política disponen que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control político, mediante el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, atendiendo a sus méritos y calidades y los artículos 47 y 54 del mismo ordenamiento imponen al Estado el deber de adelantar políticas de previsión y rehabilitación social, propiciando la ubicación laboral de las personas discapacitadas, de acuerdo con sus condiciones de salud. De ahí que esta Corte haya señalado que el ordenamiento constitucional funda en el mérito el acceso al poder público y que las personas afectadas con minusvalías no tienen que ser marginadas del desempeño de cargos y funciones públicas por

el solo hecho de su limitación, porque, aparte de que les asiste iguales deberes y derechos constitucionales que las demás personas, pueden realizar aportes importantes a la sociedad, quien requiere de su integración y rehabilitación social.

INTEGRACION LABORAL O INGRESO A CARGOS Y FUNCIONES PUBLICAS DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS-La limitación de una persona no puede obstaculizar su vinculación laboral sino ser causa de preferencia

DISCAPACITADO-Acceso al cargo de directivo docente en condiciones de igualdad

DISCAPACITADO-Derecho a la igualdad de oportunidades de los aspirantes discapacitados

DISCAPACITADO-Desconocimiento del derecho del accionante a culminar el proceso de selección y a integrar la lista de elegibles por méritos y calidades

DISCAPACITADO-Deber de actuar a favor de quienes por su condición física o mental se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta

DISCAPACITADO-Derecho a la igualdad de oportunidades de los aspirantes discapacitados

DISCAPACITADO-Derecho a culminar el proceso de selección y a ser incluido en la lista de elegibles

Referencia: expediente T-1.867.299

Acción de tutela instaurada por Jorge Raimundo Molina Castañeda contra la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil ocho (2008).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en sede de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Santiago de Cali, el 31 de diciembre de 2007, dentro de la acción de tutela instaurada por Jorge Raimundo Molina Castañeda contra la Secretaría de Educación del mismo municipio.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Jorge Raimundo Molina Castañeda invoca la protección de su derecho fundamental al trabajo, porque la entidad accionada no tuvo en cuenta la incapacidad médica que el 19 de octubre de 2006 le impidió presentarse a la entrevista, programada por la entidad dentro del concurso para proveer cargos de directivos docentes, según Resolución 4211.3.31.2553 del 28 de octubre de 2005.

Manifiesta que canceló los derechos exigidos en la convocatoria y obtuvo el puntaje requerido para permanecer en el proceso, tanto en las pruebas académicas y psicotécnicas como en la valoración de su hoja de vida, pero fue excluido en razón de que no le fue posible asistir a la Institución Educativa Liceo Departamental el 19 de octubre de 2006 a la 1 p.m.

Sostiene que solicitó a la Secretaría de Educación aplazar la entrevista o disponer el traslado del personal encargado de realizarla a su residencia y que insistió en ello, sin éxito, pues el Subsecretario para la Dirección y Administración de los Recursos de la Secretaría de Educación le respondió que sus solicitudes no podían despacharse favorablemente, pues, de acuerdo con la Resolución 4211.3.3.4005 de 2006, el cronograma y sitio de entrevista no puede modificarse ni prorrogarse, por ningún motivo y quien no se presente queda excluido de la lista de elegibles.

2. Intervención pasiva

El señor Subsecretario para la Dirección y Administración de los Recursos de la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali solicita negar la protección invocada, porque el accionante cuenta con la jurisdicción de lo contencioso administrativo para confrontar la Resolución 4211.3.34005 de 5 de julio de 2006, por medio de la cual se establecen los

procedimientos y criterios para la valoración de antecedentes y realización de entrevista, en el ámbito del concurso de méritos para proveer cargos para docentes y directivos.

Manifiesta que el docente obtuvo un puntaje de 72.72 en el examen practicado por el ICFES y que ello le permitió continuar en el concurso y sumar puntos por concepto de la prueba psicotécnica, de manera que en la base de datos de la Secretaría le figura un total de 54.26 puntos, de acuerdo con el “cuadro donde consta la calificación con sus correspondientes equivalencias”.

Lamenta que el actor no se haya presentado a la entrevista y agrega que no le resulta posible convocarlo nuevamente, “porque sería violar la normatividad existente”, dado que la Resolución que establece los procedimientos dispone que una vez convocados los aspirantes a entrevista, quien no se presente el día señalado queda excluido de la lista de elegibles, cualquiera fuere el motivo de la ausencia.

Destaca que el acto administrativo al que hace mención, “se encuentra en la actualidad vigente tiene validez porque presenta una perfecta adecuación, sumisión y cumplimiento en la elaboración y expedición del acto administrativo; lleno con los requisitos y exigencias consagradas en las normas superiores (..)” y que no es asunto del juez de tutela modificarlo “porque este tiene su jurisdicción que es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (..)”.

Finalmente, en consideración a que el accionante se encuentra actualmente laborando, considera que no hay lugar a concederle amparo transitorio, pues su derecho al trabajo no está siendo vulnerado.

3. Material probatorio

En el expediente obran, entre otros, los siguientes documentos:

-Fotocopia del Acta 1074 de 1980, que da cuenta de la posesión del señor Jorge Raimundo Molina Castañeda, el 9 de junio de 1980, en el cargo de Profesor de Enseñanza Secundaria, ante el Gobernador del Departamento del Valle, según nombramiento en propiedad efectuado por el Ministerio de Educación Nacional.

-Fotocopia del Acta que da cuenta de la posesión como docente del señor Jorge Raimundo Molina Castañeda, ante el Alcalde del Municipio de Santiago de Cali el 12 de diciembre del

año 2003, de conformidad con el Decreto de nombramiento expedido por la Secretaría de Educación Municipal.

-Fotocopia de la Resolución 4211.3.31.2553 expedida el 28 de octubre de 2005, por el Secretario de Educación Municipal de Santiago de Cali, en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las conferidas por el Decreto 040 de enero 27 de 2004, con el objeto de convocar a concurso público de méritos para designar 10 Rectores y 42 Coordinadores Docentes.

Indica la Resolución, entre otros aspectos:

“En los actos administrativos que se deben expedir en el desarrollo del concurso, tales como criterios y aspectos ponderados a tener en cuenta para la entrevista y la valoración de antecedentes, se fijarán las fechas y el lugar a realizar la entrevista y la valoración de antecedentes, una vez se obtenga el listado de elegibles para el concurso público de los directivos docentes y docentes y los nombramientos en periodo de prueba se harán a través de actos administrativos expedidos por la Secretaría de Educación Municipal”.

-Fotocopia del documento que contiene la programación de la Fase II del concurso de méritos para proveer cargos para personal directivo docente, según Resolución 4211.3.31.2553 de octubre 28 de 2005, en el cual figura convocado a entrevista el señor Jorge Raimundo Molina Castañeda, aspirante al cargo de Coordinador, el 19 de octubre del año 2006 a la 1 p.m., en la Institución Educativa Liceo Departamental.

-Fotocopia de la comunicación dirigida por el señor Jorge Raimundo Molina Castañeda al señor Ramón Ignacio Atehortua, Subsecretario de Recursos de la Secretaría de Educación Municipal, el 19 de octubre de 2006, solicitando el aplazamiento de la entrevista “que tengo para hoy o bien sea enviando el jurado a mi residencia”.

Agrega el escrito:

“Lo anterior debido al accidente que tuve el 30 de Septiembre /06 por motivo de una bala perdida que me ha dejado momentáneamente inmóvil de las piernas y hace apenas cuatro días me dieron de alta en la clínica, por lo que aún no me puedo movilizar, además de tener una fractura de la clavícula izquierda.

(..)

ANEXO: Copia de la incapacidad”.

-Fotocopia del certificado médico sobre incapacidad inicial, por parapesia severa, expedido a nombre de Jorge Molina Castañeda, por treinta días, el 30 de septiembre de 2006.

-Registro de la Historia Clínica, expedida por Cosmitet Ltda., a nombre de Jorge Raimundo Molina Castañeda.

Indica el concepto para medicina laboral:

“En sep 2006 TRM penetrante por bala en columna dorsal inicialmente parapesia severa. Hipoestesia desde T3, espasticidad de miembros inferiores, tiene micción espontánea con residuo, deambula con caminador muy lentamente (..)

(..)

Extremidades superiores motricidad normal.

Parapesia espástica 3/5 flexiona cadera der y menos la izq

Parapesia con cierto grado de mejoría, sin marcha funcional

No tiene marcha independiente

Esta en rehabilitación

Las secuelas definitivas generalmente se establecen después de 1 año.

(..)”.

-Comunicación del 26 de diciembre de 2006, dirigida por el señor Jorge Raimundo Molina Castañeda al Subsecretario de Recursos de la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, para solicitar “la programación de mi entrevista en el proceso de concurso para directivo docente, como coordinador, la cual no presenté por razones de fuerza mayor como se lo comuniqué oportunamente en carta radicada en octubre 19 del presente año y con la incapacidad médica respectiva por la bala perdida que me dejó parálítico temporalmente y

de la cual anexo nuevamente copia”.

-Comunicación del 10 de enero de 2007, dirigida por el señor Subsecretario para la Dirección y Administración de los Recursos al señor Jorge Raimundo Molina Castañeda, en respuesta al derecho de petición QAP. No. 77430.

Señala el escrito:

“Con relación al Derecho de Petición, la Secretaría de Educación Municipal expidió Resolución No. 4211.3.3.4005 de 2006 de fecha 5 de julio de 2006 consagra (sic) en el Artículo Doce: “FECHAS Y HORARIO PARA ENTREVISTA.- Una vez se hayan notificado los admitidos, se dispondrá del cronograma y sitio de entrevista las fechas que se determinen no podrán prorrogarse ni modificarse por ninguna razón, Aspirante que no se presente por algún motivo el día y la hora indicada quedará excluido de la lista de elegibles. (..)”

Por lo anterior esta secretaría, garantiza el derecho a la igualdad de todos los participantes”.

4. Decisión judicial objeto de revisión

Mediante fallo proferido el 31 de diciembre de 2007, el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Santiago de Cali negó la pretensión de amparo constitucional impetrada por el señor Molina Castañeda, porque el mecanismo de protección de los derechos fundamentales “es la defensa de los derechos fundamentales y no la de sustituir las instancias ordinarias que ha previsto por mandato legal el legislador para la solución de las controles surgidas, en este caso, en un momento dado, entre un asociado y una autoridad pública del Estado”.

Agrega la providencia que el actor no afronta un perjuicio irremediable, al punto que puede acudir a la instancia judicial competente para “que se disponga la nulidad de dicho acto y el restablecimiento de su derecho”.

Para concluir asegura que el derecho del señor Molina Castañea al trabajo no está siendo vulnerado, “pues se reitera, no existe evidencia alguna dentro del plenario que permita inferir con absoluta certidumbre su violación o amenaza”.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto del 18 de abril del año 2008, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de esta Corporación.

2. Problema jurídico

2.1 Corresponde a esta Sala revisar la decisión proferida por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Santiago de Cali que niega al señor Jorge Raimundo Molina Castañeda el amparo constitucional que reclama, en consideración al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela y habida cuenta que el actor no afronta un perjuicio irremediable.

Sostiene el fallador de instancia que dada su vinculación como docente, el señor Molina Castañeda no demanda un amparo transitorio, de manera que bien puede proponer ante la jurisdicción de la contencioso administrativo “la nulidad de dicho acto y el restablecimiento de su derecho”.

Empero el actor no confronta la Resolución 4211.3.3.4005 de 2006, sino la decisión de la administración de no permitirle concluir el proceso de selección para proveer el cargo de coordinador docente, sin perjuicio de su insistencia y dado el estado de minusvalía que le impidió asistir a la entrevista, en la fecha inicialmente programada.

2.2 De modo que esta Sala habrá de resolver si la Secretaría accionada se encuentra obligada a adoptar medidas en favor de la culminación del proceso de selección por méritos y calidades en que el actor participaba, cuando le sobrevino su estado de incapacidad, restableciendo de esta manera su derecho de acceso al cargo de directivo docente en condiciones de igualdad, de acuerdo con los artículos 1°, 2°, 4°, 13, 47, 54 y 86 constitucionales.

Para ello, previamente y habida cuenta que el Juez de instancia considera que el actor debe

acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en demanda de protección constitucional, resulta del caso reiterar la jurisprudencia constitucional relacionada con la procedencia de la acción de amparo para restablecer los derechos fundamentales de los asociados a ingresar a cargos de carrera y ascender en los mismos, previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en el ordenamiento, con el propósito de determinar los méritos y las calidades de los aspirantes, en condiciones de igualdad.

3. Caso concreto. La protección será concedida

3.1 Ineficacia de las acciones contencioso administrativas para restablecer el derecho de ingreso a la función pública por méritos y calidades

Esta Corte ha considerado la eficacia de las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo para juzgar las actuaciones de la administración y restablecer los derechos de los asociados a acceder y ascender a cargos y empleos de carrera, en consideración a sus méritos y calidades y ha concluido sobre su ineficacia, pues, de llegar a prosperar, las acciones de nulidad y reparación no permiten que el afectado logre el restablecimiento esperado.

Señala la Corte:

“La no inclusión de una persona en la lista de elegibles o la figuración de ésta en un lugar que no corresponde, según las consideraciones precedentes, puede implicar la violación de derechos fundamentales, entre otros, a la igualdad, al debido proceso y al trabajo.

-La acción contenciosa administrativa mencionada, en caso de prosperar, tendría como resultado la anulación del acto administrativo en referencia, esto es la lista de elegibles e igualmente el restablecimiento de derecho.

Sin embargo, cabría preguntarse, en qué consistiría dicho restablecimiento?.

Hipotéticamente podría pensarse que el restablecimiento del derecho lesionado se lograría de dos maneras: 1) reconociendo al afectado el pago de una presunta indemnización. 2) Emitiendo la orden a la administración para que rehaga la lista de elegibles e incluya a quien resultó favorecido con la acción dentro de dicha lista en el lugar que corresponda, según el puntaje real obtenido.

En cuanto al pago de la indemnización, estima la Sala que existen dificultades jurídicas y prácticas para tasarlas, pues los perjuicios morales difícilmente podrían reconocerse, por no darse los supuestos jurídicos y fácticos que para ello se requiere; en cuanto a los perjuicios materiales, realmente no existirían unos parámetros ciertos con base en los cuales pudieran ser no sólo reconocidos, sino liquidados, pues cabría preguntarse, ¿en qué forma se evaluaría el perjuicio consistente en no ser incluido en una lista de elegibles, o en ser ubicado en ésta en un lugar que no corresponda al puntaje obtenido por el interesado?, si se tiene en cuenta que la colocación en dicha lista es apenas un acto preparatorio del nombramiento y, por lo tanto, tan sólo crea una expectativa para ser designado en el empleo.

Además, el reconocimiento de la indemnización, no puede actuar como un equivalente o compensación de la violación del derecho fundamental, pues lo que el ordenamiento constitucional postula es su vigencia, goce y efectividad en cabeza de su titular; dicho de otra manera, la indemnización que se reconocería no sería idónea para obtener la protección del derecho fundamental que ha sido conculcado por la actuación de la administración.

La orden a la administración para que reelabore la lista de elegibles, con la inclusión en ella del demandante en el proceso contencioso administrativo, carece de objeto y de un efecto práctico, porque dicha lista tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del cargo o de los cargos correspondientes y para la época en que se dictaría la sentencia, ya la administración habría realizado los nombramientos y las personas designadas han adquirido la estabilidad en el cargo que da su escalafonamiento en la carrera administrativa, estabilidad que no se puede desconocer porque su nombramiento se realizó en forma legítima y con base en un acto que era válido -la lista de elegibles- para la época en que se hizo la designación, y obviamente el escalafonamiento en carrera luego de superado el período de prueba también es legítimo. Es decir, que el resultado del proceso contencioso administrativo no tiene por qué afectar las situaciones jurídicas válidas que quedaron consolidadas, con fundamento en el concurso, en favor de quienes fueron incluidos en la lista de elegibles y fueron designados para los respectivos cargos. Por consiguiente, quien triunfó en el proceso contencioso administrativo no obtiene con su acción el resultado deseado, cual es el de ser nombrado en el cargo correspondiente. Ello es así, porque el restablecimiento del derecho, a juicio de la Sala, no puede ser ordenado en el sentido de que se nombre al citado en el empleo al cual aspira pues semejante obligación no se le puede imponer a la administración, ya que para ser nombrado, previamente debe estar incluido en la lista de

elegibles.

Es más, la orden de reelaborar la lista no tiene un sustento jurídico serio, pues a la administración se le conminaría a que modifique un acto administrativo que ya se encuentra extinguido por el agotamiento de su contenido, lo cual, además, como se dijo antes no tiene un efecto práctico.

La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, mas aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales¹.

Se ha expuesto, también, que “no es lo mismo cotejar una determinada situación con preceptos de orden legal que compararla con los postulados de la Constitución, pues la materia objeto de examen puede no estar comprendida dentro del ámbito de aquél, ni ofrecer la ley una solución adecuada o una efectiva protección a la persona en la circunstancia que la mueve a solicitar el amparo, encajando la hipótesis, en cambio, en una directa y clara vulneración de disposiciones constitucionales²”.

Establecida la procedencia de la acción porque el actor no cuenta con un medio de defensa judicial diferente a la acción de tutela, para reclamar el restablecimiento de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y a acceder al cargo de coordinador docente, esta Sala habrá de resolver si el señor Molina Castañeda tiene derecho a culminar el proceso de selección y a ser incluido en la lista de elegibles, para proveer el cargo de coordinador docente, por el tiempo establecido en el ordenamiento.

3.2 Las limitaciones físicas, mentales o sensoriales no pueden ser óbice para la vinculación laboral

3.2.1 Los artículos 40 y 125 de la Carta Política disponen que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control político, mediante el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, atendiendo a sus méritos y calidades y los artículos 47 y 54 del mismo ordenamiento imponen al Estado el deber de adelantar políticas de previsión y rehabilitación social, propiciando la ubicación laboral de las personas discapacitadas, de acuerdo con sus condiciones de salud.

De ahí que esta Corte haya señalado que el ordenamiento constitucional funda en el mérito el acceso al poder público³ y que las personas afectadas con minusvalías no tienen que ser marginadas del desempeño de cargos y funciones públicas por el solo hecho de su limitación, porque, aparte de que les asiste iguales deberes y derechos constitucionales que las demás personas, pueden realizar aportes importantes a la sociedad, quien requiere de su integración y rehabilitación social.

Indica al respecto la jurisprudencia:

“Lo anterior ha conducido a la convicción acerca de la necesidad de que los Estados y las mismas sociedades tomen medidas para favorecer la integración y participación de los discapacitados en la vida social, de manera tal que, al igual que las demás personas, se conviertan en sujetos portadores de derechos y obligaciones y puedan llevar una vida digna. Por eso, se señala que es necesario favorecer el acceso de los discapacitados a la rehabilitación, la educación, la salud, la seguridad social, el empleo, la recreación y el deporte, y a las obras de infraestructura física y los bienes de uso público, tales como las calles, los edificios, los parques, el servicio de transporte, etc.

Ello implica un cambio tanto en la concepción acerca del discapacitado como en el entendimiento sobre los deberes de la sociedad para con él. De esta manera, se propone que la percepción acerca de los discapacitados se modifique, de tal manera que, en vez de hacer énfasis en las limitaciones que los aquejan, se persiga encontrar cuáles son las aptitudes y destrezas que pueden desarrollar y cuál puede ser su aporte a la sociedad, para que así asuman responsabilidades dentro de la misma. Asimismo, se indica que la sociedad tiene deberes para con los discapacitados y que ello entraña que el entorno social debe adaptarse a las necesidades de los mismos, al contrario de lo que ocurría en el pasado, cuando los discapacitados tenían que ajustarse a las condiciones que les imponía el ambiente social, si

querían sobrevivir en el mismo⁴”.

Recuerda la Corte, en la providencia que se trae a colación, los antecedentes y motivaciones que impulsaron la expedición de la Ley 367 de 1997, la cual regula el deber de las autoridades públicas de adaptarse a los diversos estados de incapacidad, mediante la adopción de mecanismos para favorecer el acceso de los discapacitados a la educación, al empleo, al bienestar social, a la infraestructura física y los bienes estatales.

3.2.2 Cabe precisar, respecto de la integración laboral de las personas discapacitadas que, de conformidad con los artículos 26 y 27 de la normatividad en comento, la limitación de una persona no puede obstaculizar su vinculación laboral sino ser causa de preferencia, en los procesos para seleccionar aspirantes para el ingreso a los cargos y funciones públicas por méritos y calidades, siempre que la minusvalía “no resulte en extremo incompatible o insuperable frente al trabajo ofrecido, luego de haberse agotado todos los medios posibles de capacitación.”

Es dable concluir, entonces, el desconocimiento de la normatividad constitucional y legal del Secretario de Educación accionado, quien considera que las previsiones de la Resolución 4211.3.3.4005 de 2006, expedida por la entidad para regular la realización de entrevistas y valoración de antecedentes, en el proceso de selección por méritos para proveer cargos docentes y de directivos docentes en el municipio de Santiago de Cali, no le permiten adoptar medidas destinadas a respetar el derecho a la igualdad de oportunidades de los aspirantes discapacitados.

Esto es así porque el actor informó al Subsecretario de Educación sobre el estado de inmovilidad temporal que le impedía acudir al lugar señalado, en la hora prevista y a su vez solicitó el traslado del personal encargado de realizar la entrevista a su residencia; sin éxito, pues el funcionario consideró que lo conducente, según el artículo 12 de la Resolución en mención, tenía que ver con su exclusión del proceso y por ende de la lista de aspirantes al cargo de coordinador.

Desconociendo el derecho del señor Molina Castañeda a culminar el proceso de selección por méritos y calidades y a integrar la lista de elegibles para acceder al cargo de directivo docente en condiciones de igualdad, exigiendo medidas de afirmación positiva, de ser ello necesario, con miras a superar el estado de minusvalía que lo marginó de toda actividad

entre el 30 de septiembre del año 2006 y el 30 siguiente y lo obligó a permanecer en rehabilitación durante el año siguiente.

3.2.3 De manera que el amparo invocado habrá de concederse, en el sentido de disponer que la accionada i) permita al actor culminar el proceso de selección por méritos convocado mediante Resolución 4211.3.31.2553 11; ii) le otorgue el lugar que le corresponde en la lista de elegibles; iii) publique su inclusión y iii) considere su nombre para proveer el cargo de coordinador docente, atendiendo al lugar que le llegare a corresponder, durante los dos años siguientes a la publicación, que mediante esta providencia se ordena, como lo dispone el artículo 11 del Decreto 1278 de 2002.

4. Conclusiones. La sentencia de instancia será revocada

4.1 El señor Jorge Raimundo Molina Castañeda invoca la protección constitucional, porque la Secretaría de Educación accionada no le permitió culminar el proceso de selección por méritos y calidades, convocado por la entidad para proveer los cargos de docentes y directivos docentes en el municipio de Santiago de Cali, de conformidad con el Decreto 1278 de 2002, emanado del Ministerio de Educación Nacional.

Efectivamente, revelan los antecedentes que la entidad accionada fue notificada del estado de invalidez que el 19 de octubre del año 2006 a la 1 p.m. le impidió al actor presentarse a la Institución Educativa Liceo Departamental, para realizar la entrevista previamente programada, dentro del proceso ya referido y se conoce que el Subsecretario de Educación de la accionada, en lugar de adoptar una medida extraordinaria que permitiese al afectado continuar en el concurso, resolvió excluirlo a causa de su ausencia, sin considerar que la Constitución Política le impone el deber de actuar a favor de quienes por su condición física o mental se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta, con el propósito de contrarrestar su estado de marginalidad y minusvalía y procurar su rehabilitación e integración social.

4.2 De manera que la Sentencia que se revisa habrá de revocarse, en cuanto el Juez de instancia niega la protección fundado en que el actor cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento para invocar el amparo constitucional y en que la accionada sujetó su decisión a las previsiones del artículo 12 de la Resolución 4211.3.3.4005 de 2006, emitida por la misma, por cuya virtud el aspirante que no se presenta a la entrevista, el día y hora

señalado en la convocatoria pública, es excluido del concurso, sin consideración alguna.

Pasa por alto el fallador de instancia, en consecuencia, la jurisprudencia de esta Corte que considera ineficaces las acciones contencioso administrativas para restablecer el derecho de los asociados a acceder a cargos y funciones públicas, por méritos y calidades, al igual que las previsiones constitucionales que permiten a los aspirantes discapacitados exigir medidas afirmativas que les permitan participar en los procesos de selección por méritos en condiciones de igualdad.

Al punto que la Secretaría de Educación del municipio accionado tenía que haber dispuesto entrevistar al señor Molina Castañeda en su residencia, el 19 de octubre de 2006, como el mismo lo solicitó o señalar fecha para entrevistarle en otra oportunidad, con el objeto de que el estado de incapacidad del aspirante no se erigiera, como efectivamente ocurrió, en obstáculo de su aspiración laboral.

Lo anterior si se considera que los artículos 26 y 27 de la Ley 367 de 1997, en armonía con los artículos 1°, 2°, 13, 47 y 54 de la Carta Política, comprometen a la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali, al igual que a todas las autoridades públicas responsables de proveer los cargos y empleos estatales, atendiendo a los méritos y calidades de los aspirantes, con la vinculación laboral de las personas discapacitadas, salvo situaciones de incompatibilidad extrema y una vez agotadas las posibilidades de rehabilitación.

De manera que la entidad accionada restablecerá el derecho del actor a culminar el proceso de selección y ser incluido en la lista de elegibles, por el término de la vigencia establecida en el artículo 11 del Decreto 1278 de 2002, de acuerdo con el puntaje que llegare a obtener, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Santiago de Cali, el 31 de diciembre de 2007, para negar la acción de

tutela instaurada por el Jorge Raimundo Molina Castañeda contra la Secretaría de Educación del mismo municipio.

SEGUNDO. CONCEDER al actor el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al acceso a cargos y funciones públicas, en atención a sus méritos y calidades.

En consecuencia disponer que la entidad accionada i) convoque al señor Molina Castañeda a entrevista, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, con el propósito de culminar, en los cinco (5) días siguientes, el proceso de selección para el que el antes nombrado fue convocado mediante Resolución 4211.3.31.2553 de 2005, ii) incluya al actor en la lista de elegibles, de acuerdo con el puntaje que llegare a obtener culminado el proceso de selección y iii) considere su nombre para proveer el cargo de coordinador docente, dentro de los dos años siguientes a su inclusión en la lista de elegibles con el puntaje que le corresponde, en atención a la vigencia establecida en el artículo 11 del Decreto 1278 de 2002.

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

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaría General

1 Sentencia T-256 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

2 SU-086 de 1999 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

3 Sobre el acceso a la función pública, mediante un sistema “diseñado para que ingresen y permanezcan en él aquellas personas que tengan suficientes calidades morales, académicas, intelectuales y laborales”, se puede consultar la sentencia C-954 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería. En igual sentido C-479 de 1992, C-391 de 1993, C-527 de 1994 y C-040 de 1995.

4 Sentencia T-207 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.