

Señor

JUEZ MUNICIPAL DE MANIZALES (Reparto)

E. S. D.

Referencia: **ACCIÓN DE TUTELA**

Accionante: **JUAN DIEGO FRANCO TABARES**

Accionados: **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO SOCIAL Y EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC.**

NATALIA ANDREA GIRALDO ARIAS Mayor de edad y vecina de esta ciudad, abogada en ejercicio, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando en calidad de apoderada del Señor **JUAN DIEGO FRANCO TABARES**, persona mayor identificado con la cédula de ciudadanía N° **1.053.869185 de Manizales--Caldas** y vecino de esta ciudad, quien actúa en condición de perjudicado directo, comedidamente manifiesto a Usted que mediante el presente escrito entabló acción de tutela para protección de los derechos fundamentales **13; todas las personas nacen libres e iguales frente a la ley, y 29; el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas**, acción que se dirige en contra las entidades; **Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC, en la ciudad de Bogotá y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC.** domiciliada en esta ciudad.

HECHOS

1. El 5 de febrero del año 2021, el señor Juan Diego Tabares Franco, se presentó a la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC, la Convocatoria abierta No. 2020 con el fin de proveer de manera las vacantes del cargo de Dragoneante del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante INPEC).

2. Para tal fecha el señor, **JUAN DIEGO FRANCO TABARES**, se presentó para estas convocatorias; realizándose todos los exámenes médicos que son requisito para aspirar al cargo de Dragoneante en el **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC**.

3. Se inscribió al concurso mediante la plataforma digital dispuesta para ello **“confiando en la aplicación y respeto pleno de las reglas que rigen este concurso”**.

4. El accionante prestó su servicio militar obligatorio como (**Reservista-Auxiliar Bachiller en las Fuerzas Militares Ejército Nacional**) de acuerdo con la tarjeta de reservista de primera clase; año 2019.

5. Que se considera que al tener la condición de reservista de primera clase y haber prestado servicio militar como reservista, en las Fuerzas Militares Ejército Nacional, **“resulta absolutamente contrario que se haya adoptado para ese cargo que tienen idénticas funciones a las de dragoneante del INPEC y ahora se quiere limitar el acceso público por razón desproporcionada”**.

6. Que se presentó a las pruebas del concurso, posicionándose dentro de los 150 mejores puntajes de los concursantes postulados para ocupar el cargo de dragoneante.

7. Que el accionante si presentó dentro de los términos el certificado de vacunas de hepatitis A con fecha del 16/11/2021.

8. Así mismo, entre las normas que regulan dicha convocatoria se encuentra con el número 2020 y con fecha de 05 de febrero de 2021 **“que adopta la tercera versión del profesiograma para el cargo de dragoneante del INPEC, cuyo propósito es establecer de manera técnica y científica las inhabilidades médicas para el cumplimiento de las funciones de este cargo”**. **El profesiograma se integra con un documento denominado Inhabilidades Médicas que permite determinar la existencia de una inhabilidad.**

9. El señor JUAN DIEGO FRANCO TABARES, superó requisitos tales como las pruebas de valores, psicológicas, clínica, físico atlética y entrevista. No obstante, en relación con la valoración médica, el resultado fue diferente, en el entendido de haber sido catalogado como “No apto” para desempeñar el cargo, por presentar inhabilidad en relación con su talla.

10. Los resultados de los exámenes del señor JUAN DIEGO FRANCO TABARES, según de la valoración médica “no cumplen con los requisitos del PROFESIOGRAMA, porque no se encuentra clara la definición de la inhabilidad, que podría ser DEFICIENCIA DEL CRECIMIENTO, se desconocen las causas, no se establece al fisiopatología, no se evidencia manifestaciones clínicas porque todos los demás exámenes de valoración médica descartan cualquiera de ella y por lo tanto es imposible encontrar una justificación razonable que demuestre la imposibilidad de que no pueda cumplir con las funciones de un cargo de **dragoneante del INPEC**”.

11. Además, su inhabilidad “no obedece a razones médicas, sino a circunstancias derivadas de su edad y/o familiar, ya que proviene de familia de bajo tallaje.

12. Que con todas razones expuestas donde se demuestra que las condiciones físicas analizadas de manera integral, más las condiciones psíquicas, capacidades y aptitudes demostradas a lo largo de todo el concurso, por el señor JUAN DIEGO FRANCO TABARES, no podrían impedir el cumplimiento de las funciones del cargo de dragoneante del INPEC”.

ARGUMENTOS JURÍDICOS

A través del presente amparo constitucional, el accionante solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, los cuales considera vulnerados por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en tanto que fue excluido del proceso de selección para ocupar

el cargo de Dragoneante en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–.

Se tiene como prueba en la tutela, que la exclusión del accionado tuvo origen a partir de la declaratoria de “NO APTO” por “TALLA BAJA” con ocasión de la expedición del resultado del examen médico realizado al accionante como parte del proceso de la Convocatoria No 2020 de 2021, efectuada por el extremo pasivo de la presente acción de tutela.

- 1) Como ut supra fue descrito, el artículo 40 de la indicada Convocatoria, señaló como requisito para participar en el concurso para proveer los cargos de Dragoneante en el INPEC, una estatura mínima de 1.66 para hombres. Tal actuación, a juicio de la entidad accionada, se funda en atención al profesiograma adoptado como consecuencia de la exigencia establecida por la Corte Constitucional en sentencia T-1266 de 2008, la cual determinó que las limitaciones exigidas a los participantes para ejercer el cargo de Dragoneante, particularmente en torno a la estatura, deberá obedecer a una relación razonable que permita la existencia de tales disposiciones.*
- 2) Ahora bien, la Comisión Nacional del Servicio Civil allegó al expediente la Resolución No 00035 del 6 de febrero de 2012, “por la cual se adopta el Profesiograma e Inhabilidades Médicas para el empleo de Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, al igual que el anex relacionado con el estudio de la estatura de los participantes en el proceso de selección ampliamente descrito.*
- 3) Una vez observado el material probatorio aportado, al igual que la doctrina jurisprudencial sobre la materia, la Sala observa que si bien la CNSC atendió los requerimientos lógicos establecidos por dicha Corporación, los mismos no obedecen a un criterio lo suficientemente válido y racional que le permita a la entidad, establecer límites a las y los participantes para concursar en el proceso de selección con el propósito de acceder al cargo de Dragoneante en la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

4) Los estudios adoptados por la Comisión Nacional del Servicio Civil en torno a la estatura de las y los participantes como parte del perfil profesiográfico se encaminan en demostrar, a través de investigaciones antropométricas, las estaturas promedio de los individuos acentuados en el territorio nacional, fundamentados en variables culturales y naturales del origen y la evolución del ser humano, los cuales, según el estudio, pueden variar de acuerdo a la raza, edad, sexo, actividad y cultura, de las cuales se desprenden ciertas diferencias. Igualmente, el estudio centra su atención en determinar un análisis histórico de la estatura promedio de los colombianos, particularmente los nacidos entre los años de 1910 y 1985, situación que llevó a concluir el siguiente cuadro diferencial:

<i>TABLA 1</i>		
<i>Promedio estatura (centímetros) por estratosocioeconómico</i>		
<i>ESTRATO</i>	<i>HOMBRES</i>	<i>MUJERES</i>
<i>Bajo - Bajo</i>	<i>166</i>	<i>158,3</i>
<i>Bajo</i>	<i>168</i>	<i>153,9</i>
<i>Medio</i>	<i>172</i>	<i>159,9</i>
<i>Alto</i>	<i>176,4</i>	<i>163,5</i>

Fuente. ORDOÑEZ, Antonio y POLANIA, Doris, "La estatura y el desarrollo económico y social en Colombia"

Bajo ese contexto, y en atención a lo descrito en los puntos precedentes, la Sala no comprende como un análisis de la talla de la población puede convertirse en una justificación objetivamente razonable que consienta la adopción de medidas abiertamente discriminatorias y desiguales para quienes desean ocupar cargos en el sector público, concretamente, en el INPEC.

- 5) En ese orden de ideas, cuando la diferencia de trato obedece a una condición propia del ser humano, en este caso la estatura, naturaleza que se obtiene por un procedimiento natural como lo es el nacimiento, es claro que la o el ciudadano no tuvo oportunidad de elegir cuál será su talla, el color de sus ojos, el color de su pelo, etc, toda vez que es la propia naturaleza la encargada de definir los prototipos mediante los cuales toman vida a partir del proceso de fecundación.*
- 6) Ahora bien, la misma Corte Constitucional, efectivamente consiente la facultad de los entes privados y públicos en establecer limitaciones para el acceso a diferentes cargos, **siempre y cuando** la motivación sea altamente racional y objetivamente válida, momento en el cual asume la carga de la prueba que justifique su actuación, de lo contrario se mantendrá la presunción de un trato discriminatorio, como ocurre en el sub lite. En todo caso, el trato desigual es aceptado si el mismo promueve la igualdad de las personas ubicadas en un plano de desigualdad.*
- 7) En síntesis y sin más prolegómenos que extiendan el curso de la presente providencia, la Sala confirmará lo dispuesto por el a quo respecto de la protección al derecho al acceso a cargos públicos y lo adicionará en cuanto a extender la protección de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la libre*

escogencia de profesión u oficio del accionante, los cuales, de conformidad con lo dispuesto ut supra, han sido vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC.

De la procedencia de la acción de tutela para controvertir las decisiones adoptadas en el marco de un concurso público.

A partir de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, se tiene que la acción de tutela ostenta un carácter residual, en tanto que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro mecanismo judicial que permita la protección de sus derechos fundamentales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

Ahora bien, es necesario advertir, que no basta con la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, sino que éste deberá ser eficaz en cuanto al fin pretendido por la o el ciudadano, apreciación que implica la realización de un estudio minucioso del mecanismo judicial previsto por el ordenamiento jurídico, y establecer, además, la idoneidad del mismo para lograr el propósito perseguido, es decir, el cese de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales. Igualmente, el juez de tutela deberá realizar un estudio de las circunstancias del caso concreto en que se encuentra el petente.

Concretamente en materia de concursos públicos, la Corte Constitucional consideró:

“Pues si bien en principio podría sostenerse que los afectados por una presunta vulneración de sus derechos fundamentales podrían controvertir las decisiones tomadas por la administración -las cuales están contenidas en actos administrativos de carácter general o de carácter particular- mediante las acciones señaladas en el Código Contencioso

Administrativo, se ha estimado que éstas vías judiciales no son idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados.

En ese orden de ideas y en virtud de la naturaleza propia de las Convocatorias para ocupar cargos públicos, tales como la perentoriedad de los términos y el tracto sucesivo de las etapas, se tiene que la acción de tutela resulta idónea para garantizar la protección a los derechos a la igualdad, al debido proceso, entre otros, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la actuación de las autoridades encargadas de organizar un concurso público.

DERECHO FUNDAMENTAL/IGUALDAD

La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el preámbulo constitucional establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que por otra parte el artículo 13 de la Carta ha sido considerado como la fuente del principio fundamental de igualdad y del derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente existen otros mandatos de igualdad dispersos en el texto constitucional, que en su caso actúan como normas especiales que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente. Otro aspecto de la igualdad que debe ser señalado en esta breve introducción es que carece de contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter

relacional. En efecto, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación; por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación. Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre sí en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación. Dicho carácter relacional es uno de los factores que explica la omnipresencia del principio de igualdad en la jurisprudencia de esta Corporación, pues hace posible que sea invocado frente a cualquier actuación de los poderes públicos con independencia del ámbito material sobre el cual se proyecte.

DE LA IGUALDAD HUMANA

A partir de la concepción y conformación del Estado como aparato regulador y garante de las necesidades básicas de la población, surge un llamado a establecer las actuaciones de aquél en torno a un sólo concepto que permitiese el mayor grado de entendimiento, tanto de las y los ciudadanos, como también de las instituciones que conforman del poder público. Así pues, la Constitución Política de Colombia de 1991 estableció como su máximo asiento el respeto a la dignidad humana, en cualquier tipo de relación que pueda derivarse entre el Estado y los particulares.

En ese contexto, la Corte Constitucional ha enriquecido sus postulados, estableciendo seis lineamientos que permitan, primero, la protección de la

fuerza normativa de la dignidad y, segundo, desde la funcionalidad misma del enunciado legislativo. Al respecto, dicha Corporación, manifestó:

“(i) [L]a dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). (...) (iv) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (v) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (vi) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

Tales postulados, admiten multiplicidad de interpretaciones, que ostentan el mismo número de argumentos al momento de enfrentarse a la solución jurídico-constitucional de los casos concretos, específicamente en donde se tenga como antecedente el menoscabo de los principios de la dignidad humana como derecho fundamental autónomo.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional consideró que:

“libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y con “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad

Tal posición, permite inferir que la dignidad, entendida como principio y fundamento de los derechos constitucionales, ostenta el más alto grado de importancia en la construcción de una sociedad respetuosa de las garantías

de las y los ciudadanos, más aún, al tratarse del desarrollo social como individuo al interior del conglomerado en donde actúe.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Como es sabido, el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”. En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social

y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P).

PETICIÓN

*El accionante pretende que, por medio de la acción de tutela, le sean amparados sus derechos fundamentales a la igualdad, y al debido proceso administrativo. En consecuencia, solicita que se le ordene a la CNSC que **“proceda a modificar el resultado de No apto, por el de APTO y por lo tanto se permita continuar en los procesos de selección para el cargo de dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, evitando la imposición de requisitos relacionados con características físicas como la estatura, de la Convocatoria 2020 de 2020.***

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- *Fundamento esta acción en el artículo 86 de la constitución política y sus decretos reglamentarios 2591 y 306 de 1992.*
- *Decreto 407/1994 Art, 11-19-123 y 124.*
- *Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Radicación 68001-2-3-33-000-2012 00380-01 14 de marzo de 2013*
- *T-1266/2008.*
- *T- 438/2018*
- *C- 818/2010*

COMPETENCIA

Es usted, señor Juez, competente, para conocer del asunto, por la naturaleza de los hechos, por tener jurisdicción en el domicilio de la entidad accionada y de conformidad con lo dispuesto en el decreto 1382 de 2000.

JURAMENTO

Manifiesto señor Juez, bajo la gravedad del juramento, que no he interpuesto otra acción de Tutela por los mismos hechos y derechos aquí relacionados, ni contra la misma autoridad.

PRUEBAS DOCUMENTALES

- 1) Escrito Tutela*
- 2) Fotocopia de la cédula de ciudadanía*
- 3) Fotocopia de libreta militar y conducta*
- 4) Poder*
- 5) Reporte de inscripción*
- 6) Primer aviso informativo sobre publicación de resultados*
- 7) Respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil con resultado node Apto.*

ANEXOS

Las mencionadas como pruebas y copia con anexos para la entidad accionada y copia simple para el archivo del juzgado.

NOTIFICACIONES

- 1) *La entidad accionada: Comisión Nacional del Servicio Civil en Carrera 16 No. 96 - 64, Piso 7 - Bogotá D.C. Teléfonos: (1) 3259700 Email: notificacionesjudiciales@cnscc.gov.co*
- 2) *Apoderada: las podrán realizar en la Calle 41ª número 26 A 82 correo electrónico: nataliagiraldo2810@gmail.com cel. 3148538707 de la ciudad de Manizales.*

Agradeciendo la protección de los derechos fundamentales de mi poderdante.

Se suscribe,

Natalia A Giraldo
NATALIA GIRALDO ARIAS
C.C 30.237.185 de Manizales
T.P 273.767 C.S.J.