

Acción de tutela de JUAN DAVID MEDINA OCHOA en nombre propio contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, Universidad Libre y la IPS SENSALUD INTEGRAL S.A.S.

Señor

JUEZ CIVIL MUNICIPAL (reparto)

E.

S.

D.

REFERECIA: ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE: JUAN DAVID MEDINA OCHOA

ACCIONADO: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL,
INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC
UNIVERSIDAD LIBRE
IPS SENSALUD INTEGRAL S.A.S

JUAN DAVID MEDINA OCHOA, mayor de edad, con domicilio en Bogotá Cundinamarca, portador de la cédula de ciudadanía No. C.C 1083926346 de Pitalito Huila, actuando en nombre propio, en ejercicio del derecho de tutela consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, por medio del presente escrito promuevo ante ese despacho **ACCIÓN DE TUTELA**, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, Universidad Libre y la IPS Sensalud Integral S.A.S. Con domicilios en Bogotá , a través de sus representantes legales o quien haga sus veces por la vulneración de los derechos fundamentales a la **igualdad, al trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos**, al excluirme del Proceso de Selección No. 1356 de 2019 Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC, por cuanto no cumplía con el “requisito de estatura mínima”

ACCIÓN U OMISIÓN QUE MOTIVA LA TUTELA

Considero que han sido vulnerados mis derechos esenciales a la igualdad, al trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos. Porque la Comisión Nacional del Servicio Civil, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, Universidad Libre y la IPS Sensalud Integral S.A.S., al excluirme del Proceso de Selección No. 1356 de 2019 Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC, por cuanto no cumplía con el “requisito de estatura mínima”

HECHOS

1. Se abrió la convocatoria para el Proceso de Selección No. 1356 de 2019 Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC.
2. La Universidad Libre, en el marco del Proceso de Selección No. 1356 de 2019 – INPEC Cuerpo de Custodia y Vigilancia, a través del Contrato No. 500 de 2020, desarrollará la etapa de Valoración Médica contemplada en el Acuerdo No. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019 y sus Anexos, modificado por el Acuerdo No. 20201000002396 del 7 de julio de 2020 y sus Anexos Modificatorios.

Acción de tutela de JUAN DAVID MEDINA OCHOA en nombre propio contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, Universidad Libre y la IPS SENSALUD INTEGRAL S.A.S.

3. Los exámenes médicos serán realizados por la IPS SENSALUD INTEGRAL S.A.S. con cobertura a nivel nacional, quien hará los procedimientos médicos a los aspirantes al empleo Dragoneante siguiendo los parámetros contemplados en el Profesiograma del INPEC para este cargo: Resolución No. 002141 del 09 de julio de 2018 "Por medio del cual se actualiza el Profesiograma, Perfil Profesiográfico y Documento de Inhabilidades Médicas Versión 4 para el empleo de Dragoneante, Versión 3 para los empleos de Inspector e Inspector Jefe"; al igual que las demás disposiciones que regulan la materia y aquellas expedidas en el marco de la emergencia sanitaria.
4. La CNSC y la Universidad Libre, enviaron una guía una vez inscriptos para orientarse sobre los procedimientos médicos, al igual que conocer las instrucciones y recomendaciones para la Valoración Médica.
5. El día 22 de octubre 2021, me presente a la primera valoración médica sin ningún inconveniente, la profesional de salud ocupacional, ese día estaba apurada por terminar los exámenes.
6. El día 10 de noviembre de 2021 notifican los resultados médicos donde aparece mi estatura de 1.62.
7. Dentro del término establecido, presente a través del SIMO, la reclamación, para presentar el segundo examen de salud ocupacional... Me presento al examen, la profesional de salud ocupacional, me toma medidas de estatura dándome una estura diferente a la del primer examen, la cual no publico.
8. Es decir en el transcurso de los exámenes de octubre a noviembre de 2021, la estatura ha variado o no sabe tomar las medidas o el metro o con que se toma las medidas esta dañado.
9. Se dio respuesta teniendo en cuenta el Contrato de Prestación de Servicios No. 500 de 2020 suscrito entre la Universidad Libre y la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo No. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, modificado por el Acuerdo 0239 del 7 de julio de 2020 (20201000002396), el Anexo No. 2, y su respectivo Modificadorio, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, a la Universidad Libre le corresponde dar respuesta a las reclamaciones presentadas por los aspirantes.

En algunos de sus aparte afirma que **La IPS Sensalud Integral SAS le efectuó segunda valoración médica, en la cual obtuvo concepto CON RESTRICCIÓN, por no cumplir la talla establecida en el profesiograma que rige la presente convocatoria, razón por la cual se ratifica que usted no continúa en el Proceso de Selección**, tal como se establece en el numeral 5.2, del mencionado Anexo, el cual dispone:

La valoración médica practicada a cada aspirante no es 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, el resultado de los exámenes médicos después de resueltas las reclamaciones, tendrá carácter de definitivo.

*El aspirante que obtenga calificación definitiva de **CON RESTRICCIÓN** en la Valoración Médica, será excluido del proceso de selección en esa instancia" (Subrayado propio).*

10. Por lo que traigo a colación **SENTENCIA DE TUTELA 2ª INSTANCIA N° 018 RADICACIÓN: 660013187001 2019 00151 01** lo manifestado "La inadmisión al concurso tuvo por fuente una valoración médica imprecisa que no consultó ni se ajusta a las reglas establecidas, en este caso las únicas dos nociones viables (APTO o NO APTO, no admite ninguna otra)...; y, de ese modo, se aprecia una afectación sustancial al debido proceso administrativo. No podía en consecuencia la declaratoria de exclusión declarar que el participante es NO APTO, cuando por ninguna parte el concepto médico utiliza esa expresión.

Acción de tutela de JUAN DAVID MEDINA OCHOA en nombre propio contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, Universidad Libre y la IPS SENSALUD INTEGRAL S.A.S.

11. En la respuesta a la reclamación en unos de sus partes dice:

“La Comisión Nacional del Servicio Civil recomienda que el interesado que no cumpla con los estándares de estatura mínima y máxima aquí precisados, no se inscriba en el proceso, so pena de ser excluido (Subrayado propio).”

La Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad libre están discriminando en el proceso de selección a la convocatoria, a pesar de que en la sentencia T-1266/08, la Corte Constitucional estudió un caso con las mismas circunstancias fácticas y de derecho, y advirtió que las entidades accionadas deben abstenerse de realizar conductas discriminatorias dentro de los requisitos de las convocatorias que realizan.

OBJETO DE LA TUTELA

Pretende el accionante que se le tutelen sus derechos fundamentales por la vulneración de los derechos fundamentales a la **igualdad, al trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos**. Para que sean restablecidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, Universidad Libre y la IPS Sensalud Integral S.A.S.

PROCEDENCIA Y LEGITIMIDAD

Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Así mismo, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando *“el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa”*. En la misma norma, se establece que la legitimación por activa para presentar la tutela se acredita: (i) en ejercicio directo de la acción; (ii) por medio de representantes (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) a través de apoderado judicial; y (iv) utilizando la figura jurídica de la agencia oficiosa.

Legitimación pasiva

Siguiendo lo establecido por la ley y la jurisprudencia constitucional, la legitimación pasiva en la acción de tutela se refiere a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, a efectos de que sea llamada a responder por la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales. En principio, la acción de tutela fue dispuesta y diseñada para los casos de violación o amenaza de los derechos fundamentales de las personas por parte de agentes estatales o de servidores públicos. Dentro de esta comprensión el inciso primero del artículo 86 señala que procede la acción de tutela cuando los derechos fundamentales *“resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”*. En concordancia, el amparo procede en contra de autoridades públicas; y, de manera excepcional, en contra de particulares.

En lo que respecta a la CNSC, contra la cual se dirige la presente acción de tutela, esta es una entidad pública de origen constitucional con capacidad para ser parte. Además, tiene dentro de sus funciones la de establecer los reglamentos y lineamientos generales para el desarrollo de los procesos de selección para la provisión de empleos de carrera. Por lo tanto, la CNSC se encuentra legitimada en la causa por pasiva dentro del proceso de la referencia en concordancia con los artículos 86 Superior y el 5º del Decreto 2591 de 1991.

En relación con el INPEC, ésta es una entidad pública de origen legal con capacidad para ser parte. En consecuencia, se encuentra legitimada en la causa por pasiva para actuar en este proceso. En cuanto a la Universidad libre y la IPS SENSALUD INTEGRAL S.A.S, se tiene que: (i) la primera es una institución educativa superior que suscribió contrato con la CNSC con el objeto de “*desarrollar desde la etapa de verificación de requisitos mínimos hasta la consolidación de la información para la publicación de convocados a curso*” para el cargo de dragoneantes del INPEC. En cumplimiento del contrato, participó en la etapa de valoración médica del concurso y le correspondió resolver las reclamaciones de los aspirantes frente a los resultados de la misma; (ii) la segunda, por su parte, es una entidad con personería jurídica de derecho privado.

Que participó del desarrollo del Proceso de Selección No. 1356 de 2019 Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC, para lo cual realizó labores de obtención y consolidación de los datos de la etapa de valoración médica de los aspirantes. De esta manera, en ambos casos se cumple con lo establecido en el numeral 8º del artículo 42 del Decreto 2591, el cual señala que “(1) *a acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: [...] 8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas]*”, por lo que también se encuentran legitimadas en la causa por pasiva.

Las accionadas se encuentran legitimadas en la causa por pasiva, no solo por su naturaleza o tipo de funciones, sino además porque ellas, presuntamente, vulneraron los derechos del accionante, lo cual las convierte en una parte en el proceso, el cual, con fundamento el derecho al debido proceso, concibió oportunidad procesal para que se presentara la respectiva respuesta por parte de las accionadas.

Inmediatez

Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de sus derechos fundamentales.

Subsidiariedad

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en que sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia definitiva del amparo de tutela en aquellas situaciones en las que, existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos o eficaces para evitar la vulneración del derecho fundamental.

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

Lo anterior, en virtud de la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, por lo que, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo deberá acudir a las acciones que para tales fines existen ante la jurisdicción contenciosa administrativa. No obstante, esta Corporación también ha indicado que hay, al menos, dos excepciones a la regla antes descrita, a saber: **(i)** cuando la persona afectada no cuente con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales; y **(ii)** cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

De esta manera, cuando se trate de controvertir actos administrativos que determinan criterios referentes a la apariencia, situación o estado físico y de salud de un aspirante, como es el caso del concurso de méritos del INPEC a cargo de la CNSC, el asunto debe ser analizado de otra manera, pues el efecto concreto de dichas normas de carácter general y, por ende, del acto particular del cual emanan, podría afectar la situación específica de determinadas personas, específicamente en lo que tiene que ver con la vigencia y protección de sus derechos fundamentales. Más aún, en la sentencia T-547 de 2017, la Corte Constitucional reiteró el precedente jurisprudencial expuesto en las sentencias T-785 de 2013, donde concluyó:

“(l) os mecanismos ordinarios de defensa judicial, esto es, la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho junto con la suspensión provisional de los actos como medida cautelar, previstos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no son adecuados para resolver las implicaciones constitucionales”

La vía gubernativa y el contencioso administrativo como remedios judiciales, estos no son los conducentes para proteger de manera efectiva los derechos del peticionario, pues, como ha sido establecido de manera reitera por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, *“la vía contencioso administrativa no es el mecanismo idóneo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en concursos de méritos”*.

FUNDAMENTOS JURIDÍCOS

Teniendo en cuenta los hechos descritos anteriormente considero que se ha vulnerado el principio de Estado social de derecho en mi caso toda vez que se han desconocido los principios estructurales que soportan nuestra Constitución Política, como son por la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la dignidad humana, la integridad personal, la protección social y a la igualdad, entre otros así:

CONTITUCION 1991

El artículo 13 de la Constitución de 1991, establece que “[t]odas 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 7 del artículo 40 del Texto Superior, dispone que: “[Todo ciudadano tendrá derecho a] acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (...)”.

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.

La Corte Constitucional:

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 el cumplimiento de tales exigencias en los *cursos-concursos* que se desarrollen su consagración no transgrede el ordenamiento constitucional, siempre y cuando tengan una relación con la función a desempeñar por la persona.

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”⁴⁸, siempre que –como ya se dijo– guarden relación con las labores del cargo.

Ley 1562 de 2012

Definió como uno de los componentes de la salud ocupacional, “(...) *la prevención de las lesiones y enfermedades causadas por las condiciones de trabajo* (...)”⁵¹; 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.

JURISPRUDENCIA

Sentencia T-045 de 2011

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*”.

Al *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.

SENTENCIA DE TUTELA 2ª INSTANCIA N° 018
RADICACIÓN: 660013187001 2019 00151 01
ACCIONANTE: JORGE ANDRÉS QUINTERO LLANOS

TEMAS: CONCURSO DE MÉRITOS / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / VALORACIÓN MÉDICA IMPRECISA / FUNDAMENTO ERRADO PARA LA EXCLUSIÓN DEL CONCURSO / SE CONCEDE EL AMPARO.

En el caso sometido a estudio el actor solicitó la protección de sus derechos fundamentales al trabajo e igualdad, en concordancia con el principio del mérito, por cuanto fue excluido del proceso de selección en atención a que la valoración que emitió el médico arrojó como resultado APTO CON RESTRICCIÓN para desarrollar las actividades de dragoneante por su estatura - 1.65 m...

Ahora, aunque la tutela en principio no está llamada a prosperar, como quiera que el accionante se muestra inconforme es con el acto administrativo expedido por el INPEC en el cual se reglamenta el rango de estatura para aquellas personas que desean ingresar al cargo de dragoneantes, en cuyo caso cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, si aprecia esta Corporación que existe una anomalía en el proceso de valoración del señor Jorge Quintero que amerita un pronunciamiento de fondo por parte del Juez de Tutela. (...)

... el Acuerdo 2018000006196, en su artículo 45 -IMPORTANCIA Y EFECTOS DEL RESULTADO DE LA VALORACIÓN MÉDICA-, indica: “La capacidad médica y psicofísica de los aspirantes a ingresar como alumno de la Escuela Penitenciaria Nacional, se califica bajo los conceptos de APTO y NO APTO.

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

Será calificado NO APTO el aspirante que presente alguna alteración médica, según el Profesiograma del Empleo de Dragoneante establecido por el INPEC, razón por la cual será excluido del proceso de selección”. (...)

La inadmisión al concurso tuvo por fuente una valoración médica imprecisa que no consultó ni se ajusta a las reglas establecidas, en este caso las únicas dos nociones viables (APTO o NO APTO, no admite ninguna otra)...; y, de ese modo, se aprecia una afectación sustancial al debido proceso administrativo. No podía en consecuencia la declaratoria de exclusión declarar que el participante es NO APTO, cuando por ninguna parte el concepto médico utiliza esa expresión.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, diecisiete (17) de febrero de dos mil veinte (2020)

Acta de Aprobación N° 113

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por el ciudadano **JORGE ANDRÉS QUINTERO LLANOS**, contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Rda.), a consecuencia de la acción de amparo promovida contra la Comisión Nacional del Servicio Civil -en adelante CNSC- y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -en adelante INPEC-

2.- DEMANDA

Lo sustancial de los hechos que plantea el señor **QUINTERO LLANOS** se pueden sintetizar así: (i) prestó servicio militar en el INPEC y desempeñó sus funciones de vigilancia y control de forma idónea, destacándose por su buen comportamiento y compromiso con las labores asignadas; (ii) la CNSC por medio de la convocatoria No 800 del año 2018 dio comienzo al proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera administrativa en el INPEC, concretamente en el cargo de “dragoneante”; (iii) aprobó las pruebas de personalidad y estrategias de afrontamiento, prueba física y atlética; (iv) en el mes de octubre de 2019 presentó los exámenes médicos; sin embargo, el concepto médico arrojó el siguiente resultado: “paciente en buenas condiciones generales, hemodinámicamente estable con talla de 1.60 mt (medido descalzo y en tallímetro de pares) la cual no cumple con la talla definida mínima para los hombres que es de 1.66 mt, por lo que se conceptúa apto con restricciones”; (v) por lo anterior, en noviembre 20 de 2019 presentó reclamación ante la CNSC por cuanto su estatura corresponde a 1.65m; y (vi) en noviembre 28 de 2019 nuevamente es valorado y el concepto del médico arrojó como resultado “apto con restricción” por talla inferior a 1.66m.

Pide se ordene a la CNSC y al INPEC lo admitan en el proceso de selección con el fin de poder concluir con las etapas del concurso.

3.- TRÁMITE Y FALLO

3.1.- Recibida la demanda, el despacho la admitió y corrió traslado a la CNSC e INPEC, y vinculó oficiosamente a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA. Las accionadas se pronunciaron de la siguiente manera:

- *El líder del procesos de reclamaciones del INPEC* solicitó se ordene el archivo del expediente, toda vez que no existe vulneración de derechos fundamentales, y argumentó que el aspirante al momento de inscribirse aceptó la totalidad de las reglas de la convocatoria tal y como lo establece el numeral 7 del artículo 9 del acuerdo 20181000006196 de 2018. Se evidencia que el accionante presenta una inhabilidad para prestar el servicio en el INPEC, toda vez que el artículo 47 del referido acuerdo señala que la estatura mínima y máxima de los aspirantes hombres, de conformidad con la Resolución No 002141 de julio 09 de 2018 del INPEC, es de 1.66m –mínima- y 1.98m –máxima-.

Acción de tutela de **JUAN DAVID MEDINA OCHOA** en nombre propio contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, Universidad Libre y la IPS SENSALUD INTEGRAL S.A.S.

Revisada la valoración médica del señor **JORGE QUINTERO** de fecha diciembre 10 de 2019, se observa que no cumple las directrices del acuerdo, y el resultado del examen es NO APTO para el cargo.

El apoderado judicial de la CNSC solicitó se declare improcedente la acción de tutela, toda vez que no existe vulneración de derechos fundamentales, y señaló que el accionante tiene a su disposición los medios de control de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho, previstos en la ley 1437/11. En el presente caso no se demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama, y no existe un perjuicio irremediable.

La Universidad de Pamplona como operador logístico para llevar a cabo cada una de las etapas de la convocatoria 800 y 801 del INPEC, contrató con la IPS MEDICARE S.A.S para que realizara la valoración médica de los aspirantes que estaban concursando, por consiguiente el accionante fue valorado por dicha entidad y el concepto fue NO APTO, ya que el aspirante presenta una inhabilidad por estatura, motivo por el cual fue excluido del concurso. Y las peticiones que realizó el accionante contra dicho concepto fueron resueltas de fondo.

3.2.- Vencido el plazo constitucional, el a quo mediante sentencia de enero 02 de 2020 declaró improcedente la acción de tutela ante la existencia de otro u otros mecanismos de defensa judicial que están al alcance del accionante.

4.- IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión el accionante la impugnó y argumentó que en noviembre 20 de 2019 presentó reclamación ante la CNSC, toda vez que la estatura no debe ser una limitante para poder acceder al empleo y menos teniendo en cuenta que prestó el servicio militar en el INPEC, sin que para ese entonces su estatura fuera un impedimento para realizar las labores que se le designaron.

Para el cargo que se inscribió cumple con el perfil que se requiere, y goza de la experiencia en el desempeño de las funciones adquiridas durante el tiempo que prestó el servicio militar.

Por lo anterior, la acción de tutela es el único medio judicial con el que cuenta para solicitar la protección efectiva de sus derechos fundamentales, toda vez que se configura un acto de discriminación que por un centímetro de estatura se considere no apto para un cargo público, sin que exista ningún tipo de justificación técnica o científica que diga que con 1.65m de estatura no va cumplir las funciones.

Si bien el concurso es una mera expectativa por cuanto no ha superado las demás etapas del mismo, si existe una vulneración del derecho al trabajo y a ocupar cargos públicos. En la sentencia T-1266/08, la Corte Constitucional estudió un caso con las mismas circunstancias fácticas y de derecho, y advirtió que las entidades accionadas deben abstenerse de realizar conductas discriminatorias dentro de los requisitos de las convocatorias que realizan.

Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia; y en consecuencia se ordene a la CNSC e INPEC ser admitido en el proceso de selección y se le permita concluir las etapas del concurso.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Rda.), acorde con las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591/91 y 1º del Decreto 1382/00, modificado por los Decretos 1069/15 y 1983 de 2017.

5.1.- Problema jurídico planteado

Corresponde al Tribunal establecer el grado de acierto o desacierto contenido en el fallo opugnado, en cuanto declaró improcedente la acción de tutela. De conformidad con el resultado, se procederá a tomar la determinación pertinente: ^{ya} sea convalidándolo, modificándolo o revocándolo, según se desprende de lo pedido por el recurrente.

5.2.- Solución a la controversia

La acción de tutela ha sido por excelencia el mecanismo más expedito en materia de protección de derechos fundamentales, gracias a ella el Estado Colombiano logró optimizarlos y hacerlos valer a todas las personas sin discriminación alguna.

En el caso sometido a estudio el actor solicitó la protección de sus derechos fundamentales al trabajo e igualdad, en concordancia con el principio del mérito, por cuanto fue excluido del proceso de selección en atención a que la valoración que emitió el médico arrojó como resultado APTO CON RESTRICCIÓN para desarrollar las actividades de dragoneante por su estatura -1.65m-, como quiera que el artículo 47 del Acuerdo 201800006196 de 2018 y en la resolución No 002141 de julio 09 de 2018 del INPEC, se dispuso el siguiente rango: (i) hombres mínima 1.66m y máxima 1.98m; y (ii) mujeres mínima 1.58m y máxima 1.98m.

Ahora, aunque la tutela en principio no está llamada a prosperar, como quiera que el accionante se muestra inconforme es con el acto administrativo expedido por el INPEC en el cual se reglamenta el rango de estatura para aquellas personas que desean ingresar al cargo de dragoneantes, en cuyo caso cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, si aprecia esta Corporación que existe una anomalía en el proceso de valoración del señor **JORGE QUINTERO** que amerita un pronunciamiento de fondo por parte del Juez de Tutela. Veamos:

En efecto, de la información que se arrió al dossier se observa que el señor **JORGE QUINTERO** se postuló para la Convocatoria Pública No 800 de 2018, por medio de la cual se convocó a concurso de méritos para proveer los cargos de dragoneantes del INPEC, y presentó las etapas de prueba de estrategias y afrontamiento, de personalidad y prueba físico-atlética; empero, en la valoración médica que hace parte del proceso, el galeno en la revaloración conceptuó que el participante es: “apto con restricción por talla inferior a 1.66m”, toda vez que registra una talla de “1.61m con medio centímetro”¹.

En este caso particular, las reglas del concurso se deben ceñir no solo al Acuerdo 201800006196 y a la resolución No 002141, sino también al “Profesiograma Dragoneante Versión 4.0 2017” expedido por la Compañía de Seguros POSITIVA, el cual sobre la capacidad médica y psicológica de los aspirantes, señala que se deben calificar bajo los conceptos de APTO o NO APTO.

El “Profesiograma Dragoneante” en la página 40, señala: “Dentro de las disposiciones de estas resoluciones se establecen los criterios médicos, físicos y psicológicos por los que se considera no apto a un candidato para desarrollar la carrera dentro de la entidad, así como las enfermedades, procedimientos y condiciones generales por las que se considera rechazar a un candidato”.

Acción de tutela de JUAN DAVID MEDINA OCHOA en nombre propio contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, Universidad Libre y la IPS SENSALUD INTEGRAL S.A.S.

Por su parte el Acuerdo 2018000006196, en su artículo 45 -IMPORTANCIA Y EFECTOS DEL RESULTADO DE LA VALORACIÓN MÉDICA-, indica: “La capacidad médica y psicofísica de los aspirantes a ingresar como alumno de la Escuela Penitenciaria Nacional, se califica bajo los conceptos de APTO y NO APTO.

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

Será calificado NO APTO el aspirante que presente alguna alteración médica, según el Profesiograma del Empleo de Dragoneante establecido por el INPEC, razón por la cual será excluido del proceso de selección”.

En ese orden de ideas, se puede concluir que los resultados de la valoración médica solo pueden arrojar uno de estos dos resultados APTO o NO APTO.

La administradora del concurso excluyó del proceso al actor con el argumento de ser NO APTO para el cargo, pero se observa que el concepto del galeno no arrojó esa conclusión, porque lo que determinó textualmente fue: “APTO CON RESTRICCIÓN por talla inferior a 1.66m”. Así las cosas, surge el siguiente interrogante: ¿el concepto de APTO CON RESTRICCIÓN se debe entender cómo APTO o como NO APTO?

Estamos a no dudarlo en presencia de un concepto ambiguo porque APTO CON RESTRICCIÓN se puede entender en ambos sentidos según la conveniencia de cada parte involucrada. E incluso se trata de un término equívoco, porque puede dar a entender que la persona sí puede ejercer el cargo pero con ciertas restricciones atendiendo la deficiencia física que presenta. De ese modo surgiría este otro interrogante: ¿el actor es apto, pero presenta una restricción para desarrollar la actividad como dragoneante, de ser así, en qué ámbito de esa actividad?

Sea como fuere, la inadmisión al concurso tuvo por fuente una valoración médica imprecisa que no consultó ni se ajusta a las reglas establecidas, en este caso las únicas dos nociones viables (APTO o NO APTO, no admite ninguna otra) según el “Profesiograma Dragoneante” y el Acuerdo de Convocatoria para el desarrollo de la carrera de Dragoneante; y, de ese modo, se aprecia una afectación sustancial al debido proceso administrativo. No podía en consecuencia la declaratoria de exclusión declarar que el participante es NO APTO, cuando por ninguna parte el concepto médico utiliza esa expresión.

Y tal situación debía quedar totalmente clara tanto para la CNSC, el INPEC y el participante, máxime cuando el mismo Acuerdo de la convocatoria en el inciso tercero del artículo 49 establece que en contra de esa actuación no procede recurso alguno, como quiera que textualmente se expresa: “Ante la decisión que resuelve la reclamación contra el resultado de la Valoración Médica, no procede ningún recurso”. En tan particulares circunstancias, no queda duda que el concepto médico, que para el caso es determinante, debe ser diáfano.

Sobre la protección del derecho fundamental al debido proceso en convocatorias para proveer cargos públicos, en especial en el proceso de valoración, la Corte Constitucional en la sentencia T 441/17 sostuvo:

“Con base en tal consideración, la Sala Cuarta de Revisión tuteló los derechos fundamentales invocados por el accionante al debido proceso y al acceso y ejercicio de cargos públicos y, en consecuencia, ordenó a la CNSC (i) readmitir al actor al proceso de selección, (ii) le realice nuevamente los exámenes médicos exigidos en el concurso y, (iii) si su resultado le es favorable y cumple con los demás requisitos exigidos, proceda a inscribirlo en la lista de elegibles.

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

Así las cosas, y al existir serias dudas acerca de cuál es la verdadera conclusión del médico en su concepto, como situación que desde luego no puede apreciarse en desfavor del accionante, se procederá a revocar la decisión adoptada por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Rda.) que declaró improcedente la acción de tutela, para en su lugar proteger el derecho fundamental al debido proceso del señor **QUINTERO LLANOS**; en consecuencia, se ordenará a la CNSC y al INPEC, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la sentencia, requiera al médico que emitió el concepto de aptitud ocupacional con el fin de que aclare el informe y lo ajuste a las disposiciones del Acuerdo 2018000006196 y del “Profesiograma Dragoneante”, es decir, bajo los conceptos de APTO o NO APTO. Igualmente, se ordenará a la CNSC que una vez el médico proceda con la aclaración respectiva, se enteré al accionante en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

FALLA

PRIMERO: SE REVOCA la sentencia adoptada por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Rda.), y en su lugar **SE TUTELA** el derecho fundamental al debido proceso del señor **JORGE ANDRÉS QUINTERO LLANOS**.

SEGUNDO: SE ORDENA a la CNSC y al INPEC, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la sentencia, requiera al médico que emitió el concepto de aptitud ocupacional con el fin de que aclare el informe y lo ajuste a las disposiciones del Acuerdo 2018000006196 y del “Profesiograma Dragoneante”, es decir, bajo los conceptos de APTO o NO APTO. Igualmente se ordena a la CNSC que una vez el médico proceda con la aclaración, se enteré al accionante en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

TERCERO: Por secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Acción de tutela de JUAN DAVID MEDINA OCHOA en nombre propio contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, Universidad Libre y la IPS SENSALUD INTEGRAL S.A.S.

Los Magistrados, **JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE, JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ, MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

PRETENSIONES

Solicitó de manera respetuosa al Honorable Juez de Tutela me ampare los Derechos Fundamentales antes descritos en especial **igualdad, al trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos**. Por la Comisión Nacional del Servicio Civil, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, Universidad Libre y la IPS Sensalud integral S.A.S, es por esta razón que solicito al Honorable Juez ordenar lo siguiente, así:

1. Que se tengan en cuenta los precedentes judiciales y diferentes fallos que anteriormente antepongo ante su señoría, que se encuentran relacionados con los hechos narrados.
2. De manera respetuosa solicitó al señor Juez de tutela, ampare los principios antes descritos en especial a la **igualdad, al trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos**, los cuales han sido vulnerados flagrantemente por la Comisión Nacional del Servicio Civil, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, Universidad Libre y la IPS Sensalud Integral S.A.S.
3. Que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC ,Universidad Libre y la IPS Sensalud Integral S.A.S , que *“proceda a modificar el resultado de No apto, por el de APTO y por lo tanto se permita continuar con las restantes pruebas del Proceso de Selección No. 1356 de 2019 Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC*
4. De manera subsidiaria solicita que se le ordene a la accionada que *“emita concepto médico técnico científico que justifique la imposibilidad que tiene la (sic) aspirante por sus condiciones físicas para ejercer las funciones del cargo y en ese sentido tener una decisión susceptible de ser demandada”*.
5. Que en caso que su despacho no sea competente de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se dé el trámite de la Acción de Tutela a la autoridad competente.
6. Las demás que el Honorable Juez considere pertinentes y sean necesarias y conexas con las anteriores, para garantizar mis derechos Constitucionales y Legales.

Acción de tutela de JUAN DAVID MEDINA OCHOA en nombre propio contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, Universidad Libre y la IPS SENSALUD INTEGRAL S.A.S.

Las demás que el señor juez considere pertinentes, útiles, necesarias y conexas con las anteriores.

MANIFESTACIÓN JURÍDICA

Para los efectos de que trata los artículos 37 y 38 del Decreto 2591 de 1.991, manifiesto bajo juramento que, con anterioridad a esta acción no he promovido acción similar por los mismos hechos.

COMPETENCIA

Es usted competente señor Juez, El artículo 86 de la Constitución, señala que las acciones de tutela pueden ser interpuestas ante cualquier juez y el 37 **Primera instancia**. [Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1834 de 2015](#), del Decreto 2591 de 1991, prevé la competencia territorial de las acciones de tutela. En razón de la Naturaleza del asunto y lugar de concurrencia de los hechos y vulneración fundamentales que motivo la presente Acción de Tutela.

PRUEBAS

DOCUMENTALES:

1. Copia de mi cedula de ciudadanía.
2. Copia de la Guía de orientación del aspirante, valoración médica.
3. Copia del consentimiento informado con todos sus soportes.
4. Copia de la reclamación.

DE OFICIO

1. Solicito al señor Juez que se oficie a la Comisión Nacional del Servicio Civil, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, Universidad Libre y la IPS Sensalud Integral S.A.S, si en algún momento realizaron charlas, conferencias, acta donde se le manifestaban o se le recomendaba al interesado que no cumpliera con los estándares de estatura mínima y máxima, no se inscribiera en el proceso para evitar ser excluido, a pesar de que es discriminatorio y que lo menciona en la contestación de la reclamación, porque también estaría vulnerando un derecho fundamental.
2. Solicito al señor juez que se oficie a la IPS Sensalud integral S.A.S por intermedio de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre, con el fin de que aporte el primer examen donde su estatura que dio fue 162 y el segundo examen fue de 165 y se le pregunte cual es el mecanismo o con que elemento hace la medición de la estatura.

NOTIFICACIONES

- La entidad accionada puede ser notificada:
 1. La CNSC, la cual será, en la página web www.cnsc.gov.co y/o enlace SIMO.
 2. Teléfono fijo en Bogotá (601) 3821115 en el horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 5:00 p.m.
 3. Escribir al correo electrónico callcenterinpec@unilibre.edu.co

El suscrito recibirá notificación en la calle 38 C sur # 97-11 barrio ciudad Galán; Bogotá Cundinamarca; correo electrónico, juandavidcho456@gmail.com ;celular 3178256664

Atentamente;



JUAN DAVID MEDINA OCHOA
CC. 1083926346 de Pitalito Huila

Anexo: Copia de mi cedula de ciudadanía, Copia de la Guía de orientación del aspirante, valoración médica, Copia del consentimiento informado con todos sus soportes, Copia de la reclamación en cincuenta y tres (53) folios.