

Sentencia T-785/13

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

A juicio de esta Sala, los medios ordinarios de defensa judicial no son eficaces para dirimir la controversia que suscitó la instauración de las acciones de tutela de la referencia, motivo por el cual el juez constitucional puede pronunciarse de fondo sobre el asunto objeto de revisión, el cual se circunscribe a determinar, si la exclusión de determinados aspirantes al encontrarlos “no aptos” por presentar ciertas condiciones de salud ocupacional, trasgredió o no sus derechos fundamentales a la igualdad y al acceso a cargos públicos.

CONCURSO DE MERITOS-Posibilidad de exigir requisitos de aptitud física dentro de los concursos-cursos y de los límites constitucionales en el ejercicio de dicha atribución

La Corte ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de la Administración de exigir requerimientos físicos para acceder a cargos de carrera, al igual que sobre la viabilidad de establecer dichos requerimientos en los cursos-concursos que se desarrollen. 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 y proporcionalidad.

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

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN ACCESO A CARGOS PUBLICOS Y CONCURSO DE DRAGONEANTE DEL INPEC-No vulneración al establecer como causales de exclusión del concurso-curso ser calificado como “no apto” por cuanto cargo requiere altas exigencias físicas y actividad se considera de alto riesgo

En cuanto a la relación que existe entre el requerimiento de condiciones psicofísicas y las funciones del empleo, no cabe duda de que la labor del dragoneante requiere de altas exigencias físicas para poder cumplir las labores a su cargo, las cuales demandan, entre

otras, un rol permanente de supervisión correccional, dirigido a imponer la garantía del orden, la seguridad, la disciplina y la vigilancia de los internos, no sólo en centros de reclusión, sino también durante su traslado por remisiones locales e intermunicipales, para lo cual se exige poder conducir vehículos. La importancia de las condiciones físicas de quienes ingresan a laborar en el INPEC, se reitera en el catálogo de las labores de los dragoneantes, cuando se dispone que: “[Deberán] realizar ejercicios colectivos que mejoren o mantengan su capacidad física”. Si bien las condiciones físicas idóneas, desde el punto de vista ocupacional, resaltan el papel correccional de los dragoneantes del INPEC, no cabe duda de que también se convierten en un medio de protección de las personas que desempeñarán dicho trabajo, en especial cuando ha sido catalogado como una actividad de alto riesgo. Por esta razón, se encuentra que existe una relación entre la exigencia de una determinada capacidad física con las funciones del cargo, lo que desvirtúa -prima facie- que puedan considerarse como incompatibles con el ordenamiento constitucional

Referencia: Expedientes T-3.892.249, T-3.920.919, T-3.918.415, T-3.904.227, T-3.901.720, T-3.901.719 y T-3.899.486

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., noviembre (12) de dos mil trece (2013)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos dictados por las autoridades judiciales mencionadas en el siguiente cuadro:

Número del expediente

Partes

Autoridad judicial de primera instancia

Autoridad judicial de segunda instancia

Michael Hernando Ponce Meneses contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y la Unión Temporal INPEC (conformada por la Cooperativa Nacional de Anestesiólogos, Servimed Empresarial SAS y el Laboratorio Clínico Martha Sussan y CIA LTDA)

Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

T-3.920.919

Jasson Steven Igua Santacruz contra la CNSC, el INPEC, la Unión Temporal INPEC y la Universidad de Pamplona

Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

T-3.918.415

Leider Ardu Martínez Ramírez contra el INPEC, la CNSC y la Unión Temporal INPEC

Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

T-3.904.227

Edgar Jair Cardozo Guerrero contra la CNSC, el INPEC y la Unión Temporal INPEC

Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá

Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

T-3.901.720

Jorge Iván Arteaga Melo contra la CNSC, el INPEC y la Unión Temporal INPEC

Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

T-3.901.719

Luís Miguel Ortega Rodríguez contra la CNSC y el INPEC

Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

T-3.899.486

Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Pasto

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

I. ANTECEDENTES

1.1. Aclaración metodológica

Teniendo en cuenta que la Sala de Selección Número Siete, mediante Auto del 18 de julio de 2013, además de seleccionar los expedientes de la referencia, decidió acumularlos para que fueron fallados en una sola providencia, la presente decisión desarrollará los hechos y argumentos formulados por las partes de manera conjunta. Igualmente expondrá en un sólo acápite las razones expuestas por las autoridades judiciales que conocieron de los procesos de la referencia y que, en su mayoría, denegaron el amparo. Al final de esta sentencia, en el anexo, pueden consultarse las particularidades de cada una de las causas, desarrolladas de

manera separada, aunque valga decir que en no pocos casos, los demandantes utilizaron formatos para ejercer la acción de tutela, por lo que –salvo mínimos elementos– se presentaron los hechos y los argumentos de la misma manera. Por lo demás, al momento de resolver cada uno de los casos sometidos a revisión, esta Corporación aplicará de manera puntual las consideraciones generales que se exponen en la parte motiva de este fallo.

1.2. Hechos relevantes

(i) Mediante oficio No. 8877 de 2011, el INPEC solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC) iniciar una convocatoria para proveer 718 vacantes en el empleo de dragoneante código 4114, grado 11. Para tal efecto, en la Resolución No. 0025 del 4 de enero de 2012, dispuso la suma de \$ 1.497.035.321 pesos.

(ii) Con posterioridad, en Acuerdo No. 168 del 21 de febrero de 2012, la CNSC convocó el proceso de selección para proveer por concurso-curso abierto de méritos el empleo de dragoneante, código 4114, grado 11. Esta convocatoria se identificó como la No. 132 de 2012, dejando su trámite a cargo de la referida entidad.

(iii) En el artículo 5 del citado Acuerdo se determinó la siguiente estructura para el proceso de selección: 1.- Convocatoria y divulgación; 2.- Inscripciones, 3.- Verificación de requisitos mínimos; 4.- Fase I. Concurso: 4.1. Pruebas (análisis de antecedentes, prueba de aptitud y prueba de personalidad), 4.2. Examen médico, para ingreso al curso; 5. Fase II. Curso (Formación para varones No. 128 y curso de complementación para varones No. 016), 6.- Conformación de lista de elegibles y 7.- Período de prueba.

(iv) Dentro de las normas dispuestas para regir el concurso-curso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7º del aludido Acuerdo, se fijó la Resolución No. 00305 de 2012 del INPEC, que adoptó el profesiograma, el perfil profesiográfico y las inhabilidades médicas para el empleo de dragoneantes, del cuerpo de custodia y vigilancia de la citada entidad. Según la mencionada Resolución, “(...) el profesiograma es el documento técnico en donde se definen las tareas, responsabilidades, particularidades físicas y ambientales requeridas para el desempeño de un empleo y adicionalmente, establece los medios científicos necesarios para investigar que el empleado pueda desempeñarse en el puesto de trabajo para el cual es postulado”. A su vez, definió el perfil profesiográfico como “(...) un

documento en el que se indican las características, aptitudes y actitudes que debe tener una persona para desempeñar un empleo”[1].

(v) Una de las causales de exclusión de la convocatoria, reguladas en el artículo 10 del Acuerdo 168 de 2012, era ser calificado como “no apto” en la valoración médica realizada. Este diagnóstico sería efectuado por la entidad contratada para ello. Adicionalmente, según el artículo 36 del Acuerdo, se determinó que el examen médico no sería una prueba dentro del proceso de selección, sino un trámite previo para ingresar al curso. En el citado examen se estudiarían las inhabilidades médicas reguladas en la Resolución No. 00305 de 2012 del INPEC. En virtud del asunto sometido a revisión, es preciso destacar que en la valoración médica se dispuso un examen de la capacidad física, el cual fue comprendido como el estudio de la compatibilidad adecuada para desempeñar el cargo conforme con el profesiograma. Para tal efecto, se evaluarían tres instrumentos: (a) la historia clínica ocupacional con énfasis en el sistema neurológico y osteo-muscular; (b) la ficha de evaluación de la carga física y (c) la ficha de evaluación osteo-muscular.

(vi) En el Acuerdo 168 también se determinó que el único resultado médico que se aceptaría es aquél emitido por la entidad especializada contratada previamente[2]. Si bien podría elevarse una reclamación ante ellos, después de hacerlo adquiriría carácter definitivo[3]. De suerte que, tras el concurso y el examen de aptitud, seguía la etapa del curso y de allí, con observancia del mérito alcanzado en este último, se conformaría la lista de elegibles.

(vii) A partir de lo expuesto, en la Resolución No. 3317 de 2012, se adjudicó a la Unión Temporal INPEC el proceso de selección. Con fundamento en ello, esta unión adquirió la obligación de realizar los exámenes médicos a los aspirantes que superaran el concurso para proveer las vacantes correspondientes al empleo de dragoneante[4], siguiendo los parámetros del profesiograma mencionado.

(viii) Aunado a lo anterior, en la pluricitada Resolución No. 305 de 2012, la cual fue elaborada tras un trabajo realizado por el Grupo de Salud Ocupacional de la Subdirección de Talento Humano y Positiva Compañía de Seguros/ARP, se adoptaron como inhabilidades médicas dentro del profesiograma del INPEC, las condiciones descritas en el anexo 5. Entre ellas figuran la obesidad, la proteinuria positiva, la ametropía no corregida y el trastorno de

conducta eléctrica (bloqueos y hemibloqueos completos e incompletos).

(ix) Según señalan los accionantes, la prestación de su servicio militar obligatorio fue en el INPEC, realizando actividades similares a aquellas adelantadas por las personas que desempeñan el cargo de dragoneante.

(x) Todos se inscribieron a la Convocatoria No. 132 de 2012 superando la etapa del concurso. No obstante, al momento de someterse al examen médico ante la Unión Temporal INPEC fueron declarados “no aptos”, por presentar determinadas inhabilidades, en concreto, se señalan: la proteinuria positiva, la ametropía no corregida, la obesidad y el trastorno de conducta eléctrica.

(xi) Los accionante formularon las reclamaciones correspondientes, (a) en los casos en los que fueron excluidos por la proteinuria positiva, allegaron parciales de orina particulares, según los cuales el nivel de proteína en la micción era normal. En otros, (b) alegaron inmediatamente que se habían efectuado correcciones a las patologías visuales padecidas. Por su parte, (c) para el caso del trastorno eléctrico en el corazón, mencionaron que habían acudido a cardiólogos que descartaron que padecieran alguna enfermedad. Y, finalmente, (d) respecto del aspirante que fue excluido por obesidad, cuestionó el criterio que lo apartó de la convocatoria, aduciendo que el sobrepeso no era necesariamente un límite a sus capacidades para ejercer el cargo.

(xii) Luego de agotar el trámite de las reclamaciones formuladas, el dictamen fue confirmado por la Unión Temporal INPEC en todos los casos, a través de respuestas similares para cada accionante. Con este propósito se mencionó que los exámenes obedecían a los criterios del profesiograma del INPEC y que no encontraba razones suficientes para modificar su postura.

1.3. Argumentos de los demandantes

Los accionantes consideraron que su exclusión del concurso-curso transgrede sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, por las siguientes razones: En primer lugar, se cuestionó que no se siguieron los protocolos definidos en el profesiograma de manera técnica. Aunado al hecho de existieron confusiones en algunos resultados, que sólo en ciertas ocasiones fueron solventadas.

En segundo lugar, se objetó que se les hubiese dado respuestas genéricas a sus reclamaciones, las cuales estiman que no satisfacen cada una de las circunstancias particulares. En este sentido, se resaltó que: (i) en los casos en los que se detectó proteinuria positiva, se enfatizó que ello no significaba necesariamente que la persona padeciera alguna enfermedad renal; (ii) cuando se excluyó al aspirante por ametropía no corregida, se alegó que se había sometido a una cirugía de corrección; (iii) en el caso del retiro motivado por evidenciarse trastorno de conducta eléctrica (bloques y hemibloques completos e incompletos), se arguyó que otro electrocardiograma controvertía tal resultado. Finalmente, (iv) respecto del aspirante que fue excluido por obesidad, se indicó que tal condición podría mejorar con el tiempo, gracias en parte al ejercicio físico que como dragoneante se llevaría a cabo.

Por último, se resaltó que no se cuestionaban las normas del concurso, sino la exigencia de requisitos que se consideraban desproporcionados e irrazonables, sobre todo en la medida en que prestaron su servicio militar en la institución, cumpliendo –en su opinión– labores similares a aquellas adelantadas por los dragoneantes.

1.4. Solicitud de tutela

Todos los accionantes requirieron a los jueces de tutela que, tras declarar la existencia de actos discriminatorios que atentaban contra sus derechos fundamentales a la igualdad y al acceso a cargos públicos[5], ordenaran su reintegro al proceso de selección para el puesto de dragoneantes del INPEC. Por lo demás, solicitaron que se decretara una nueva citación, pero que obedeciera a los protocolos médicos correspondientes y que incluyera un término oportuno de preparación. En su defecto, reclamaron que se tuvieran en cuenta los exámenes particulares por ellos realizados.

1.5. Intervención de las partes demandadas

1.5.1. Intervención de la CNSC

La CNSC intervino dentro de los procesos de la referencia para oponerse a las pretensiones de los demandantes. En primer lugar, cuestionó la procedencia de las acciones de tutela, ya que si lo que se pretendía era controvertir las reglas del concurso-curso, existían los medios idóneos ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Adicionalmente, también

era posible cuestionar en cada caso particular la exclusión del proceso de selección, dada la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que podía acompañarse de la solicitud de suspensión provisional.

En segundo lugar, haciendo referencia a las cuestiones de fondo, enfatizó que las acciones de tutela impetradas buscaban atacar las reglas generales del concurso-curso, que habían sido publicadas con antelación y aceptadas por cada uno de los participantes. Por lo demás, señaló que los exámenes médicos no hacían parte del concurso, sino que se constituían en un requisito previo del curso que debían efectuar los participantes tras ser seleccionados.

En tercer lugar, expuso que las inhabilidades médicas fijadas por el INPEC en la Resolución No. 00305 de 2012, habían sido determinadas tras un estudio en el que participaron el Grupo de Salud Ocupacional de la Subdirección de Talento Humano y Positiva Compañía de Seguros/ARP. De suerte que los exámenes médicos efectuados por la Unión Temporal INPEC, siguieron protocolos que obedecían al profesiograma definido por la entidad, en el que se solicitó la participación de la CNSC para proveer los 718 cargos de dragoneante.

En cuarto lugar, sostuvo que el examen médico correspondía a un análisis de las aptitudes físicas y psicológicas desde el punto de vista ocupacional de los puestos de trabajo a proveer. De ahí que, si bien resultaba factible que una persona presentara funcionalidades vitales normales y habituales, no necesariamente sería apto dentro del proceso de selección, por las necesidades del cargo. Ello justificaba que el único examen válido fuera aquel realizado por la empresa encargada para adelantarlos, pues -reiteró- debía obedecer a determinados protocolos.

En quinto lugar, indicó que (i) la “proteinuria positiva” se encontraba dentro de las inhabilidades por ser un indicador precoz de posible enfermedad renal o sistémica, que podía generar -en virtud de edemas- dificultades para utilizar el calzado reglamentario, conducir a la necesidad de imponer una dieta específica o limitar la magnitud de la actividad física. Igualmente, (ii) la ametropía es un defecto óptico cuya inhabilidad se justifica debido a que tiene restricción para el manejo de herramientas, equipos y conducción de vehículos. En cuanto (iii) a la obesidad, expuso que puede generar enfermedad cardiovascular, hipertensión arterial, accidente cerebrovascular, diabetes mellitas tipo 2, distintos tipos de cáncer, síndrome de apnea obstructiva del sueño, cálculos

billiaries, daño al hígado y depresión, al igual que otros trastornos psíquicos. Finalmente, (iv) en relación con los bloqueos y hemibloqueos, apuntó que pueden tener varias causas, pero que se trata de problemas en la conducción del impulso eléctrico en el corazón.

En sexto lugar, mencionó que, tras una convocatoria, se había contratado a una entidad para efectuar los exámenes médicos, pero que en ellos no se analizaba la posibilidad de tratamientos terapéuticos para corregir las patologías halladas o las inhabilidades encontradas. Simplemente se buscaba determinar el estado físico-psíquico de los aspirantes dentro de unos parámetros ocupacionales. Por lo mismo, si bien los accionantes formularon la reclamación correspondiente, no brindaron los suficientes elementos para generar dudas razonables en torno al primer dictamen de aptitud. De suerte que, si bien presentaron exámenes privados, los mismos no fueron realizados conforme con los protocolos del profesiograma definido por el INPEC. Aún así, el hecho de que el dictamen no haya cambiado, no significó que no se hubiesen estudiado tales elementos aportados dentro de las reclamaciones.

Por último, en séptimo lugar, indicó que la prestación del servicio militar en el INPEC no conllevaba que se contara con las aptitudes psicofísicas para desempeñar el cargo de dragoneante. Por esta razón, a juicio de la entidad demandada, lo que se pretende con el amparo propuesto, es modificar un dictamen técnico sin contar con fundamentos para ello.

1.5.2. Intervención de la Unión Temporal INPEC

La Unión Temporal INPEC se opuso a las pretensiones de los demandantes, en primer lugar, invocando la existencia de otros medios de defensa judicial, lo que tornaba improcedente a la acción de tutela. En segundo lugar, refirió que se había celebrado un contrato con la CNSC para realizar un examen médico a los aspirantes dentro de la convocatoria No. 132 de 2012, que debía desarrollarse de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 00305 de 2012, que fijó el profesiograma del INPEC y, por lo mismo, las inhabilidades para el cargo de Dragoneante.

Dicho examen sólo se efectuaba para las personas que hubiesen superado el concurso y se realizó conforme a los protocolos previstos para determinar las necesidades del cargo. En consecuencia, en caso de prosperar las acciones propuestas, se estaría dando una nueva

oportunidad a ciertas personas, sin que exista razón para ello, en contravía de los derechos a la igualdad, al debido proceso y a la confianza legítima de los demás participantes.

1.5.3. Intervención del INPEC

El INPEC solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, en especial por su falta de legitimación por pasiva, ya que el concurso fue delimitado por la CNSC. En su opinión, con su actuación no se incurrió en amenaza o violación alguna de los derechos fundamentales de los accionantes.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Sentencias de primera instancia

2.1.1. Salvo una autoridad judicial, todas denegaron el amparo con similares argumentos. Tales razones pueden ser agrupadas en dos conjuntos. El primero, relativo a la improcedencia de la acción de tutela y, el segundo, concerniente a asuntos de fondo.

En cuanto a la inviabilidad procesal de la citada acción, adujeron que para estos casos existen los medios ordinarios de defensa judicial. De suerte que los demandantes pretenden, realmente, controvertir los parámetros del concurso-curso que podrían ser cuestionados, pero en otras instancias jurisdiccionales. En este sentido, enfatizaron que no es procedente, a través del amparo constitucional, alterar procedimientos y requisitos legalmente establecidos, que gozan de presunción de veracidad.

Por lo demás, un concurso sólo genera meras expectativas de ocupar un cargo público, razón por la cual no puede presumirse -prima facie- la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual, por lo demás, no se evidenció en ninguno de los casos propuestos. Por esta razón, en lo que se respecta a las reglas de procedencia de la acción, se consideró que existió un desconocimiento del principio de subsidiariedad que rige al amparo constitucional.

En cuanto a los asuntos de fondo, indicaron que conforme con la Constitución, el ingreso a los cargos públicos debe estar sujeto al cumplimiento de requisitos y condiciones, uno de los cuales -para los casos objeto de estudio- era el estado de salud ocupacional. A continuación, mencionaron que el mérito es el parámetro que sirve de guía en los concursos

públicos. Para cumplirlo, las reglas a través de las cuales se desarrolla han de estar claramente determinadas desde el comienzo. Tratándose de la Convocatoria No. 132 de 2012, se exigía la presentación de un examen médico en el que se determinaría el estado de salud desde la perspectiva ocupacional. Así las cosas, todas las inhabilidades se encontraban previamente definidas en la Resolución No. 00305 del año en cita.

Por último, enfatizaron que en las reglas de la convocatoria se había fijado que el único examen médico sería aquél realizado por la entidad contratada para llevarlo a cabo, que, para estos asuntos, era la Unión Temporal INPEC. Por ello, los dictámenes o parciales de orina realizados ante otras instituciones no le eran oponibles y carecían de validez.

2.1.2. La única autoridad judicial que concedió el amparo consideró que en este caso la acción de tutela era procedente debido a que la convocatoria exigía un límite de edad para poder presentarse. Por ello, el único mecanismo judicial idóneo que podía resolver de manera oportuna la controversia era la acción constitucional.

Por lo demás, encontró que si bien dentro de las convocatorias públicas resulta plausible la exigencia de determinados requisitos y condiciones, ellos han de ser proporcionales y razonables. En este orden de ideas, enfatizó que de tratarse de una exigencia física, ha de presumirse la discriminación, motivo por el cual será la entidad accionada la encargada de desvirtuarla. Como en este caso no se presentó justificación que permitiera evidenciar la relación entre la obesidad y la imposibilidad de ejercer el cargo de dragoneante, resultaba forzoso considerar que se cometían actos discriminatorios.

2.2. Apelaciones

2.2.1. Los accionantes que vieron insatisfechas sus pretensiones en primera instancia alegaron que la acción de tutela sí resultaba procedente debido al acaecimiento de un perjuicio irremediable. En este sentido, mencionaron que tal situación se configuraba debido a que uno de los requisitos del concurso-curso dependía de la edad de los aspirantes. Igualmente, apuntaron que dada la celeridad de los procesos de selección, no tenían la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, pues, cuando se profiriese una decisión de fondo, la convocatoria ya habría finiquitado.

Por lo demás, reiteraron que estaban siendo discriminados, ya que las entidades

demandadas utilizaron formatos generales para resolver sus inquietudes, lo que condujo a que los exámenes por ellos presentados fueran descartados de plano pese a estar revestidos de carácter científico.

2.2.2. A su vez, en la causa que fue fallada a favor de uno de los demandantes, la CNSC apeló la decisión del a quo. Para ello, reiteró que las normas previstas en la convocatoria fueron definidas con antelación y que los aspirantes, voluntariamente, se sometieron a ellas. Además, enfatizó que se pretendía cuestionar disposiciones generales a través de una acción improcedente para ello. Por último, sostuvo que el único examen válido era aquél efectuado por la Unión Temporal INPEC y que dentro de las inhabilidades del profesiograma se encontraba la obesidad por los problemas de salud que genera.

2.3. Sentencias de segunda instancia

2.3.1. Todas las autoridades judiciales de segunda instancia consideraron que el amparo no debía ser concedido en estos casos, por lo que confirmaron las decisiones de instancia. Igualmente, en la causa en la cual las pretensiones del accionante fueron favorecidas, la sentencia fue revocada y, en su lugar, la protección denegada.

2.3.2. Para adoptar tales decisiones, en primer lugar, cuestionaron la procedencia de la acción de tutela, debido a la existencia de la vía contencioso administrativa y de la ausencia de un perjuicio irremediable. Incluso se resalta la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto administrativo que los excluyó del proceso de selección. En segundo lugar, enfatizaron que no se trataba de requisitos desproporcionados, ya que se ajustaban a razones objetivas que obedecían al profesiograma elaborado técnicamente por el INPEC, con base en el trabajo realizado mancomunadamente por el Grupo de Salud Ocupacional de Talento Humano y la empresa Positiva Compañía de Seguros /ARP.

Finalmente, adujeron que los demandantes pretendían desconocer e incumplir las reglas del concurso-curso, a través de la acción de tutela. En caso de resultar ello posible, se atentaría contra los derechos a la igualdad, al debido proceso y a la confianza legítima de los demás aspirantes. Por lo demás, se resalta que, en el pasado ya habían proferido decisiones en casos similares y que en todas ellas se había denegado el amparo.

III. ELEMENTOS PROBATORIOS RELEVANTES APORTADOS AL PROCESO E INSISTENCIAS

3.1. En cuanto a los elementos probatorios aportados al proceso, los mismos se encuentran resumidos en el anexo de la presente sentencia[6]. Por otra parte, es preciso señalar que frente a todas las causas objeto de revisión se presentaron insistencias por parte de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación. Ambas entidades indicaron que las acciones de tutela resultaban procesalmente viables, ya que no existía ningún medio de defensa más expedito que el amparo constitucional.

3.2. En primer lugar, la Defensoría del Pueblo señaló que la revisión de los casos resultaba interesante ante la alegación de una posible discriminación emanada de los requisitos exigidos para el concurso. Para ello, recordó que son las autoridades públicas las que tienen la carga de demostrar su proporcionalidad y razonabilidad.

Para la Defensoría, los defectos visuales podían ser corregidos mediante el uso de anteojos, al tiempo que –en su opinión– no existía una relación directa entre la proteína detectada en la orina y las enfermedades renales. En lo que respecta a los trastornos de conducta eléctrica (bloqueos y hemibloqueos completos e incompletos), alegó que los accionantes también habían realizado exámenes particulares que restaban credibilidad a los procedimientos y resultados obtenidos por la Unión Temporal INPEC. Por último, en cuanto a la obesidad, indicó que podía ser fruto de una discriminación contenida en el proceso de selección de la Convocatoria No. 132 de 2012, ya que no está probado que tal condición impida prestar las funciones como dragoneante, más aún cuando la masa corporal es de 31.1, lo que si bien está en el rango de dicha enfermedad, está lejos de ser grave.

2.4.3 En segundo lugar, la Procuraduría alegó que varios de los accionantes se sometieron a exámenes médicos en centros privados, que no arrojaron los mismos resultados en torno a su condición de salud. Enfatizó que los hallazgos de proteína en la orina no son conclusivos de enfermedades renales, por lo que la exclusión de los accionantes y su descalificación obedece a situaciones hipotéticas. Igualmente mencionó que varios de los aspirantes fueron excluidos por obesidad, aspecto que denotaba la relevancia en la selección de este asunto.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

4.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 18 de julio de 2013 proferido por la Sala de Selección número Siete.

4.2. Problema jurídico y esquema de resolución

4.2.1. A partir de las circunstancias que rodearon el ejercicio de las acciones de tutela y de las decisiones adoptadas en las respectivas instancias judiciales, esta Corporación debe determinar, en primer lugar, si el amparo constitucional resulta procedente, en atención a que los demandados invocan la existencia de otros medios de defensa judicial. En segundo lugar, en caso de que sea viable el amparo constitucional, es preciso establecer, si al excluir a los accionantes de una convocatoria pública efectuada para proveer el cargo de dragoneante, por encontrarlos “no aptos” conforme a los resultados de los exámenes médicos realizados por una firma contratada para ello, a partir de las condiciones previstas en el proceso de selección, se les trasgredió o no sus derechos fundamentales a la igualdad y al acceso a cargos públicos.

4.2.2. Con el fin de resolver cada uno de los citados problemas jurídicos, la Sala (i) reiterará las reglas que la jurisprudencia constitucional ha plasmado respecto de la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en desarrollo de un concurso-curso. A continuación, (ii) analizará si los expedientes sometidos a revisión cumplen con dichas reglas. En caso afirmativo, la Sala (iii) examinará la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a la posibilidad de la Administración de exigir requisitos médicos dentro de los concursos-cursos, así como los límites constitucionales que surgen del ejercicio de dicha atribución. Finalmente, (iv) se hará un pronunciamiento concreto sobre los casos sometidos a revisión.

4.3. De la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en desarrollo de un concurso-curso. Reiteración de jurisprudencia

4.3.1. Dos de las principales características que identifican a la acción de tutela son la subsidiariedad y la residualidad. Por esta razón, dentro de las causales de improcedencia, se encuentra la existencia de otros medios de defensa judicial, cuyo examen –conforme

con lo previsto en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991- debe ser realizado a partir de las circunstancias de cada caso en concreto[9]. Por su naturaleza residual y subsidiaria, esta acción sólo “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”[10]. Lo anterior, como lo ha señalado esta Corporación, obedece a la lógica de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo suficientemente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte, en la Sentencia SU-961 de 1999[11], al considerar que: “en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria”. La segunda posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos fundamentales[12].

En relación con el primer supuesto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible[13]. Este amparo es eminentemente temporal, como lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los

siguientes términos: “En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes; (iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un daño trascendente en el haber jurídico de una persona; y finalmente, (iv) exige una respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos[14]. En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela.”

En cuanto al segundo evento, este Tribunal ha entendido que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo, cuando, por ejemplo, no permite decidir el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. En este sentido, esta Corporación ha dicho que: “el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal[15]. La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado”[16].

4.3.2. En la medida en que las actuaciones que se cuestionan se plasman en actos administrativos tanto de carácter general como de contenido particular, es preciso señalar que –en principio– no cabe la acción de tutela para controvertirlos, ya que para tales efectos existen los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo son la pretensión de simple nulidad o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que puede ser acompañada con la solicitud de suspensión

provisional. En efecto, la Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, contempla en el artículo 138 que: “Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se restablezca el derecho (...). Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo (...)”. Adicional a lo expuesto, el artículo 137 de la misma ley, establece que: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general (...)”. Finalmente, el literal b), del numeral 4º, del artículo 231 del mismo Código, consagra la procedencia de la suspensión provisional, cuando “existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”.

4.3.3. De esta manera, en el asunto sub-examine, ante la existencia de tales mecanismos de defensa judicial, en principio, la acción de tutela resultaría improcedente. Por una parte, porque a través de dichas vías contenciosas se puede cuestionar el acto particular que declaró a los accionantes como no aptos por la existencia de un dictamen médico regido por criterios estrictamente ocupacionales; y por la otra, porque a través del ejercicio de dichas acciones también se puede controvertir el acto genérico que incluye los supuestos, requisitos y procedimientos para realizar el citado examen a los aspirantes a ocupar el cargo de dragoneante. Incluso, en relación con esta última hipótesis, cabe recordar que el numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, establece la inviabilidad procesal de la acción de tutela, “cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

Sin embargo, en criterio de este Tribunal, el asunto ha de ser analizado de otra manera, cuando el efecto concreto de dichas normas de carácter general y, por ende, el acto particular en el cual ellas se manifiestan, afecta la situación específica de determinadas personas, concretamente en lo que respecta a la vigencia y protección de sus derechos fundamentales. En este sentido, en la Sentencia T-1098 de 2004[17], esta Corporación expuso 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”[18].

En todo caso, en hipótesis como la expuesta, la procedencia de la acción de tutela requiere que se cumplan los requisitos que permiten la viabilidad excepcional del amparo, ante la existencia de otros medios de defensa judicial. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-1266 de 2008[19], en la que se examinaron casos similares a los que se deciden en esta oportunidad, la Sala Quinta de Revisión de esta Corporación consideró que: “Contra los actos administrativos tanto de carácter general y abstracto como de índole particular, proceden las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y de simple nulidad, mediante las cuales las accionantes pudieron demandar e incluso solicitar la suspensión provisional tanto de la convocatoria que exigía una determinada estatura para aspirar al cargo de dragoneante, como del acto particular que las declaró no aptas por no alcanzar la estatura mínima requerida. No obstante, en este caso no tendría eficacia para lograr la protección de los derechos invocados, por cuanto existe una limitante relacionada con la edad para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC”[20]. Dicha limitante tornaba ineficaz a los otros medios de defensa judicial, en beneficio de la procedencia directa de la acción de tutela[21].

Como se observa de lo expuesto, en el caso de la referencia, el examen realizado por esta Corporación se enfocó en la falta de idoneidad del otro medio de defensa judicial para dar una respuesta integral al derecho comprometido. En efecto, a pesar de reconocer la existencia de las acciones contenciosas, se determinó que las mismas carecían de eficacia, por cuanto para el momento del nombramiento en el cargo de dragoneante, los aspirantes no podían tener más de veinticinco años[22]. De ahí que, en caso de esperar a una definición de la controversia ante la justicia administrativa, el límite de edad ya estaría superado por los accionantes, lo que conduciría a una pérdida de oportunidad en el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

4.3.4. En el asunto bajo examen, respecto de la Convocatoria No. 132 de 2012, conforme aparece publicado en la página Web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, quedó conformada y adoptada la lista de elegibles incluso con anterioridad a la selección de los

expedientes objeto de revisión[23], cuyo uso se agotó por parte del INPEC[24]. No obstante, con posterioridad, se han ido implementando nuevas listas de elegibles derivadas de la misma convocatoria, en unas ocasiones en cumplimiento de fallos judiciales y en otras como derivación de asuntos pendientes de decisión en el trámite del proceso de selección, como ha ocurrido, por ejemplo, en aquellos casos en que los aspirantes terminaron con posterioridad su curso de formación[25] o cuando incurrieron en faltas durante la etapa del curso, las cuales se sometieron previamente al agotamiento de un proceso disciplinario[26].

El INPEC igualmente ha hecho uso de estas nuevas listas, las cuales tienen una vigencia de un (1) año, de acuerdo con lo previsto en el artículo 60 del Acuerdo No. 168 de 2012[27].

En el caso concreto, esta Sala de Revisión encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte, porque al igual que en el precedente establecido en la Sentencia T-1266 de 2008, se consagra un requisito de edad similar al señalado en el caso en mención, pues conforme con el artículo 20 de la convocatoria[28], se constituye en exigencia del proceso de selección: “tener más de dieciocho años al momento de la inscripción y menos de veinticinco años de edad, al momento de la firmeza de la lista de elegibles (...)”. En el presente caso, la edad de los accionantes ronda el límite previamente dispuesto, por lo que de someterlos al proceso contencioso para definir la prosperidad de sus pretensiones, impediría que, si es del caso, pudieran ser incluidos en una nueva lista de elegibles, como hasta el momento ha ocurrido, con miras a ser llamados a ocupar un cargo en el INPEC. Así, se observa que, al revisar los expedientes que contienen las acciones de amparo, la edad de los accionantes oscila entre los 22 y 23 años.

Por otra parte, es claro que la existencia de la suspensión provisional del acto que ordena la exclusión de los accionantes no tiene el efecto, como se desprende de su rigor normativo[29], de que los demandantes pudiesen reingresar al proceso adelantado por la CNSC, lo que los pondría en la imposibilidad de obtener una respuesta inmediata frente a la resolución de su controversia, de acuerdo con las particulares previamente expuestas.

4.3.5. Por las anteriores razones, a juicio de esta Sala, los medios ordinarios de defensa judicial no son eficaces para dirimir la controversia que suscitó la instauración de las acciones de tutela de la referencia, motivo por el cual el juez constitucional puede pronunciarse de fondo sobre el asunto objeto de revisión, el cual se circunscribe a

determinar, si la exclusión de determinados aspirantes al encontrarlos “no aptos” por presentar ciertas condiciones de salud ocupacional, trasgredió o no sus derechos fundamentales a la igualdad y al acceso a cargos públicos.

4.4. De la posibilidad de la administración de exigir requisitos de aptitud física dentro de los concursos-cursos y de los límites constitucionales en el ejercicio de dicha atribución.

Reiteración de jurisprudencia

4.4.1. El derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución de 1991, establece que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (...)”. Como manifestación de este derecho, y con miras a garantizar la participación en el ejercicio, la conformación y el control al poder político, el numeral 7º del artículo del Texto Superior, dispone que: “[Todo ciudadano tendrá derecho a] acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (...)”.

Ahora bien, por regla general, según el artículo 125 de la Carta, “los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera (...). El ingreso (...) y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (...)”, para lo cual se consagra la vía del concurso público. En relación con esta disposición, en el pasado, la Corte ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de la Administración de exigir requerimientos físicos para acceder a cargos de carrera, al igual que sobre la viabilidad de establecer dichos requerimientos en los cursos-concursos que se desarrollen[30].

4.4.2. 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 y proporcionalidad.

Precisamente, en una de las primeras sentencias sobre la materia, esta Corporación indicó 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. // [Sin embargo, las] entidades estatales y privadas, y por supuesto los cuerpos armados pueden exigir requisitos para (...) desempeñar determinadas tareas”[31], siempre que -como ya se dijo- guarden relación con las labores del cargo,

conforme con las exigencias que se derivan de las cargas de razonabilidad y proporcionalidad. En cuanto a la primera, se enfatizó que: “(...) los requisitos que se fijen deben ser razonables, no pueden implicar discriminaciones injustificadas entre las personas, y han de ser proporcionales a los fines para los cuales se establecen. // La razonabilidad del requisito implica que ninguna autoridad pública o privada puede demandar de quienes aspiran a un cupo o puesto académico, o a un cargo, condiciones que resulten contrarias a la razón o a la naturaleza humana”. Mientras que, en lo relativo a la proporcionalidad, se señaló que: “Tampoco es aceptable el señalamiento de requisitos que no guardan proporción con la clase de asunto respecto del cual se convoca a los aspirantes. La naturaleza de cada actividad suministra por sí misma las exigencias correspondientes”.

Por lo demás, este Tribunal resaltó que la exigibilidad de cualquier requisito debe cumplir con la carga de ser dado a conocer previamente a los aspirantes. Al respecto, en la precitada sentencia, se expuso que si las entidades “rechazan a los aspirantes que no cumplen cualquiera de los requisitos señalados, no violan los derechos de aquéllos si deciden su no aceptación, siempre que los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía, que el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones y que la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva en torno al cumplimiento de las reglas aplicables” (subrayas del original).

4.4.3. En adición a lo anterior, en la Sentencia T-045 de 2011[32], se dispuso que a la entidad accionada le asiste el deber de demostrar que la decisión de exclusión del aspirante está justificada en la relación de necesidad que existe entre la aptitud física exigida y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer. Para tal efecto, en términos de la Corte, se excluye la posibilidad de invocar razones hipotéticas, cuyo soporte sean “hechos inciertos que pueden presentarse o no, y que no fueron respaldados por la entidad mediante conceptos médicos o científicos”.

4.4.4. De ahí que, a contrario sensu, 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.

4.4.5. En suma, todo colombiano tiene derecho –conforme con los postulados de la igualdad– a acceder a cargos públicos. Por regla general, el acceso a los mismos está supeditado a un concurso, en el cual es viable la exigencia de requisitos físicos. 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. La razonabilidad implica la imposibilidad de prescribir condiciones que resulten contrarias a la razón o a la naturaleza humana, mientras que la proporcionalidad reclama que los requisitos que se impongan guarden simetría con las funciones a desempeñar. Toda decisión de exclusión debe estar justificada, para lo cual son válidos los fundamentos científicos, entre otras, cuando obedezcan a estudios de salud ocupacional, en los que se busca disminuir la probabilidad de que se presenten enfermedades o de que se dificulte el cumplimiento de las labores propias del cargo.

Lo anterior se explica, por una parte, porque es legítimo que el Estado planifique y prevea los riesgos a los que someterá a los futuros servidores públicos. Tanto es así que incluso el legislador en la Ley 1562 de 2012[33], definió como uno de los componentes de la salud ocupacional, “(...) la prevención de las lesiones y enfermedades causadas por las condiciones de trabajo (...)”[34]; y por la otra, porque el Estado destinará recursos y tiempo para capacitar a las personas que ingresarán en la carrera administrativa a desempeñar un cargo, frente a lo cual es válido reducir las hipótesis que, con cierto grado de certeza, podrían conducir a que una persona no cumpla finalmente con el trabajo para el cual fue vinculado.

4.5. Casos objeto de revisión

4.5.1. El INPEC solicitó a la CNSC iniciar una convocatoria pública para proveer 718 vacantes del empleo de dragoneante. Dicha convocatoria que se regiría por un proceso de concurso-curso, se identificó como la No. 132 de 2012.

Los parámetros y las reglas bajo las cuales debía desarrollarse dicho proceso de selección

fueron previstas en el Acuerdo No. 168 de 2012, en el que, adicionalmente, se expusieron las funciones del cargo a desempeñar. Para tal efecto, entre otras, se dispusieron las siguientes actividades: la realización de tareas de seguridad, custodia y vigilancia de internos en establecimientos de reclusión, en pabellones, talleres, aulas y demás áreas comunes. También se incluyó la custodia y control durante el traslado de internos en remisiones locales, intermunicipales, diligencias judiciales, hospitales, centros de salud y cualquier otro lugar al que deba ser remitida la persona privada de la libertad. Así como conducir los vehículos al servicio del INPEC, que implique actividades de seguridad, custodia y vigilancia[35]. Este marco funcional se enfatizó al describir el propósito del citado cargo, en los siguientes términos: “mantener y garantizar el orden, la seguridad, la disciplina y los programas de tratamiento integral, en los establecimientos de reclusión, la custodia y vigilancia de los internos, la protección de sus derechos fundamentales y en general, asegurar el normal desarrollo de las actividades en los establecimientos de reclusión”[36].

4.5.2. Uno de los elementos claves de la convocatoria fue la consagración de un profesiograma, en el cual se establecieron las tareas, responsabilidades, requerimientos físicos y particularidades ambientales requeridas para el desempeño del cargo de dragoneante. Igualmente se estableció un perfil profesiográfico, que se entiende como el documento que indica las características, aptitudes y actitudes que debe tener una persona para desempeñar la labor para la cual será contratada[37]. Estos documentos técnicos fueron elaborados por el Grupo de Salud Ocupacional de la Subdirección de Talento Humano y por la ARL Positiva Compañía de Seguros, y adoptados por el INPEC mediante la Resolución No. 000305 de 2012.

La citada Resolución se constituyó en la herramienta para examinar la aptitud de los aspirantes al cargo ofertado, desde la perspectiva de la salud ocupacional, esto es, no sólo como la vía para prevenir el origen de lesiones y enfermedades ocasionadas por las labores y condiciones del trabajo, sino también como el instrumento para afianzar el cabal cumplimiento de sus funciones, en aras de evitar que se frustre la vocación de permanencia que tiene una persona cuando se accede a un cargo de carrera administrativa, con perjuicio del tiempo y los recursos invertidos por el Estado en términos de preparación y capacitación en el empleo. Además, la importancia de cumplir con las citadas exigencias se encuentra en el que el cargo ofertado es considerado como una actividad de alto riesgo, lo que demanda

una rigurosa capacidad psicofísica en los candidatos.

4.5.3. Una de las causales de exclusión de la convocatoria establecida en el Acuerdo No. 168 de 2012 era “Ser calificado no apto en la valoración médica”[38]. Este examen no se constituía como una prueba dentro del concurso, sino como un requisito previo de ingreso al curso[39], el cual se sometía a las inhabilidades médicas determinadas, como ya se dijo, desde la perspectiva de la salud ocupacional, en la Resolución No. 00305 de 2012[40]. Así las cosas, como regla del concurso-curso, se fijó que el único resultado aceptado sería aquél proferido por la entidad contratada para practicar dichos exámenes, a partir de los protocolos dispuestos en la citada Resolución, que, para este caso, fue la Unión Temporal INPEC, tal y como lo acredita la Resolución 3317 de 2012[41]. Sobre este punto, el artículo 38 del Acuerdo No. 168 de 2012 dispone que:

“Artículo 38. Importancia y efectos del resultado del examen médico. Con los exámenes médicos practicados a cada aspirante que supere el concurso, se analiza la aptitud médica y psicofísica, entendida esta última, como la capacidad mental y física general que posee un ser humano para desempeñar una actividad y oficio.

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

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

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

Será calificado NO APTO el aspirante que presente alguna alteración médica, según el

profesiograma del empleo de dragoneante establecido por el INPEC, razón por la cual será excluido del proceso de selección.

El único resultado aceptado en el proceso de selección, respecto de la aptitud médica y psicofísica del aspirante, será el emitido por la entidad especializada contratada previamente para tal fin por la CNSC, a través de un proceso de selección de contratista de conformidad con el estatuto de contratación vigente (...)."

4.5.4. Antes de avanzar con el examen del caso en concreto, es preciso aclarar que la Corte no se referirá a la validez puntual de los exámenes médicos particulares realizados a los aspirantes, ya que la controversia que se plantea en sede constitucional se origina como consecuencia de la aplicación de una regla general y abstracta del concurso-curso, que condujo a la exclusión de la convocatoria de los accionantes (Acuerdo No. 168 de 2012, art. 38). Por otra parte, respecto de esta última disposición, como se infiere del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, el juez de tutela no puede en abstracto referirse a su legalidad, pertinencia o conveniencia. Por esta razón, esta Sala no se pronunciará sobre la pretensión de los actores de que se ordene la realización de otro examen, pues ello además de suponer una modificación a las reglas de la convocatoria que fueron aplicadas indistintamente a todos los participantes en términos de igualdad, supondría un examen sobre la aptitud y pertinencia de la labor desarrollada por la Unión Temporal INPEC.

4.5.5. Como se observa de las normas previamente transcritas, en el mismo acto de convocatoria, en el que se establecieron las reglas del proceso de selección, se dispuso que una de las causales de exclusión era ser calificado como NO APTO. Con tal propósito, se ordenó la práctica de un examen de aptitud médica y psicofísica a cargo de una entidad contratada para tal efecto, de acuerdo con un profesiograma y un perfil profesiográfico, previamente definidos por autoridades con experticia en el tema y adoptados por el INPEC mediante la Resolución No. 000305 de 2012. Desde un comienzo se determinó y así se hizo a conocer que el único resultado aceptado sería el emitido por la entidad especializada, pues el mismo evaluaba la existencia de alteraciones médicas desde la perspectiva de la salud ocupacional, teniendo como soporte: a) la historia clínica ocupacional, con énfasis en el sistema neurológico y osteo-muscular, b) la ficha de evaluación de la carga física y c) la ficha de evaluación osteo muscular. Por lo anterior, la Sala encuentra que los accionantes siempre tuvieron conocimiento de su obligación de someterse a un examen de aptitud

psicofísica, como determinante de la posibilidad de ingreso al curso de formación, sometido a unas reglas particulares dirigidas a establecer la idoneidad de los aspirantes para el desempeño del cargo y a precaver el origen de lesiones y enfermedades ocasionadas por las labores y condiciones del trabajo, que frustraran el propósito de la convocatoria a un cargo de carrera. No se trató de una actuación sorpresiva de la Administración, sino de la exigibilidad de unas reglas previamente conocidas, cuyo respeto se requirió en términos de igualdad a todos los participantes.

4.5.6. En cuanto a la relación que existe entre el requerimiento de condiciones psicofísicas y las funciones del empleo, no cabe duda de que la labor del dragoneante requiere de altas exigencias físicas para poder cumplir las labores a su cargo, las cuales demandan, entre otras, un rol permanente de supervisión correccional, dirigido a imponer la garantía del orden, la seguridad, la disciplina y la vigilancia de los internos, no sólo en centros de reclusión, sino también durante su traslado por remisiones locales e intermunicipales, para lo cual se exige poder conducir vehículos. La importancia de las condiciones físicas de quienes ingresan a laborar en el INPEC, se reitera en el catálogo de las labores de los dragoneantes, cuando se dispone que: “[Deberán] realizar ejercicios colectivos que mejoren o mantengan su capacidad física”.

Si bien las condiciones físicas idóneas, desde el punto de vista ocupacional, resaltan el papel correccional de los dragoneantes del INPEC, no cabe duda de que también se convierten en un medio de protección de las personas que desempeñarán dicho trabajo, en especial cuando ha sido catalogado como una actividad de alto riesgo. Por esta razón, se encuentra que existe una relación entre la exigencia de una determinada capacidad física con las funciones del cargo, lo que desvirtúa –prima facie– que puedan considerarse como incompatibles con el ordenamiento constitucional.

4.5.7. Ahora bien, conforme con los elementos probatorios obrantes en el expediente, el fundamento de las inhabilidades físicas se halla en un estudio técnico efectuado por entidades con experticia en salud ocupacional, por lo que, en estos casos, no aplica una de las reglas descritas por la jurisprudencia, conforme a la cual de no encontrarse sustento científico o médico, surgiría una presunción de discriminación que tendría que ser desvirtuada por la entidad accionada.

4.5.8. En este orden de ideas, le compete a esta Corporación establecer la razonabilidad y proporcionalidad de las exigencias físicas impuestas en la Resolución No. 000305 de 2012, en la que se plasma el profesiograma y el perfil profesiográfico. Como ya se dijo, en estos casos, la razonabilidad implica la imposibilidad de prescribir condiciones que resulten contrarias a la razón o a la naturaleza humana, mientras que la proporcionalidad reclama que los requisitos que se impongan guarden proporción o simetría con las labores a desempeñar.

4.5.8.1. Así, en primer lugar, respecto de los actores a quienes se les encontró “proteinuria positiva”, tanto en los documentos que los excluyeron de la convocatoria como en la respuesta a las reclamaciones presentadas, se les indicó que sirve como un indicador de enfermedad renal o sistémica, por lo que se tiene –para los efectos del proceso de selección– como una inhabilidad. En lo que atañe a la relación de la citada enfermedad con el empleo ofertado, se manifestó que podría conllevar dificultades con el uso del calzado señalado en el uniforme de dragoneante, incidir en las capacidades físicas y, en muchos casos, imponer la necesidad de acudir a una dieta específica.

Si bien la proteinuria no necesariamente indica que una persona tenga una enfermedad renal o sistémica, como indicador sirve para precaver el origen de las citadas enfermedades que afectan el normal funcionamiento del servicio a cargo de los dragoneantes, con las consecuencias que ello tendría en términos de continuidad y capacidad física, en relación con una actividad de alto riesgo que se fundamenta en el rol permanente de supervisión correccional. Se trata de una forma legítima de precaver contingencias, a partir de un estudio técnico elaborado por entidades con experiencia en riesgos laborales, las cuales pretenden reducir la afectación del servicio y aminorar los costos que envuelve el proceso de selección y capacitación de estos funcionarios.

De lo expuesto se observa que el requerimiento físico descrito no es ajeno a la naturaleza humana, ni tampoco se aparta de la lógica que justifica la exigencia de asegurar una debida capacidad física en quien aspira a ocupar el cargo de dragoneante, como lo imponen las cargas de razonabilidad y proporcionalidad. Aun cuando técnicamente pueda discutirse que las personas no padecen todavía las enfermedades descritas, lo cual los convertiría en sujetos aptos para desarrollar la labor de dragoneante, es legítimo que el Estado busque precaver el riesgo derivado de indicadores que permiten tener algún nivel de certeza sobre

la posibilidad real de que una persona padezca una enfermedad, a partir de las condiciones en las que se prestará el trabajo y, por dicha vía, asegurar la idoneidad física de quienes accederán al citado cargo.

Adicionalmente, no existe un sacrificio de los derechos constitucionales invocados en las demandas. En efecto, en lo que respecta a la igualdad, porque todos los aspirantes fueron informados a través de las reglas del concurso de la aplicación de este tipo de indicadores, previstos para asegurar la aptitud médica y la capacidad psicofísica de los candidatos. En este orden de ideas, ningún de ellos acreditó la existencia de un tratamiento distinto injustificado. Y, en cuanto al derecho de acceso a cargos públicos, porque no se trató de una exigencia irracional, incoherente o desmedida, pues –como ya se dijo– manifiesta una forma legítima de precaver la ocurrencia de enfermedades que dificulten o incluso impidan el cabal cumplimiento de las labores propias del cargo.

Finalmente, el hecho de que los actores hayan realizado con posterioridad otros exámenes médicos no desvirtúa los argumentos expuestos por la entidad demandada. De este modo, como se señaló por la CNSC, el análisis realizado obedeció a unos protocolos acordados dentro del contrato con la Unión Temporal INPEC que obedecían, precisamente, a los documentos técnicos que le servían de soporte. Por ello, esta Sala encuentra razonable que no se hayan descartado los resultados alcanzados según dichos protocolos, por no generar dudas suficientes en torno a la aptitud física de los actores. En este sentido, resulta oportuno mencionar que, si bien los accionantes, al momento de acudir a las diferentes autoridades judiciales, apuntaron que no se habían respetado tales protocolos, no brindaron elementos que sustentaran sus afirmaciones, ni expusieron móviles que permitieran comprender o hallar defecto alguno en los procedimientos seguidos por la entidad contratada.

4.5.8.2. Las mismas consideraciones aplican para el caso del señor Martínez Ramírez, excluido de la convocatoria por presentar, en el examen médico realizado por la Unión Temporal INPEC, trastorno de la conducción eléctrica (bloqueos y hemibloqueos completos e incompletos). En efecto, se trata de una patología que puede alterar la dinámica cardíaca de un trabajador, cuyo riesgo en salud se ve agravado como consecuencia de las labores propias del cargo de dragoneante. Así las cosas, no es irrazonable ni desproporcionado que se exija la ausencia de deficiencias que puedan comprometer no sólo

la adecuada prestación del servicio, sino incluso la integridad física misma del aspirante. Sin duda existe una relación lógica entre la exclusión de los candidatos por esta causal y las funciones del cargo, el cual demanda una alta exigencia física y mental.

Ahora bien, el actor allegó un electrocardiograma según el cual presentaba ritmo sinusal. Sin embargo, no existe evidencia de que tal examen haya seguido los protocolos que fueron utilizados –para todos los participantes en la convocatoria– por parte de la Unión Temporal INPEC y que, a decir de las entidades demandadas, partían de un análisis de la historia ocupacional, con énfasis en el sistema neurológico y osteo-muscular, de la ficha de evaluación de la carga física y de la ficha de evaluación osteo muscular. De manera que, resulta razonable que técnicamente no se haya acogido el citado examen para descartar la inhabilidad del accionante, pues se reitera, los parámetros utilizados obedecieron a las necesidades del servicio, conforme a lo técnica-mente establecido desde la perspectiva de la salud ocupacional.

4.5.8.3. En cuanto al señor Edgar Jair Cardozo Guerrero, declarado no apto por obesidad, sea lo primero indicar que el fundamento por el cual acudió a la acción de tutela radicó en la posibilidad de bajar de peso debido, precisamente, a las exigencias físicas del cargo de dragoneante. Sin embargo, dentro de la convocatoria se analizó el estado actual de salud de los participantes y no la eventualidad de que pudieran superar o corregir tal condición. Además, dentro del profesiograma, se mencionaron varios padecimientos que pueden derivar de la obesidad, como son la enfermedad cardiovascular, el accidente cerebrovascular, la diabetes mellitas tipo 2, distintos tipos de cáncer, síndrome de apnea obstructiva del sueño, cálculos billiaries, daño al hígado y depresión, al igual que otros trastornos psíquicos. De hecho, lo anterior es lo que sustenta la consideración de que tal condición ha de ser tenida por una inhabilidad, asunto que, evidentemente, no resulta irrazonable, ni desproporcionado, a partir de las exigencias físicas que demanda un cargo considerado de alto riesgo y que requiere unas especiales condiciones físicas. Es preciso destacar que siguiendo la literatura sobre la materia tan sólo se considera obesidad cuando alguien tiene un índice de masa corporal superior a 30, pues una medida inferior es categorizada como sobrepeso (25 a 29.9), frente a la cual no existe el mismo nivel de riesgo señalado[42].

4.5.8.4. Finalmente, en el caso del señor Jorge Iván Arteaga, que fue declarado no apto por

presentar ametropía no corregida, es claro, en primer lugar, la razonabilidad de esta medida se halla en el hecho de que tal condición, entendida como un defecto óptico producido por un error de refracción, puede generar restricciones para el manejo de herramientas, equipos y conducción de vehículos del INPEC, la cual se consagra como una de las principales funciones de los dragoneantes vinculada con el traslado de internos. Igualmente disminuye la capacidad para desplazarse de manera eficaz en el entorno si no se cuenta con la corrección visual adecuada. De esto se desprende que no se trata de una inhabilidad irrazonable o desproporcionada.

Adicionalmente, en segundo lugar, de los medios probatorios aportados al proceso por el mismo accionante, es innegable que, al momento de presentarse la reclamación, si bien había sido operado por dicha deficiencia física, según el concepto del médico cirujano especialista en oftalmología, se encontraba en proceso de recuperación y, para ese instante, su agudeza visual era: en el ojo derecho de 20/50, mientras que en el izquierdo de 20/30[43]. Es decir, para ese momento su salud no era óptima, conforme con las reglas de la convocatoria, que determinan la aptitud según unas condiciones específicas, en virtud de las exigencias físicas del cargo a ocupar. Cabe resaltar que la CNSC indicó, expresamente, que dentro de la dinámica del concurso-curso no se analizó si el estado de salud podía o no mejorar, sino si, para el momento en el cual se realizaba el examen médico, se cumplía con lo establecido en los documentos técnicos que definieron la habilidad de los aspirantes.

4.5.9. Comoquiera que en las causas objeto de revisión se observa el cumplimiento de las reglas definidas por la jurisprudencia, atinentes a la posibilidad de los entes administrativos de fijar condiciones de aptitud física y de salud como requisitos dentro de las convocatorias públicas, la Sala encuentra que la CNSC, al igual que las demás entidades demandadas, no conculcaron los derechos fundamentales alegados por los accionantes, esto es, los derechos a la igualdad y al acceso a cargos públicos, en la medida en que las exigencias expuestas son compatibles con la finalidad de los cargos ofertados y se ajustan a las cargas de razonabilidad y proporcionalidad.

Por esta razón, se confirmarán todas las decisiones de segunda instancia que denegaron el amparo, de acuerdo con las consideraciones expuestas en esta providencia, teniendo en cuenta que en algunos de los casos objeto de revisión se declaró la improcedencia del

amparo constitucional, por la existencia de otros medios de defensa judicial.

V. 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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el 9 de abril de 2013 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia dictado el 19 de febrero de 2013 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que denegó el amparo solicitado por el señor Michael Hernando Ponce Meneses contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y la Unión Temporal INPEC (conformada por la Cooperativa Nacional de Anestesiólogos, Servimed Empresarial SAS y el Laboratorio Clínico Martha Sussan y CIA LTDA). (Expediente T-3.892.249).

Segundo.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el 20 de marzo de 2013 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia dictado el 30 de enero de 2013 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que denegó el amparo solicitado por el señor Jasson Steven Igua Santacruz contra la CNSC, el INPEC, la Unión Temporal INPEC y la Universidad de Pamplona. (Expediente T-3.920.919).

Tercero.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el 27 de febrero de 2013 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia dictado el 23 de enero de 2013 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que denegó el amparo solicitado por el señor Leider Ardu Martínez Ramírez contra el INPEC, la CNSC y la Unión Temporal INPEC. (Expediente T-3.918.415).

Cuarto.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el 20 de marzo de 2013 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que a su vez revocó el fallo de primera instancia dictado el 20 de diciembre de

2012 por el Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito de Bogotá y, en su lugar, denegó el amparo solicitado por el señor Edgar Jair Cardozo Guerrero contra la CNSC, el INPEC y la Unión Temporal INPEC. (Expediente T-3.904.227).

Quinto.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el 16 de abril de 2013 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia dictado el 26 de febrero de 2013 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que denegó el amparo solicitado por el señor Jorge Iván Arteaga Melo contra la CNSC, el INPEC y la Unión Temporal INPEC. (Expediente T-3.901.720).

Sexto.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el 18 de abril de 2013 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia dictado el 21 de febrero de 2013 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que denegó el amparo solicitado por el señor Luis Miguel Ortega Rodríguez contra la CNSC y el INPEC. (Expediente T-3.901.719).

Séptimo.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el 16 de abril de 2013 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia dictado el 20 de febrero de 2013 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que denegó el amparo solicitado por el señor Dennis Gerardo Mera Bucheli contra la CNSC, la Unión Temporal INPEC y el INPEC. (Expediente T-3.899.486).

Octavo.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ANEXO

A continuación se exponen con mayor detalle los expedientes de la referencia, destacando las particularidades de cada uno de los casos sometidos a revisión, sobre la base de que fueron utilizados formatos para presentar las acciones de tutela. Los cuadros están dispuestos de la siguiente manera. En primer lugar, se relatan los hechos probados en cada uno de ellos. En segundo lugar, se resumen los argumentos expuestos por los accionantes para sustentar la discriminación que alegan. En tercer lugar, se exponen los argumentos de defensa planteados por las autoridades demandadas. En cuarto lugar, se efectúa una síntesis de las sentencias objeto de revisión, al igual que de las apelaciones presentadas. Por último, en quinto lugar, se realiza una relación de los medios probatorios relevantes aportados a los procesos.

1.1. Hechos

Hechos

T-3.892.249

El accionante prestó su servicio militar obligatorio en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

Se presentó a la Convocatoria No. 132 de 2012 destinada a proveer el cargo

dragoneante en el INPEC.

Fue citado a la práctica de exámenes médicos, según él, sin la debida antelación y omitiendo información sobre los protocolos de preparación.

Tras el examen efectuado por la Unión Temporal INPEC, fue calificado como “no apto” por “proteinuria positiva”.

Elevó la reclamación correspondiente, pero ratificaron su condición de “no apto”. Entre sus alegatos, planteaba que no padecía patología renal alguna. Sin embargo, la CNSC brindó, según el demandante, a través de la entidad delegada, una respuesta general, de contenido idéntico, para todas las inquietudes formuladas.

Acudió a un laboratorio particular el 5 de diciembre de 2012, donde el resultado fue un nivel normal de proteínas en la orina.

T-3.920.919

También se inscribió en la Convocatoria No. 132 de 2012 para el mismo empleo de Dragoneante. Su exclusión se produjo por presentar “proteinuria positiva”[44].

También acudió a un examen particular, que dio resultado negativo a lo anterior.

T-3.918.415

El señor Leider Abdul Martínez Ramírez –quien también prestó su servicio militar en el INPEC- se inscribió, tras la Convocatoria 132 de 2012, en el concurso para proveer los cargos de dragoneante del INPEC, código 4114, grado 11.

El proceso de selección terminó de manera satisfactoria en los análisis de antecedentes y pruebas escritas de aptitud y personalidad. Tras el mismo, fue sometido al examen médico efectuado por la Unión Temporal INPEC y le fue diagnosticado “trastorno de conducta eléctrica (bloqueos y hemibloqueos completos e incompletos)”. Solicitó la revisión de lo anterior, pero fue confirmado el dictamen. Con posterioridad, al igual que en los demás casos, se realizó un examen particular con un cardiólogo en el hospital de Engativá, cuya conclusión fue la presencia de latidos normales de su corazón. En su criterio, esto controvierte los resultados de la

Unión Temporal.

T-3.904.227

El señor Edgar Jair Cardozo Guerrero también se inscribió a la mencionada convocatoria y, tras las pruebas médicas, fue declarado “no apto” por obesidad, al tenor del anexo 5 del profesiograma establecido por el INPEC. Al respecto, dice que presentó reclamación, pero no obtuvo respuesta.

T-3.901.720

El accionante, esto es, el señor Jorge Iván Arteaga Melo también se presentó a la Convocatoria. No 132 de 2012, reglamentada por el Acuerdo 168 del mismo año, para optar a las vacantes correspondientes a los cargos de dragoneantes. Fue citado el 7 de noviembre para efectuarse los exámenes médicos y fue declarado no apto por inhabilidad médica, ya que, tras las evaluaciones, se detectó “Ametropía no corregida”, que corresponde a un defecto visual.

T-3.901.719

El actor se inscribió en la convocatoria No. 132 de 2012. Se postuló para el curso de complementación para quienes prestaron el servicio militar obligatorio como auxiliares en el INPEC, pero no pasó los exámenes médicos por “proteinuria positiva”, los cuales fueron practicados el 7 de noviembre de 2012. Pese a que elevó reclamación, su exclusión fue confirmada por no ser apto.

T-3.899.486

El accionante fue declarado en la pluricitada convocatoria no apto por “proteinuria positiva”. Ante tal diagnóstico, se realizó un examen particular que no tuvo el mismo resultado. Igualmente, presentó reclamación, pero fue desatendida y el dictamen confirmado.

1.2. Argumentos de los demandantes

Número del expediente

Argumentos

T-3.892.249

El accionante consideró que se vulneraron sus derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, por cuanto no se advirtió sobre los procedimientos y protocolos médicos de preparación para los exámenes requeridos. Además, en su criterio, no se aplicó el profesigramo de manera técnica, ya que no se tuvieron en cuenta los conceptos técnicos referidos a la inhabilidad médica. De ahí que, en su caso, el resultado de “proteinuria positiva” no significa necesariamente que padeciera una enfermedad del sistema urinario o una inhabilidad médica. Por lo demás, enfatizó que cumplió en el INPEC su servicio militar, en las mismas condiciones y funciones de un dragoneante. Expuso también que el tema de inhabilidades médicas ha sido abordado por la Corte Constitucional, la cual ha establecido la necesidad de analizar su proporcionalidad y razonabilidad.

Finalmente, en cuanto a la procedencia de la acción, mencionó que no existen otros medios de defensa judicial que permitan proteger los derechos invocados.

Al igual que en el caso anterior, el accionante cuestionó que se realizaran los exámenes sin advertir con una debida antelación la preparación previa requerida.

Enfatizó, de manera general, que hubo confusiones de resultados y que se presentaron algunas inconsistencias. Igualmente, frente a las reclamaciones presentadas, se señaló que la CNSC respondió de manera general, sin verificar ni atender cada caso en concreto. Adujo que no se siguieron los parámetros fijados en el Acuerdo No. 168 de 2012 y que, al haber prestado el servicio militar como auxiliar en el INPEC, había demostrado su condición físico-médica. Por último, señaló que la proteinuria positiva podía deberse a otros aspectos, como la ingesta próxima de alimentos proteicos y la actividad física.

T-3.918.415

Comoquiera que el electrocardiograma realizado en el Hospital de Engativá dio otro

resultado, relativo a que no hay ondas de lesión miocárdica, considera que su condición es óptima y que se desvirtúa el resultado dado por la Unión Temporal INPEC.

De suerte que, su exclusión por razones equivocadas de aptitud médica, conculca sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al acceso a cargos públicos. En su criterio, la administración debió efectuar otro examen médico y no excluirlo inmediatamente del curso para dragoneante.

Por lo demás, de acuerdo con el anexo 5, enfatizó que las causas que generan el trastorno de la conducción eléctrica sólo son tratables con un marcapasos y son de tal gravedad que serían evidentes. Asunto que dista de su actual estado de salud.

T-3.904.227

En su parecer, tras aprobar las etapas del concurso, no resultaba legítimo que lo excluyeran por razones de sobrepeso. Para tal efecto, afirma que dicha situación podía mejorarse con el tiempo, debido a la magnitud de la actividad física que se adelanta en el INPEC. Por ello, su exclusión se constituyó en una discriminación que atenta contra su dignidad.

T-3.901.720

Enfatizó que no pretendía controvertir la legalidad de las normas que regularon la convocatoria. A continuación, al igual que en los casos anteriores, cuestionó el tiempo que transcurrió entre la comunicación que informaba la realización de los exámenes médicos y el momento en el cual se llevaron acabo. Adicionalmente, alegó que no fue excluido por justificaciones técnicas y que no se atendieron los protocolos médicos, razón por la cual hubo confusiones en los resultados del diagnóstico. Por lo demás, alegó que su ametropía fue corregida, ya que se ha practicado exámenes y correcciones quirúrgicas ambulatorias.

T-3.901.719

También adujo que no se aplicaron los protocolos de manera adecuada, ni se informó con suficiente antelación sobre la realización de los exámenes médicos. Indicó que el resultado de “proteinuria positiva” puede ser transitorio y no obedece,

necesariamente, a una patología. Por lo tanto, excluirlo de la convocatoria es discriminatorio, asunto que le niega el derecho de acceso a un cargo público. Adicionalmente, se considera discriminado, ya que en el proceso de selección le están imponiendo un trato diferente y desfavorable. En efecto, la inhabilidad utilizada para su exclusión sólo se le aplica a él. Ello en contra del documento técnico general que se refiere a las inhabilidades médicas. Por último, sostiene que su inquietud no fue resuelta de fondo, sino que se utilizó un formato para responder a todas las personas que elevaron inconformidades.

T-3.899.486

Se realizó otro examen y en él no aparece la supuesta inhabilidad. Por ello, se le lesionan sus derechos al excluirlo de la posibilidad de ejercer un empleo público. También alegó que no fue notificado con suficiente antelación para presentar los exámenes y que se presentaron problemas que en algunos casos fueron solucionados. Igualmente, refirió que prestó su servicio militar en el INPEC.

1.3. Intervención de las partes demandadas

Número del expediente

Entidades que intervienen

Argumentos de las entidades

T-3.892.249

CNSC

Cuestionó la procedibilidad de la acción de tutela ante la existencia de otros medios de defensa judicial. En este sentido, enfatizó que el actor controvierte los parámetros de la Convocatoria No. 132 de 2012, el cual constituye un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, que no ha sido anulado por la jurisdicción contencioso administrativa. Igualmente, en el caso particular, el demandante puede

acudir a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho para resolver la inconformidad que le genera el examen médico realizado.

Adicionalmente, enfatizó que las reglas del trámite de selección fueron publicadas con anticipación y que fueron aceptadas por cada uno de los aspirantes. Igualmente, las normas de la convocatoria fueron establecidas en concordancia con los preceptos contenidos en el numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Es decir, la convocatoria es la norma que regula el concurso.

En este sentido, las reglas fueron claras en determinar la calidad del examen oficial habilitante (previsto en los artículos 36 y 38 del Acuerdo No. 168 de 2012), que no era una prueba dentro del proceso, sino un trámite previo para ingresar al curso.

Las inhabilidades médicas fueron reguladas en la Resolución 000305 de 2012 del INPEC y se expuso que no sería apto quien presentara alguna alteración médica. En este sentido, tales condiciones médicas se justificaron en el profesigramas de la entidad mencionada, el cual obedece a las calidades que permiten el ingreso a los empleos objeto de la convocatoria, y no a una decisión autónoma de la CNSC. Entre ellas, por ejemplo, figuraba que la “proteinuria positiva”, ya que se trata de un indicador precoz de enfermedad renal o sistémica, cuyo origen deviene de la presencia de proteínas en la orina. Dependiendo del grado de severidad de las afectaciones que causan la citada proteinuria positiva, pueden generarse inhabilidades ocupacionales, como dificultar el uso de calzado tipo bota o incidir en las capacidades de ejercicio físico que se exige a un dragoneante. Incluso, su tratamiento, puede requerir una dieta específica.

Con todo, según el artículo 41 del Acuerdo, era posible formular reclamaciones, etapa que ya agotó el demandante. De ahí que, el hecho de que no se haya modificado el dictamen tras el examen particular allegado, tan sólo significa que no tuvo el efecto de invalidar, a través de una duda razonable, el examen médico oficial, ya que no partió de protocolos diferenciados que evaluaran el estado de salud del aspirante a la luz del referido profesigramas y sus anexos. Finalmente, el hecho de que el actor haya prestado el servicio militar en el INPEC no lo hace necesariamente apto, pues las funciones a desempeñar deben ajustarse a los requisitos del cargo y del

profesiograma.

T-3.920.919

CNSC, Unión Temporal INPEC, e INPEC.

También se alegó la improcedencia de la acción de tutela y se controversió la validez del examen realizado de manera particular por el señor Igua Santacruz, ya que aquellos efectuados por la Unión Temporal siguieron los protocolos médicos establecidos en el profesiograma fijado por el INPEC. Por lo demás, se refirió que las normas que regulan la convocatoria son actos administrativos de carácter general que –actualmente– surten efectos. Una de dichas reglas establece que el aspirante debe demostrar que no tiene ninguna afectación médica, psicológica, física o mental. Así las cosas, los exámenes buscaban determinar lo anterior, como una condición previa del ingreso al curso. De modo que, la “proteinuria positiva” es una inhabilidad, razón por la cual fue excluido.

Por su parte, la Unión Temporal INPEC, informó que celebró un contrato con la CNSC, cuyo objeto es la “Prestación de Servicios de Salud para la práctica de exámenes médicos según Resolución 00305 de 2012 del INPEC, a los aspirantes que superen el concurso dentro de la convocatoria pública No. 132-2012” (Cuaderno 1, folio 73). Adujo que en el examen se observaron de manera estricta las inhabilidades médicas reguladas en la Resolución No. 000305 de 2012, proferida por el INPEC. Tras la reclamación analizó los exámenes y concluyó que el actor tenía una escoliosis superior a 10. Al respecto, el anexo 5º de la Resolución mencionada contempla en sus páginas 61 y 62 que personas con escoliosis presentan restricciones para manipular cargas, realizar marchas prolongadas y movimientos de la columna. También mencionó que se le detectó “proteinuria positiva”.

Por su parte, el INPEC indicó que mediante el concurso se buscaba proveer 718 vacantes del empleo de dragoneante, código 4114, grado 11. Con todo, enfatizó que tal proceso le correspondió a la CNSC, por que solicitó ser excluido de la causa al carecer de legitimación por pasiva.

T-3.918.415

CNSC, INPEC y la Unión Temporal INPEC.

La CNSC alegó que la acción de tutela no resultaba procedente. Al respecto, reiteró que el Acuerdo No. 168 de 2012 establecía las reglas del concurso y que su artículo 15, literal “H”, consagraba que era deber demostrar que no se tenía afectación médica alguna. Para la citada entidad, el demandante no superó la valoración médica y al ser declarado “no apto”, fue excluido de la convocatoria. Así, el examen médico no es una prueba dentro del proceso, sino un requisito previo para ingresar al curso y, en las reglas de la convocatoria, se había determinado que el único válido sería aquel emitido por la entidad especializada contratada.

Por lo demás, enfatizó que las calidades de los exámenes obedecían al profesigramas establecido por el INPEC, que determinó las calidades e inhabilidades que permitirían el ingreso a los empleos ofrecidos. Entre ellas, figura el trastorno de la conducción eléctrica. Resulta relevante destacar que otra razón para no darle validez a los exámenes particulares radica en que no obedecían a los lineamientos particulares del aludido profesigramas, el cual exigía pruebas con fundamento en documentos técnico-científicos fijados desde el inicio del proceso. Por último, mencionó que, en otros casos, otras autoridades judiciales han desestimado pretensiones similares a las elevadas por el accionante y que el trastorno en la conducción del impulso eléctrico en la aurícula hasta el ventrículo puede tener varias causas, entre ellas ciertos medicamentos (digital, betabloqueadores, verapamilo y amiodarona).

Por su parte, la Unión Temporal INPEC indicó que se ajustó a las normas de la convocatoria, que fijaron sus competencias en torno a la realización de los exámenes médicos conforme con las disposiciones pertinentes. Igualmente, señaló que los términos en los cuales se presentó la reclamación fueron formulados “dando fe” de que nunca había presentado molestias, razón por la cual “(...) procedió a verificar el resultado de los exámenes médicos que se le practicaron, respecto de lo cual, se concluyó que no hay razón médica alguna que permitiera variar la calificación publicada (...)” (cuaderno 1, folio 100).

Aunado a lo anterior, consideró que aceptar la presentación de pruebas con posterioridad a la fecha en la cual fueron practicados los exámenes a la totalidad de participantes, trasgrediría la igualdad, la confianza legítima y el debido proceso. Incluso señaló que en sede de revisión de los diagnósticos en ciertos casos se confirmó o modificó la decisión inicial. Sin embargo, la patología que se detectó al accionante constituye una alteración de la dinámica cardíaca que puede poner en riesgo la salud del trabajador, asunto contemplado en el anexo 5º de la Resolución No. 00305 de 2012 (páginas 207 a 212). Para concluir, ante la existencia de otros medios de defensa judicial, expuso que la acción de tutela resultaba improcedente.

Por último, el INPEC también alegó que carecía de legitimación en la causa por pasiva y que la tutela era improcedente por la existencia de otros medios de defensa judicial.

T-3.904.227

INPEC y CNSC

La CNSC, al igual que en los casos anteriores, señaló que la tutela era improcedente por no cumplir con sus requisitos de procedencia.

También reiteró lo atinente a la Convocatoria No. 132 de 2012 y las reglas fijadas para el concurso, entre ellas, la validez del examen médico y la posibilidad de reclamar los resultados. A continuación, enfatizó que la obesidad se encontraba determinada como inhabilidad y que se presenta cuando hay un índice de masa corporal superior a 30. Esta enfermedad puede generar problemas cardiovasculares, cálculos biliares, síndrome de apnea obstructiva del sueño, hipertensión arterial, diabetes mellitas tipo 2, accidentes cerebrovasculares, distintos tipos de cáncer, daño al hígado y depresión, al igual que otros trastornos psíquicos. Por ello se considera una inhabilidad. De suerte que, lo que pretende el actor, es que se modifique la calificación de “no apto” por motivos subjetivos, sin fundamento médico alguno.

Por su parte, el INPEC también alegó falta de legitimación por pasiva.

T-3.901.720

CNSC e INPEC

La CNSC, al igual que en los casos anteriores, cuestionó la procedencia de la acción de tutela, ya que el accionante pretende controvertir actos administrativos generales que regularon la convocatoria en comento. Además, frente al caso particular, es posible instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por otra parte, conforme con las reglas de la convocatoria, refirió que el único examen médico válido era aquél realizado por la empresa contratada. Lo anterior, debido a que se utilizaría el profesiograma contenido en la mencionada Resolución. En su criterio, si bien resulta posible que en un dictamen general el aspirante presente funcionalidades vitales normales y habituales, lo cierto es que desde el punto de vista estrictamente ocupacional, podría padecer alguna alteración o patología en su salud que fuera incompatible con las funciones del cargo. Por esta razón, los exámenes particulares que fueron presentados por los aspirantes no obedecían a protocolos iguales, y por ende, carecían de aptitud para cuestionar los resultados. A pesar de lo anterior, se aclaró que ello no significó que no se analizaran los exámenes nuevos presentados, mas implicó que no necesariamente tuvieron la potencia de brindar razones valederas para considerar que sí se cumplía con los requerimientos ocupacionales.

Por lo demás, el examen médico no tenía otro objetivo que el de evaluar el estado psicofísico de los aspirantes, por lo que no correspondía analizar la procedencia del uso de elementos terapéuticos que pudieran corregir los efectos generados por una patología. Así las cosas, “(...) en ningún momento se estableció la posibilidad de acceder al empleo mediante el uso [de] elementos que permitieran manejar o mejorar la condición visual de los aspirantes” (Cuaderno 2, folio 22).

En cuanto a la ametropía, señaló que es un defecto óptico producido por un error de refracción, que puede ser corregido, en ocasiones, con el uso de lentes o cirugía. Se justifica la inhabilidad debido a que tiene restricción para el manejo de herramientas,

equipos y conducción de vehículos. De igual manera, reduce la capacidad para desplazarse de manera eficaz en el entorno, si no se cuenta con la corrección visual adecuada. En el caso del accionante, se evidenció que su ametropía no estaba corregida. De ahí que, existía una inhabilidad para trabajar y pertenecer al cuerpo de custodia del INPEC.

En este caso, el INPEC también argumentó que carece de legitimación por pasiva.

T-3.901.719

CNSC e INPEC

La CNSC alegó la improcedencia de la acción de tutela, en virtud de la existencia de otros medios de defensa judicial. Por lo demás, indicó que se pretendía controvertir actos administrativos -Acuerdo 168- revestidos de la presunción de legalidad.

Para el demandado, los exámenes médicos fueron realizados para esclarecer que los aspirantes no se encontraran inmersos en alguna inhabilidad, de acuerdo con lo previsto en el profesigramas, el cual obedeció a lo establecido en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Por otra parte, se enfatizó que a través del mismo se buscaba determinar la aptitud ocupacional de los aspirantes, por lo que el único examen válido era aquel realizado por la empresa idónea para ello. Por este motivo, no cualquier examen podía servir para controvertir los resultados, pues debían someterse a los protocolos específicos.

A continuación, reiteró que la “proteinuria positiva” es una inhabilidad y que el único examen válido, en razón a las necesidades técnicas, es aquél realizado por la entidad contratada. De otra parte, el proceso contaba con una etapa de reclamaciones, que el accionante agotó. Por lo demás, el hecho de que el demandante haya prestado el servicio militar no es suficiente para considerar que cumple con el perfil exigido.

El INPEC solicitó que fuera excluido de la causa, ya que carece de legitimación por pasiva.

T-3.899.486

CNSC

La CNSC señaló que obró conforme con los documentos que contienen el profesiograma y el perfil profesigráfico para el cargo de dragoneante. Además, consideró que lo que se pretende cuestionar son actos administrativos de carácter general, lo cual resulta improcedente en materia de tutela. Reiteró que el único examen válido era aquél efectuado por la entidad contratada, ya que debían obedecer a ciertos protocolos y que los requisitos habilitantes se habían definido con anterioridad

En este sentido, expuso que el profesiograma es un documento técnico en donde se definen las tareas, responsabilidades, particularidades físicas y ambientales requeridas para el desempeño de un empleo y, adicionalmente, establece los medios científicos necesarios para investigar que el empleado puede desempeñarse en el puesto de trabajo para el cual es postulado. A su vez, el perfil profesigráfico es un documento que indica las características, aptitudes y actitudes que debe tener una persona para desempeñar un empleo, definiciones contenidas en la Resolución No. 00305 de 2012. A continuación, refirió que la “proteínuria positiva” sirve como un indicador precoz de enfermedad renal o sistémica, por lo que se tiene –para los efectos de la convocatoria– como una inhabilidad. Por último, mencionó que el actor agotó la reclamación y que en ella se confirmó el dictamen.

2. Sentencias de tutela

2.1. Sentencias de primera instancia

Número del expediente

Autoridad judicial y fecha de la decisión

Decisión y argumentos

T-3.892.049

Denegó. Tras efectuar consideraciones generales en torno al mérito en los concursos públicos, expuso que el Acuerdo No, 168 de 2012 de la CNSC establecía el examen médico (art. 36). Así mismo, definió que ello no era una prueba dentro del examen de selección, sino un trámite previo para entrar al curso. Por lo demás, las inhabilidades médicas se hallaban establecidas en la Resolución No. 00305 de 2012 y, entre ellas, se encuentra la “proteinuria positiva”. Además, con antelación, en el artículo 38 del Acuerdo mencionado, se definió que el único resultado válido emitido era aquél realizado por las entidades contratadas. Por lo anterior, no era viable que, a través de la acción de tutela, se pasaran por alto los procedimientos y requisitos legales para acceder a los cargos públicos.

Ahora bien, comoquiera que del concurso sólo se deriva una mera expectativa, no es posible que se configure un perjuicio irremediable. Por lo demás, este último en ningún momento se acreditó, por lo que no es posible conceder el amparo.

T-3.920.919

Sentencia del 30 de enero de 2013, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Denegó. En términos generales, invocó la existencia de otros medios de defensa judicial a los que podía acudir el señor Igua Santracruz. Igualmente, conforme con el artículo 125 de la Constitución, enfatizó que el ingreso a los cargos de carrera requiere el cumplimiento previo de requisitos y condiciones.

Dichas condiciones fueron fijadas en el Acuerdo No. 168 de 2012, el cual, en el artículo 15, determinó que una exigencia previa era el estado óptimo de salud, conforme a un examen médico que obedecería a lo regulado en la Resolución No. 00305 de 2012. Por

otra parte, el artículo 36 indicó que el examen era un trámite previo al ingreso al curso y reiteró que las inhabilidades eran aquellas reguladas en la mencionada Resolución.

Ahora bien, según el artículo 38 del citado Acuerdo, la aptitud de los examinados se evaluaba a partir de la historia clínica ocupacional, la ficha de evaluación de la carga física y la ficha de evaluación osteo muscular, siendo tales exámenes -llevados a cabo por la entidad contratada- los únicos válidos aceptados en el proceso.

T-3.918.415

Sentencia del 23 de enero de 2013, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Denegó. Para esta autoridad judicial, existían otros medios de defensa judicial y no se percataba la existencia de un perjuicio irremediable. Además, en su criterio, se buscan cuestionar las reglas de la Convocatoria No. 132 de 2012, que gozan de presunción de legalidad.

T-3.904.227

Sentencia del 20 de diciembre de 2012, pronunciada por el Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá.

Concedió. Al respecto, señaló que la acción era procedente, debido a los límites de edad que exigía la convocatoria. A continuación, señaló que, si bien las autoridades pueden imponer requisitos de ingreso a los procesos de selección, los mismos han de ser razonables y proporcionales, según las finalidades que con ellos se busca. Aunado a lo anterior, indicó que, cuando se exige un requisito de aptitud física, existe una presunción de discriminación a favor del actor, frente a la cual la entidad debe

demostrar su justificación en relación con las funciones propias del cargo a proveer.

Así las cosas, en el caso concreto, pese a que la obesidad figuraba con anterioridad como causal de exclusión, lo cierto es que no se demostró que fuera justificada al poder generar problemas, complicaciones o inconvenientes con el desarrollo propio de las funciones previstas para el cargo de dragoneante.

T-3.901.720

Sentencia del 26 de febrero de 2013, proferida por la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto[46].

Denegó. Esta autoridad judicial encontró que se pretendía evitar el cumplimiento de los procedimientos y requisitos previstos dentro de la convocatoria. De hecho, enfatizó que, en su criterio, se cumplieron con todos los trámites preestablecidos, sin que fuera posible evidenciar irregularidad alguna. Por lo demás, expuso que no se cumplían con las reglas de procedencia en la presente causa, entre otras razones, porque no se observaba el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

T-3.901.719

Sentencia del 21 de febrero de 2013, proferida por la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto[47].

Denegó. En términos generales se expuso que no era posible pasar por alto, a través de la acción de tutela, requisitos y procedimientos legalmente establecidos. Por lo mismo, no era imputable a la entidad, que el accionante no cumpliera con las exigencias médicas previstas para el perfil requerido. Así las cosas, enfatizó que desde un principio, en las normas que regulaban la convocatoria, se había fijado que el examen médico no hacía parte del proceso de selección, sino de un trámite previo para ingresar al curso. En este último también se había determinado, según la Resolución No. 00305 de 2012, qué se consideraría como inhabilidad. Para el efecto,

entre ellas, aparece la “proteinuria positiva”.

Por otra parte, en dicha convocatoria también se había determinado cuál sería el examen médico válido, debido a los protocolos y presupuestos necesarios para la selección, por lo que aquél efectuado por el accionante no resultaba oponible a las pesquisas realizadas por la Unión Temporal INPEC.

De otra parte, el actor puede demandar a través de otros medios de defensa judicial si considera vulnerados sus derechos, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Finalmente, expuso que la participación en un concurso sólo genera una expectativa, de allí que no pueda evidenciarse el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

T-3.899.486

Denegó. Luego de mencionar aspectos atinentes a la procedencia excepcional de la acción de tutela, se consideró que la misma no estaba llamada a prosperar.

No obstante, también señaló que, por regla general, el acceso a los cargos públicos es por concurso. Lo anterior, respecto del caso concreto, se hizo efectivo a través de las diferentes normas y actos expedidos por la CNSC. En dicho procedimiento, se fijó lo relativo al examen médico y a las inhabilidades, entre ellas, figuraba la “Proteinuria Positiva”. También se dijo que el único resultado válido era aquél de la entidad contratada para efectuar los exámenes médicos, ya que debía seguirse determinados protocolos.

Finalmente, adujo que no es imputable a la entidad demandada el resultado de “no apto” obtenido por el accionante y que, por ello, no es posible, a través de la acción de tutela, omitir el cumplimiento de procedimientos fijados con antelación.

2.2. Impugnación

Número del expediente

Argumentos de la apelación

T-3.892.249

Reiteró que lo están discriminando y que la acción de tutela es el mecanismo más eficaz para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el cual no especificó.

T-3.920.919

Apuntó que la acción de tutela es el mecanismo más eficaz para resolver la problemática que lo aqueja, ya que se halla ante un perjuicio irremediable, el cual no especificó.

T-3.918.415

Indicó que las entidades demandadas han optado por utilizar formatos de contestación, ante la ingente cantidad de acciones que se han elevado en su contra. En cuanto a la procedencia de la acción, refirió que tendría que volverse a presentar para un cargo similar y sería necesario demostrar aptitud, asunto que depende de la edad del participante. Además, al momento de terminar el proceso ante la jurisdicción contenciosa, ya no habría objeto sobre el cual decidir. Así mismo, cuestionó que la misma entidad no efectuara un segundo examen tras las reclamaciones y que fuera necesario a los participantes acudir a entidades particulares para desvirtuar los exámenes.

Finalmente, enfatizó que los certificados médicos por él aportados también tienen carácter científico y que en otras causas de tutela, en los que se han amparado los derechos de los demandantes, se han cumplido con las pretensiones por él elevadas.

T-3.904.227

La CNSC impugnó la decisión. Enfatizó que las normas que regulaban los exámenes médicos fueron previas a los mismos, eran claras y a ellas se sometieron los

participantes. Por ello, el demandante busca cuestionar las normas generales que regularon el concurso. En este sentido, reiteró que el único examen válido era aquél efectuado por la empresa contratada y que la obesidad puede generar múltiples enfermedades.

T-3.901.720

Reiteró los mismos argumentos que utilizó al momento de formular la acción constitucional. No obstante, enfatizó que la tutela es el medio eficaz que puede solventar la situación que lo aqueja.

T-3.901.719

Reiteró que no padece enfermedad alguna. Alegó que la acción de tutela es el único mecanismo judicial eficaz para dirimir el conflicto jurídico por él planteado, dado que se encuentra ante un perjuicio irremediable. Cabe decir que no argumentó en torno a qué configuraba tal situación apremiante.

T-3.899.486

Con similares argumentos, sobre todo enfatizando que en otros casos la tutela sí fue concedida, el señor Mera Bucheli elevó la impugnación. También señaló que es el único medio de defensa judicial para precaver el acaecimiento de un perjuicio irremediable, el cual no justificó.

Número de expediente

Autoridad judicial y fecha de la decisión

Decisión y argumentos

T-3.892.249

Sentencia del 9 de abril de 2013, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Confirmó. En primera medida, se refirió a la procedencia de la acción de tutela. Para ello, resaltó que el actor podía acudir a la vía contenciosa para dirimir la cuestión planteada. Además, no observó la ocurrencia de un perjuicio irremediable, máxime cuando es factible solicitar la suspensión provisional del acto administrativo.

Por lo demás, dispuso que los requisitos de aptitud física no resultan contrarios a la carga de proporcionalidad, ya que la proteinuria es un indicador precoz de enfermedad renal o sistemáticas como la hipertensión arterial o la diabetes mellitas. Pero, por sobre todo, el INPEC acogió el anexo cinco -donde figuraba la justificación de la inhabilidad médica para el cargo de dragoneante- porque es posible la presencia de edemas en los miembros inferiores que, en casos avanzados, dificultan el uso de calzado tipo bota exigido como parte del uniforme, al igual que limita las exigencias físicas posibles. Finalmente, expuso que no se vulnera el derecho a la igualdad del actor, dado que dicho Tribunal no ha concedido el amparo en casos similares al suyo.

T-3.920.919

Sentencia del 20 de marzo de 2013, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Confirmó. Para el efecto, argumentó que conforme con el artículo 41 del Acuerdo 168 de 2012, contra las decisiones que resuelven los recursos respecto de los exámenes médicos no procede ninguna otra actuación. Así las cosas, al estar agotada la vía gubernativa, es viable acudir ante los jueces de lo contencioso administrativo. Por último, se señaló que no se probó la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

T-3.918.415

Sentencia del 27 de febrero de 2013, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

Confirmó. Indicó que del Acuerdo 168 se extrae que el concurso no culmina con la fase de selección, sino que para optar por una vacante, se requiere completar -entre otros- los exámenes médicos. Así las cosas, comoquiera que la exclusión del actor se materializó en un acto administrativo, bien puede acudir a la jurisdicción

contenciosa a dirimir este asunto.

T-3.904.227

Sentencia del 20 de marzo de 2013, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Revocó y, en su lugar, denegó el amparo. En primer lugar, consideró que no se cumplían los presupuestos de procedencia de la acción de tutela. A continuación, en segundo lugar, se refirió a las normas de la convocatoria que hacían mención a los exámenes médicos y a las causales para que una persona fuera tenida por “no apta”. En su criterio, lo pretendido por el actor, era evitar el cumplimiento de las reglas del concurso, lo que –realmente– atentaría contra la igualdad y el debido proceso de los otros participantes. Además, los fines y medios empleados por la entidad se ajustaban a razones objetivas.

T-3.901.720

Sentencia del 16 de abril de 2013, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Confirmó. Encontró que la exclusión del demandante se debió a una inhabilidad comprendida dentro del profesigramas, según los lineamientos definidos en la Resolución No. 00305 de 2012. A continuación, mencionó que ya había decidido un caso similar, en el que se cuestionó la procedencia de la acción de tutela, al igual que la viabilidad de que el juez constitucional determine si el defecto visual que aqueja al accionante lo incapacita para desempeñar el cargo al que aspira. También insistió en que esta controversia se podía ventilar ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Por lo demás, expuso que los requisitos de aptitud física no resultaban desproporcionados o absurdos, ya que el INPEC contó con la asistencia del Grupo de Salud Ocupacional de Talento Humano y la empresa Positiva Compañía de Seguros /ARP para elaborar los profesigramas dirigidos al cuerpo de custodia y vigilancia. En lo referente a la ametropía, consideró que, de no corregirse, disminuye la

capacidad para desplazarse en una forma eficaz en su entorno y causa restricciones para el manejo de herramientas, equipos, conducción de vehículos, entre otros.

T-3.901.719

Sentencia del 18 de abril de 2013, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Confirmó. En términos generales, se enfatizó en que el amparo no era procedente, ante la posibilidad de acudir a la justicia administrativa, en donde es posible solicitar la suspensión del acto que lo excluyó del proceso de selección.

Además de lo anterior, señaló que los requisitos de aptitud física no resultan desproporcionados, ya que el INPEC contó con la asistencia técnica para elaborarlos.

T-3.899.486

Sentencia del 17 de abril de 2013, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Confirmó. Además de las razones de improcedencia, hizo referencia al concurso de méritos como mecanismo imparcial, objetivo y que mide la capacidad para seleccionar aspirantes a diferentes cargos públicos. Estos concursos se rigen por reglas predispuestas, que resultan obligatorias para todos los aspirantes.

En el caso objeto de estudio, esto fue lo que acaeció, pues determinaron de forma previa ciertas inhabilidades conforme a un profesiograma y a un perfil elaborado por el Grupo de Salud Ocupacional de la Subdirección de Talento Humano y la empresa Positiva Compañía de Seguros ARP, adoptado mediante la Resolución 0305 de febrero de 2012.

2.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Número del expediente

· Respuesta a las reclamaciones formuladas por el accionante contra los resultados de los exámenes médicos de la Convocatoria No. 132 de 2012. Para el efecto, se cuestionó por el actor que los exámenes se realizaran sin la debida anticipación y sin instruir a los aspirantes sobre su preparación. También se debatió que la inhabilidad se determinara por un examen de laboratorio positivo y no por una patología renal. Sobe ello, el accionante expuso que el resultado podía devenir de una dieta proteica o de la realización de actividades físicas. También refirió que se efectuó otro examen -con las debidas preparaciones técnicas- y resultó negativo. Frente a ello, la CNSC contestó que “(...) para la presentación de los exámenes médicos se envió citación con la debida antelación y en la misma se informó en qué condiciones debía ser prestado el mismo”. Por ello, aceptar otro concepto diferente de aquél rendido por la Unión Temporal INPEC desconocería la transparencia y la igualdad. Además, tras revisar los exámenes por él aportados, no se encontraron razones suficientes para variar la calificación (cuaderno 3, folio 40 a 43).

· Certificado de la Unión Temporal INPEC del 4 de diciembre de 2012, que califica como no apto al accionante por “proteinuria positiva” (cuaderno 3, folio 44).

· Resolución No. 3317 de 2012 que adjudicó el proceso de selección abreviada de menor cuantía a la Unión Temporal INPEC. Se indica que las vacantes a proveer son 718 correspondientes al cargo de dragoneante, código 4114, grado 11.

· Resolución NO. 000305 de 2012, “Por la cual se adopta el profesigramas, perfil profesigráfico e inhabilidades médicas para el empleo de Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC”. En ella se menciona que esta actividad de custodia es considerada de alto riesgo, por lo que se hace necesario evaluar médicamente a las personas antes de su contratación, en función de las condiciones de trabajo a las que serán expuestas. Igualmente, se indica que el profesigramas es un documento técnico que define “las tareas, responsabilidades, las particularidades físicas y ambientales requeridas para el desempeño de un empleo”. A su vez, el perfil profesigráfico es un documento que “(...) indica las características, aptitudes y actitudes que debe tener una persona para desempeñar un empleo”. En este orden de

ideas, ambos documentos fueron elaborados por el Grupo de Salud Ocupacional de la Subdirección de Talento Humano y Positiva Compañía de Seguros/ARP y adoptados por el INPEC (cuaderno 3, folio 50 a 52).

- Parcial de orina realizado por Michael Hernando Ponce el 5 de diciembre de 2012 en un laboratorio clínico particular. Se indica en el que la proteína en la orina es ocasional: 3.7 mg/dl (cuaderno 1, folio 20).

- Copia de libreta militar del actor (cuaderno 1, folio 21).

- Definiciones médicas alegadas por la CNSC, en la que se indica que la proteinuria no es una enfermedad, sino un indicador precoz de enfermedad renal o sistémica. "Su valor normal es de 150 mg en 24 horas o de 0 a 8 mg/dl en una muestra aislada" (cuaderno 1, folio 128 a 130).

T-3.920.919

- Calificación dada al señor Igua Santacruz por la CNSC como "no apto" por "proteinuria positiva" (Cuaderno 1, folio 13).

- Respuesta dada al citado señor frente a su reclamación. Los términos son, en esencia, iguales a aquellos reseñados en el expediente T-3.892.249. Se destaca que se le informó que la proteinuria figuraba en la página 259 del anexo 5 del profesigramas, como una inhabilidad médica para el empleo (cuaderno 1, folio 14 a 18).

- Examen particular realizado por el señor Jasson Stiven Igua ante un laboratorio privado, donde se indica que en su parcial de orina la presencia de proteínas es negativa (cuaderno 1, folio 21 y 22).

- Examen realizado ante la EPS EMSSANAR, con negativa en la presencia de proteína (cuaderno 1, folio 44).

- Tarjeta de reservista del accionante (cuaderno 1, folio 24).

T-3.918.415

· Respuesta a la reclamación formulada por el señor Martínez Ramírez. En ella la Unión Temporal INPEC reiteró que se ajustó a las reglas de la convocatoria y que una causal de exclusión es ser calificado como “no apto”. Igualmente, enfatizó que el único examen médico válido era aquél emitido por la entidad contratada. Ahora bien, en la reclamación, el señor Martínez mencionó que su salud era óptima y que nunca había sido tratado por anomalías cardíacas. Frente a ello, la Unión Temporal le manifestó que no era suficiente que “diera fe de su buen estado de salud”, ya que el dictamen médico se había efectuado siguiendo estricta observancia de las inhabilidades médicas reguladas en la Resolución 00305 de 2012, que indica que el trastorno de la conducción eléctrica ha de ser tenida como tal. Además, se menciona que, frente a la petición de revalorar los exámenes médicos, se encontró que no existía motivo para variar la calificación publicada (cuaderno 1, folio 11 a 14).

· Copia de electrocardiograma realizado por el accionante, en donde se indica que el resultado es normal para su edad (cuaderno 1, folio 15 a 16).

· Copia de evaluación médica efectuada por el doctor Guillermo Macías Baquero, en el que se interpreta un electrocardiograma y se concluye “ritmo sinusal” (cuaderno 1, folio 17 a 18).

· Copia de libreta militar de Leider Ardul Martínez Ramírez (cuaderno 1, folio 20).

· Certificado expedido por la Unión Temporal INPEC, en el que se indica que resultó no apto por presentar trastorno de la conducción eléctrica (bloqueos y hemibloqueos completos e incompletos) (cuaderno 1, folio 72).

· Copia de la Convocatoria No. 132 de 2012. Se refiere que, mediante oficio 8877 de 2011, se solicitó a la CNSC iniciar el proceso de convocatoria para el empleo de dragoneante del INPEC. En total, las 718 vacantes fueron distribuidas así: 218 para el curso de formación de varones y las 500 restantes para el curso de complementación de varones. En el artículo 5º se fijó la estructura del proceso que, tras la inscripción y verificación de los requisitos, contempla la fase de concurso. En ella existen las pruebas de análisis de antecedentes, de aptitud y de personalidad y el examen médico para ingresar al curso. Después del curso, que se diferencia en uno de formación y otro

de complementación, quedará conformada la lista de elegibles.

Por su parte, el artículo 7º consagra las normas bajo las cuales se regirá el concurso, que incluye la Resolución No. 00305 de 2012 del INPEC. En el artículo 10 figura, como causal de exclusión de la convocatoria “Ser calificado NO APTO en la valoración médica realizada”. A su vez, el artículo 13 establece como inhabilidades “(...) cualquier afectación física o mental que comprometa la capacidad necesaria para el debido desempeño del cargo (...)”. A partir del artículo 36, se desarrolla el examen médico. Expresamente se dice no constituye una prueba dentro del proceso de selección, sino un trámite previo para ingresar al curso y que las inhabilidades médicas se encuentran reguladas en la pluricitada resolución. También se indica que es un examen médico diferente de aquél que realiza el INPEC una vez culmina el proceso de selección. En el artículo 38, se indica cómo se evaluará la capacidad física. Asunto que se hará con instrumentos incluidos en el profesiograma. Entre ellos: “(...) la historia ocupacional, con énfasis en el sistema neurológico y osteo-muscular, la ficha de evaluación de la carga física y la ficha de evaluación osteo muscular”. También se enfatiza que “El único resultado aceptado en el proceso de selección (...) será el emitido por la entidad especializada contratada previamente para tal fin por la CNSC (...)”. El artículo 41 reguló las reclamaciones por los resultados de los exámenes médicos y se indicó que serían decididas y comunicadas sin que ante tal resultado procediera recurso alguno. Lo anterior, se efectuó en los siguientes términos: “Las reclamaciones de los aspirantes con concepto de NO APTO, con ocasión de los resultados del examen médico, serán presentadas ante la CNSC o ante la entidad delegada, dentro de los dos (2) días siguientes a la publicación de los resultados.// La reclamación será decidida y comunicada a través de la página web de la CNSC. // Ante la decisión que resuelve la reclamación contra el resultado de (sic) examen médico, no procede ningún recurso” (cuaderno 1, folio 78 a 90).

T-3.904.227

· Respuesta a la reclamación del señor Edgar Jair Cardozo Guerrero por el resultado médico que lo declaró “no apto”. En ella se mencionan los términos en los cuales el actor elevó la reclamación fueron los siguientes: “(...) considero que no es motivo suficiente rechazar a una persona por cuestión de peso (...) No pienso que sea

eliminatória estar con sobrepeso puesto que [si] ni me equivoco en la escuela del INPEC tendremos mucho ejercicio al día (...). A continuación, se indica que el dictamen médico de obesidad se efectuó conforme a los parámetros de la Resolución 00305 de 2012 y que en ella aparece tal condición como causal de exclusión. Por lo mismo, se ratifica el dictamen (cuaderno 1, folio 121 a 124).

T-3.901.720

- Certificado de calificación correspondiente al señor Jorge Iván Arteaga Melo como “no apto” por “ametropía no corregida” (cuaderno 1, folio 13).
- Respuesta a la reclamación expedida por la Unión Temporal INPEC. En ella se indica que el accionante planteó su inconformidad en los siguientes términos: “(...) [hay] un error en el resultado del examen médico (...) ya que me practiqué una cirugía correctiva hace 4 meses, en la clínica Unigarro, de la ciudad de Pasto (...)”. Sin embargo, la entidad se ratifica en su concepto porque obedeció a los documentos técnicos que definieron los parámetros a tener en cuenta (Cuaderno 1, folio 14 a 17).
- Concepto de médico cirujano especialista en oftalmología, firmada el 5 de diciembre de 2012, en donde se indica que tras la cirugía el paciente se encuentra en proceso de recuperación y que su agudeza visual es, en el ojo derecho, de 20/50, mientras que, en el izquierdo, de 20/30 (Cuaderno 1, folio 20).
- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Jorge Iván Arteaga Melo.

T-3.901.719

- Respuesta a la reclamación formulada por el accionante. En ella se reiteran los argumentos expuestos por el accionante para sustentar su inconformidad. Así se indica que cuestionó la anticipación de los exámenes realizados, ya que no se efectuaron con la antelación previa requerida. Por lo demás, indicó que sólo si la “proteinuria positiva” se relaciona con alguna patología en el sistema urinario, tendría por qué ser declarado “no apto”, pero, en su caso, tal resultado es consecuencia de una indebida preparación. Igualmente indicó que en un examen particular salió negativo. La Unión

Temporal le reitera que los exámenes médicos se hicieron observando lo establecido en la Resolución No. 00305 de 2012, que estableció la proteinuria como inhabilidad para el empleo de dragoneante. Aspecto este que fue publicado con antelación en la convocatoria. (cuaderno 3, folio 41 a 45).

- Certificado de la Unión Temporal INPEC, donde califica como “no apto” al señor Luis Miguel Ortega Rodríguez por “proteinuria positiva” (cuaderno 1, folio 46).
- Parcial de orina de Luis Miguel Ortega, realizado ante la Cruz Roja Colombiana, seccional Nariño, el 8 de febrero de 2013. En él figura “proteínas: negativo” (cuaderno 3, folio 62).
- Copia de libreta militar de Luis Miguel Ortega Rodríguez (cuaderno 1, folio 25).

T-3.899.486

- Respuesta a la reclamación formulada por el accionante, en donde figuran los términos en los cuales el actor manifestó su inconformidad, que parten de la base de haberse realizado un examen particular que arrojó “negativo” como resultado. También mencionó que el citado resultado sólo debía operar como inhabilidad si existía una comprobada patología renal, ya que podía aparecer por otra causa, como la actividad física inmediata o el consumo próximo de alimentos proteicos. Frente a ello, se le contesta que en el profesiograma figura la “proteinuria positiva” como inhabilidad (cuaderno 1, folio 14 a 17).
- Parcial de orina del señor Dennis Gerardo Mera Bucheli realizado el 4 de diciembre de 2012, donde figura “Negativa” la presencia de proteína (cuaderno 1, folio 20).

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-785/13

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN ACCESO A CARGOS PUBLICOS Y CONCURSO DE DRAGONEANTE DEL INPEC-Se debió ordenar la práctica de un nuevo examen para corroborar o corregir diagnóstico médico, ya que el examen inicialmente practicado contenía un resultado distinto a los resultados de posteriores exámenes (Salvamento de voto)

Referencia: Expedientes T-3.892.249, T-3.920.919, T-3.918.415, T-3.904.227, T-3.901.720, T-3.901.719 y T-3.899.486.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el respeto acostumbrado por las decisiones que toma esta Corporación, me permito hacer explícitas las consideraciones que me llevaron a salvar el voto en esta oportunidad.

La Sala de Revisión analizó las acciones de tutela promovidas por 7 personas que aspiraban a ocupar una de las 718 vacantes en el empleo de dragoneante del INPEC, dentro de la convocatoria adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

El proceso de selección contó con la siguiente estructura: (i). Convocatoria y divulgación; (ii) Inscripciones; (iii) Verificación de requisitos mínimos; (iv) Fase I. Concurso: 1. Pruebas (análisis de antecedentes, prueba de aptitud y prueba de personalidad) y 2. Examen médico para ingreso al curso; (v) Fase II. Curso; (vi) Conformación de lista de elegibles; y (vii) Período de prueba.

Una de las causales de exclusión de la convocatoria, era ser calificado como “no apto ” en la valoración médica realizada por una entidad contratada para ello, siendo aceptado exclusivamente el dictamen médico emitido por esa entidad[49]

Los accionantes superaron la etapa del concurso, pero al llevar a cabo el examen médico fueron declarados “no aptos”, por presentar: proteinuria positiva (4 aspirantes); ametropía no corregida (1 aspirante); obesidad (1 aspirante); y trastorno de conducta eléctrica (1 aspirante).

Los accionantes presentaron las reclamaciones respectivas, así: (i) proteinuria positiva, allegaron parciales de orina particulares, en los que el nivel de proteína en la micción era

normal; (ii) ametropía, alegó que se habían efectuado correcciones a las patologías visuales padecidas; (iii) trastorno de conducta eléctrica, acudió a cardiólogos que descartaron que padeciera alguna enfermedad; y (iv) obesidad, expuso que el sobrepeso no era necesariamente un límite a sus capacidades para ejercer el cargo. Estas reclamaciones no fueron aceptadas por la entidad accionada.

La Sala Tercera de Revisión encontró que el asunto resultaba procedente, toda vez que los medios de defensa judicial no eran eficaces para dirimir la presente controversia. En cuanto al fondo del asunto, negó el amparo al establecer que las exigencias físicas hechas a los aspirantes resultaban razonables y proporcionadas, en la medida que el cargo de dragoneante requiere de altas exigencias físicas para poder cumplir sus labores, como lo es la supervisión correccional, la seguridad, la disciplina y la vigilancia de los internos, en centros de reclusión y durante su traslado por remisiones locales e intermunicipales.

Contrario a la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, estimo que en esta oportunidad se debió otorgar la protección invocada por los accionantes, de acuerdo con los puntos que se exponen a continuación.

1. La Corte Constitucional ha señalado que no se vulneran los derechos fundamentales de los aspirantes cuando son excluidos de un proceso de selección siempre que no cumplan con los requisitos exigidos por la institución, cuando (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables[50].

Ahora bien, aunque se cumplan los presupuestos mencionados, son censurables cuando no está probada su necesidad o carece de importancia para el desempeño de las funciones del cargo. En este sentido la jurisprudencia constitucional ha concluido que para que un criterio de selección no resulte inconstitucional, debe reunir dos condiciones: (i) ser razonable, es decir, no puede implicar discriminaciones injustificadas entre las personas, y (ii) ser un criterio proporcional a los fines para los cuales se establece, esto es, que tenga relación con las labores a desempeñar.

2. Los cuatro aspirantes presentaron proteinura positiva[51] y el que le

diagnosticaron trastorno de conducta eléctrica[52], en estos casos, los aspirantes allegaron un contra examen en el que se descartaba algún tipo de afección a su salud.

En este estado de cosas, la Sala de Revisión debió ordenar a la entidad accionada la práctica de un nuevo examen que permitiera corroborar o corregir el diagnóstico médico, ya que era necesario establecer si el examen inicialmente practicado contenía un resultado correcto teniendo en cuenta que los posteriores mostraban otra respuesta.

Lo anterior debido a que si sobre la exigencia de un requisito recae una duda, el interesado y la entidad tienen el derecho y el deber de buscar una opción alterna, para constatar si se trató de un error y efectivamente hubo o no una irregularidad. En consecuencia, no era viable restar valor al dictamen que arrojó un resultado contrario al inicialmente establecido. La accionada debió atender adecuadamente la reclamación mediante el procedimiento más viable y no basarse solo en el resultado inicial para señalar como no aptos a los aspirantes, no obstante haberse advertido la posible inexactitud de la prueba practicada.

3. Un aspirante fue descartado al presentar ametropía no corregida, la cual según la Comisión Nacional del Servicio Civil, constituye un defecto óptico cuya inhabilidad se justifica debido a que tiene restricción para el manejo de herramientas, equipos y conducción de vehículos. No obstante, el actor alegó que se habían efectuado correcciones a las patologías visuales padecidas, por lo que no debió ser eliminado del proceso de selección, ello teniendo en cuenta que no existía una proporcionalidad en la exigencia elevada, dado que ya había corregido la afección, con lo cual no se estarían desconociendo los fines para los cuales fue establecido este requisito.

4. Por último, un aspirante fue excluido por presentar obesidad, lo que según la Comisión Nacional del Servicio Civil puede generar enfermedad cardiovascular, hipertensión arterial, accidente cerebrovascular, diabetes mellitas tipo 2, distintos tipos de cáncer, síndrome de apnea obstructiva del sueño, cálculos biliares, daño al hígado y depresión, al igual que otros trastornos psíquicos.

En este punto, la respuesta de la entidad carece de certeza. Lo anterior, porque los

argumentos esgrimidos se derivan de situaciones hipotéticas que no constituyen un argumento constitucionalmente admisible. No hay seguridad que en desarrollo de sus funciones el actor vaya a padecer alguna de las afecciones de salud descritas. Se trata de hechos inciertos que pueden presentarse o no y que no fueron respaldados por la entidad mediante conceptos médicos o científicos, en los cuales se demostrara que efectivamente la supuesta obesidad afectara su desempeño como dragoneante. Por lo tanto, no resulta aceptable que la CNSC se sirviera de situaciones hipotéticas para descalificar al actor del concurso.

Fecha nt supra,

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

[1] Expediente T-3.892.249, cuaderno 3, folio 51.

[2] Artículo 38.

[3] Artículo 41.

[4] Expediente T-3.892.249, cuaderno 3, folio 47 a 49.

[5] En algunos casos, los actores indicaron que se conculcaba el derecho fundamental al debido proceso administrativo. Sin embargo, a juicio de esta Sala, tal cuestión se subsume en el acceso a cargos públicos que, para este caso, ha de analizarse dentro de las dinámicas de un concurso-curso, como aquél adelantado por la CNSC.

[6] Para el efecto se resaltan de forma separada cada una de las pruebas aportadas en los expedientes sometidos al proceso de revisión.

[7] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”

[8] La norma en cita dispone que: “Artículo 35.- Decisiones de revisión. Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las

demás podrán ser brevemente justificadas.

La revisión se concederá en el efecto devolutivo pero la Corte podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 7º de este decreto”. En relación con el ejercicio de esta atribución, entre otras, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-549 de 1995, T-396 de 1999, T-054 de 2002, T-392 de 2004, T-959 de 2004, T-658 de 2010, T-559 de 2010, T-473 de 2010, T-571 de 2011, T-025 de 2013, T-668 de 2013, T-680 de 2013 y T-379 de 2014.

[9] En efecto, el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución consagra: “(...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 contempla: “(...) La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (...)”.

[10] Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[11] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[13] Sentencia C-225 de 1993.

[14] Ver, entre otras, las sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010.

[15] Véase, entre otras, las Sentencias T-106 de 1993 y T-100 de 1994.

[16] Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[17] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[18] En esta oportunidad, se revisó un caso en el cual el accionante, que había prestado su servicio militar en el INPEC, se presentó a una convocatoria realizada por dicha entidad para un curso de complementación para dragoneantes. Sin embargo, se le negó el acceso por no tener la estatura mínima exigida. Algunas razones brindadas por el INPEC para la necesidad de la medida suponían el impacto psicológico que, en un medio de violencia, la estatura

genera. La Corte estudió la razonabilidad y proporcionalidad del citado requisito, pues -prima facie- no puede considerarse que requerimientos antropométricos sean inconstitucionales. Para ello, estableció que resultaba esencial tener en cuenta la función que los aspirantes cumplirían y que, para este caso, era de seguridad. A continuación consideró que el requisito se había hecho público con antelación al ingreso de las personas a la convocatoria y que, de hecho, la altura exigida estaba por debajo del promedio nacional, lo que no la hacía irrazonable. De manera que, al no ser, en criterio de la Sala, una medida en sí misma reprochable, ni de carácter caprichoso o de incidencia específica en una franja poblacional tradicionalmente discriminada, no era viable conceder el amparo.

[19] M.P. Mauricio González Cuervo.

[20] Subrayado y sombreado por fuera del texto original.

[21] En esta providencia, la Sala revisó varios casos en los cuales las accionantes habían sido excluidas de un concurso adelantado por la CNSC para proveer cargos en el INPEC. Para efectos de esta providencia, resulta relevante destacar que en dos de los asuntos, las accionantes, habían sido excluidas del proceso por tener una estatura menor a aquella exigida como requisito. De hecho, contaban con una estatura que correspondía al promedio nacional, pero que era inferior a aquella impuesta en las condiciones del curso-concurso. Para resolver el caso concreto, la Sala analizó la relación existente entre los requisitos exigidos y la función principal que estarían llamadas a desempeñar. En este sentido, encontró que no existía fundamento para exigir que la estatura fuera mayor que la del promedio nacional, máxime cuando -en el caso de los hombres- si bien existía este requisito, no se esperaba que los aspirantes fueran más altos que el resto de los colombianos. Por esta razón, debido a que había una clara discriminación entre hombres y mujeres, se concedió el amparo, favoreciendo las pretensiones de las accionantes.

[22] Al respecto, el numeral 2 del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994, disponía que, para ser dragoneante, se requería: “Tener más de dieciocho años y menos de veinticinco de edad, al momento de su nombramiento” (Subrayas fuera del texto).

[23] Resolución No. 1219 de 6 de junio de 2013.

[24] <http://www.cnsc.gov.co/index.php/132-listas-de-elegibles>

[25] Resolución No. 2277 del 22 de octubre de 2013. En relación con esta hipótesis, el artículo 54 del Acuerdo No. 168 de 2012 establece que: “Superados el concurso y el curso por parte del aspirante y efectuado el estudio de seguridad con concepto de confiabilidad (art. 11 Decreto Ley 407 de 1994), la Comisión Nacional del Servicio Civil conformará una lista de elegibles por cada curso, en estricto orden de mérito (...)”.

[26] Resolución No. 2341 del 31 de octubre de 2013.

[27] La norma en cita dispone que: “Las listas de elegibles tendrán vigencia de un (1) año a partir de su firmeza”.

[28] Acuerdo No. 168 de 2012.

[29] CPACA, art. 231.

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

[31] Sentencia T-463 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En esta providencia, la Corte analizó un caso en el cual la accionante demandó al Ejército Nacional por su exclusión de una convocatoria debido al incumplimiento de un requisito de estatura. Al respecto, puso de presente que se había presentado para ingresar a la institución como suboficial del cuerpo administrativo en la especialidad de sistemas y que en todos los exámenes había ocupado uno de los mejores puestos. Sin embargo y a pesar de haberle indicado que su tamaño no era un problema, fue rechazada al medir 1.48 metros. Al analizar el caso en concreto, esta Corporación concluyó que no existía relación entre tal requerimiento y la labor a desempeñar por la demandante, por lo que concedió el amparo solicitado.

[32] M.P. María Victoria Calle Correa.

[33] Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional.

[34] Ley 1562 de 2012, art. 1º.

[35] Sobre este punto, el artículo 12 del Acuerdo No. 168 de 2012 señala que: “Artículo 12. Funciones del empleo: 1. Realizar tareas y actividades de seguridad, custodia y vigilancia cumpliendo los servicios en garitas, pabellones, puestos de acceso y control, áreas comunes, remisiones, patrullas, detención y prisión domiciliaria, actividades de los grupos especiales del Instituto, conforme a los reglamentos y procedimientos. // 2. Custodiar, identificar y controlar a los internos en los establecimientos de reclusión, en pabellones, talleres, aulas y demás áreas comunes, durante el traslado de internos en remisiones locales, intermunicipales, en diligencias judiciales, hospitales, centros de salud y demás lugares donde deba ser conducido previa orden de autoridad competente, conservando en todo caso la vigilancia visual. // 3. Requisar razonable y proporcionalmente a las personas (internos, funcionarios, visitantes), vehículos (oficiales y particulares), paquetes, volumen de carga, instalaciones, elementos que se encuentren dentro del espacio penitenciario tendiente a lograr el decomiso de elementos y sustancias ilícitas, prohibidos o restringidos a la comunidad carcelaria y penitenciaria, dando curso inmediato de estos decomisos, a las autoridades administrativas y judiciales respectivas. // 4. Utilizar y maniobrar razonable, adecuada y proporcionalmente los elementos y bienes entregados en dotación, la estructura física de las instalaciones, los vehículos, equipo electrónico de seguridad, elementos coercitivos, de defensa y restrictivos, verificando su funcionamiento, cantidad, calidad y estado. // 5. Guardar la confidencialidad de la información a que tenga acceso por razones de su cargo, revelándolas solo por disposición legal o reglamentaria, cuando el cumplimiento del deber o las necesidades de la justicia se lo exijan. // 6. Proteger los derechos fundamentales de internos, visitantes y empleados para garantizar la vida, integridad personal, honra, bienes, creencias y libertades, dentro del marco de limitación legal que impone a los reclusos su condición de sindicado o condenado para la preservación del orden, la seguridad y la autoridad. // 7. Realizar ejercicios colectivos que mejoren o mantengan su capacidad física; participar en los entrenamientos que se programen para la defensa, orden y seguridad de los establecimientos de reclusión. // 8. Hacer parte de ceremonias internas o públicas para el realce de la institución; asistir a las conferencias y clases que eleven su preparación general o específica penitenciaria. // 9. Conducir los vehículos al servicio del INPEC, que implique las actividades de seguridad, custodia y vigilancia. // 10. Las demás que le sean asignadas por el jefe inmediato, de acuerdo con el área de desempeño del cargo”.

[36] Acuerdo No. 168 de 2012, art. 11.

[38] Artículo 10.

[39] Al respecto, se señala que: “Artículo 36. Examen médico y establecimiento de inhabilidades médicas. La presentación del examen médico, no constituye una prueba dentro del proceso de selección, sino un trámite previo para ingresar al curso. (...)”. “Artículo 38. Importancia y efectos del resultado del examen médico. (...) Los exámenes médicos practicados a cada aspirante no son una prueba dentro de la convocatoria, sino que constituyen un requisito para ingresar al curso de formación o complementación en la Escuela Penitenciaria Nacional del INPEC (...)”.

[40] “Artículo 36. Examen médico y establecimiento de inhabilidades médicas. (...) Con ocasión del examen médico, las inhabilidades médicas se encuentran reguladas en la Resolución No. 00305 del 6 de febrero de 2012 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-; la mencionada Resolución describe los exámenes médicos, que se aplicarán en el proceso de selección, como requisito indispensable por cumplir el aspirante, antes de ingresar a curso a la Escuela Penitenciaria Nacional del INPEC, lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 119, del Decreto 407 de 1994”.

[41] Expediente T-3.892.249, cuaderno 3, folio 47 a 49.

[42] Sobre el tema se puede consultar la siguiente página Web de la Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs311/es/>

[43] Expediente T-3.901.720, Cuaderno 1, folio 20.

[44] Cabe indicar que en los exámenes presentados por la Unión Temporal INPEC, obrantes a folios 88 y ss, sólo figura la proteinuria positiva como causal de exclusión. Sin embargo, en su respuesta, la CNSC también menciona que padece escoliosis.

[45] En un principio, este asunto había sido repartido al Juzgado Primero de Menores del Circuito de Pasto, pero el fallo de primera instancia fue declarado nulo por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad por falta de competencia.

[46] Esta autoridad judicial conoció en primera instancia de la causa tras un incidente que

declaró la nulidad del proceso debido a la falta de competencia del juez Primero de Menores del Circuito de Pasto, quién había proferido sentencia.

[47] Al igual que en otros asuntos, en este caso se declaró la nulidad del proceso a partir de la sentencia con fundamento en la carencia de competencia del juzgado Primero de Menores del Circuito de Pasto.

[48] Del mismo modo, en esta causa también se decretó la nulidad de las actuaciones surtidas por el Juzgado Segundo de Menores, a quién se le había repartido el asunto. Ello, debido a la falta de competencia en virtud de la naturaleza jurídica de una de las entidades accionadas: la Comisión Nacional del Servicio Civil, que corresponde al orden nacional.

[49] Para el caso la Unión Temporal INPEC.

[50] T-463 de 1996. Posición reiterada en la sentencia T-041 de 2011.

[51] De acuerdo a lo expuesto por la Comisión Nacional del Servicio Civil la “proteinuria positiva” se encontraba dentro de las inhabilidades por ser un indicador precoz de posible enfermedad renal o sistémica, que podía generar dificultades para utilizar el calzado reglamentario, conducir a la necesidad de imponer una dieta específica o limitar la magnitud de la actividad física.

[52] La Comisión Nacional del Servicio Civil indicó que se trata de problemas en la conducción del impulso eléctrico en el corazón.