

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO
BOLIVAR - CAUCA

Email: j01prfabolc@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bolívar ©, primero (1º) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA
Accionante	YONIER ANCIZAR ZUÑIGA ZUÑIGA
Accionada	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC y ARL POSITIVA
Radicación:	19-100-31-84-001 -2022-00001-00

SENTENCIA N° 11

ASUNTO A TRATAR

Allegado el expediente contentivo de la **ACCION DE TUTELA** interpuesto por **YONIER ANCIZAR ZUÑIGA ZUÑIGA** actuando en nombre propio en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC y ARL POSITIVA**, se observa que el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil Familia, Magistrado Ponente Dr. Jaime Leonardo Chaparro Peralta, mediante decisión del 24 de febrero de 2022, resolvió NULITAR lo actuado a partir de la providencia de fecha 04 de enero de 2022 inclusive y en consecuencia remitir el proceso para que se proceda a integrar debidamente el contradictorio, y sin perjuicio de la validez de las pruebas practicadas, en los términos del inciso 2º del artículo 138 del C.G.P.

Una vez cumplido lo ordenado por el superior, se pronuncia el despacho sobre la acción de Tutela instaurada por **YONIER ANCIZAR ZUÑIGA ZUÑIGA** actuando en nombre propio en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC y ARL POSITIVA**.

SUJETOS DEL PROCESO

EL ACCIONANTE: YONIER ANCIZAR ZUÑIGA ZUÑIGA, persona mayor de edad identificada con C.C. No. 1.058.977.761, actuando a nombre propio.

LAS ACCIONADAS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC y ARL POSITIVA.

VINCULADOS: Terceros interesados - concursantes que hacen parte de la convocatoria 1356 de 2019 - INPEC dragoneantes, **UNIVERSIDAD LIBRE y SENSALUD INTEGRAL SAS IPS.**

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

El accionante expone como vulnerado el derecho a: **LA DIGNIDAD, INTIMIDAD PERSONAL, ACCESO AL EMPLEO PUBLICO, PETICION Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO.**

PRETENSIONES

El accionante persigue en su favor, se deje sin efectos la decisión por la que fue excluido de la Convocatoria 1356 para proveer cargos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC y así continuar con el proceso; que la CNSC adelante la actuación administrativa a fin de determinar las responsabilidades en el envío de historia clínica a un tercero; que se informe por parte del INPEC y la ARL Positiva las razones del porqué no instruyeron al personal médico pre ocupacional sobre los perfiles del cargo, estableciendo las posibles recomendaciones de salud ocupacional con las que debe ejercer el cargo del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

SUSTENTO FÁCTICO

1. Refiere el actor que dentro de la convocatoria 1356 de 2019 para proveer cargos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, se postuló al cargo de dragoneante. La Comisión Nacional del Servicio Civil reglamentó el proceso de selección por conducto de la plataforma SIMO, informándole en desarrollo del mismo que fue excluido del concurso porque en la etapa de valoración médica se identificó que presenta una supuesta restricción.

2. Considera que se presenta un daño irremediable, por cuanto se envió su historia clínica a un destinatario desconocido, quien debió descargarla de la plataforma y hoy la tiene en su poder. El daño lo constituye la vulneración del derecho a la reserva de este tipo de información.

3. Que la irregularidad en cuestión fue a través de las publicaciones finalizando el año 2021 en la página web de la CNSC: inicialmente con fecha 29 de octubre se anuncia que los resultados de la valoración médica serían publicados el 8 de noviembre como lo estableció las reglas del concurso. El 8 de noviembre se informa que se publicarían los resultados el 10 de noviembre, invalidando el primer aviso informativo y se anuncia una nueva fecha de publicación con dos días de anticipación, ya por fuera del concurso.

4. Expone que el 11 de noviembre se informa que todas las anteriores publicaciones se invalidan por error que lo denominan “falla técnica”, anunciando una nueva fecha de publicación, entendiendo que todo queda sin efectos. El 12 del mismo mes, se comunica que ese mismo día serían publicados los resultados, lo que efectivamente sucedió en horas de la noche, hecho que contradice las reglas del concurso, ya que debió indicarse con 5 días de anticipación, tampoco observa que se actualizó en la plataforma que presentó nuevamente el examen.

5. Adiciona que, aunque la CNSC acepta la irregularidad intentando quitarle importancia refiriéndose a ella como una falla técnica, no es dable excusar que le subieron una historia clínica de otro aspirante, lo mismo pasó con otras personas que recibieron historias clínicas que no les correspondía.

6. Los días 16 y 17 de noviembre hizo la reclamación respectiva refiriéndose a todas las irregularidades, solicitando a la CNSC que adelante la actuación administrativa que permita tener claridad de lo ocurrido. Al respecto dicha entidad mediante comunicación fechada el 7 de diciembre, no responde de fondo lo requerido, simplemente se limita a calificarlo como un error atribuible al sistema de información.

7. Por último aclara que definió su situación militar como soldado del Ejército Nacional para desempeñar funciones más exigentes a la del cargo de dragoneante del INPEC, con exposición a mayores riesgos físicos y psicosociales, en cuyo cumplimiento no tuvo inconveniente alguno.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

COMPETENCIA: De conformidad con lo establecido por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, artículo 1, numeral 1 del Decreto 1382 del 2000, decreto 1069 de 2015 reformado decreto 1983 de 2017 somos competentes para conocer en primera instancia de la tutela que nos ocupa.

PROCEDENCIA Y LEGITIMACION: La acción instaurada está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y se desarrolla por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000. En cuanto a la legitimación, esta acción faculta a toda persona, en todo momento y lugar, para reclamar ante las autoridades públicas la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acciones u omisiones de éstas, principalmente, y, excepcionalmente, de los particulares.

LA RESPUESTA DE LA ACCIONADA

ARL POSITIVA

RAUL ERNESTO GAITAN ARCINIEGAS, actuando como apoderado de **ARL POSITIVA**, indica que una vez validado el sistema de información se evidenció que el accionante no se encuentra afiliado en esa ARL, por ende, no se generó reporte de accidente de trabajo ni enfermedad laboral. Por tanto, no existe requerimiento o aprobación de prestaciones asistenciales económicas en su favor, tampoco trámites de calificación de pérdida de capacidad laboral que haya establecido en el evento de un estado de invalidez del actor.

Añade que las pretensiones van encaminadas únicamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al INPEC, por lo cual son dichas entidades las llamadas a emitir respuesta a lo solicitado por el accionante en el escrito de tutela, presentándose la figura de falta de legitimación por pasiva. Por lo anterior solicita declarar improcedente la presente acción de tutela en contra de la ARL y se disponga su desvinculación.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA, actuando como apoderado de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, refiere que la acción de tutela de conformidad con el desarrollo jurisprudencial, es un mecanismo excepcional y subsidiario, por lo cual la acción constitucional presentada por el accionante al presentarse en contra de un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, debe declararse improcedente, pues existen otros mecanismos jurídicos para controvertir las actuaciones que considera contrarias a sus derechos.

Menciona que no se presenta un perjuicio irremediable en el presente asunto, pues no se cumplen con los requisitos de amenaza inminente, urgencia y gravedad establecidos por la Corte Constitucional para que se considere la aparición de dicho perjuicio.

Expone que, en virtud de competencias constitucionales y legales, a solicitud del INPEC, la Comisión procedió a adelantar concurso de méritos para promover cargos de dragoneantes pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa y que dentro de los mismo estableció una serie de requisitos a cumplir para poderse hacer parte en dicho concurso.

Infiere que el 22 de octubre del año en curso, el actor se presentó a su primera valoración en la cual se le informó que tenía una restricción por AMBLIOPIA conforme al hallazgo registrado en su examen de optometría. El 26 de noviembre el aspirante se presentó a su segunda valoración médica, en donde IPS Sensalud confirma la restricción señalada en su examen anterior, ya que no cumple con los estándares establecidos por el profesiograma.

La reclamación fue respondida por la Universidad Libre mediante oficio con fecha de diciembre de 2021, en la que se indicó y se justificó la restricción del aspirante.

Respecto a la publicación de resultados, indica que el 29 de octubre se informó a los aspirantes mediante aviso publicado en la página de la CNSC que el 8 de noviembre serían publicados los resultados de la valoración médica, así pues, se comunicó a los aspirantes con antelación de 5 días hábiles la fecha de publicación de resultados obtenidos en la valoración médica.

Debido a ajustes realizados en el cronograma, el 8 de noviembre se anunció en la página de la CNSC la nueva fecha de publicación de dichos resultados, por lo que el 12 de noviembre de 2021, dicha Comisión junto con la Universidad Libre mediante aviso, informó que en el transcurso del mismo día se publicarían los resultados de la valoración médica, así mismo se concedieron los dos días hábiles para reclamar.

En virtud de lo anterior, el 12 de noviembre se publicaron los resultados de la aludida valoración y durante los días 16 y 17 del mismo mes, el Sistema de Apoyo no presentó fallas y estuvo habilitado para que los aspirantes, si lo consideraban, presentaran reclamaciones.

En cuanto a que existió vulneración en la reserva de la historia clínica, añade que ocurrió que en la publicación preliminar de los resultados obtenidos en la valoración que se viene mencionando de algunos aspirantes, obedeció únicamente a una falla técnica del aplicativo, situación ajena a la IPS, en consecuencia, se tomaron las medidas necesarias por parte de la Comisión y la Universidad para proteger la información que goza de reserva.

Menciona que posteriormente se confirma el resultado con restricción y se ratifica que el accionante no continúa en el proceso de selección, conforme a la normatividad vigente.

Finalmente, solicita que se declare improcedente la presente acción de tutela y se nieguen las peticiones, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante.

La **UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA Y LA IPS SENSALUD INTEGRAL SAS** no dieron respuesta a los Oficios 130 y 131 del 24-02-22 enviado al correo electrónico notificacionesjudiciales@unilibre.edu.co y administrativa@sensaludintegral.com mediante el cual se notificaba el auto admisorio de la acción de tutela instaurada por el señor **YONIER ANCIZAR ZUÑIGA ZUÑIGA**, desconociéndose los motivos que haya tenido para ello.

PRUEBAS - PARTE ACCIONANTE

- Constancia inscripción (fl. 10)

- Escrito de reclamación (fl. 11).
- Respuesta por parte del Universidad Libre (fl. 18)
- Historia clínica valoración SIMO (fl. 27)

PARTE ACCIONADA ARL POSITIVA

- Escritura Publica Nro. 0111 de 22 de enero de 2020 (fl. 90)
- Fallo de tutela del Juzgado 1º Promiscuo de Familia del Circuito de Acacias, Meta (fl. 96).

PARTE ACCIONADA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

- Resolución Nro. 3298 del 1 de octubre de 2021 (fl. 112)
- Acuerdo de Convocatoria (fl. 113)
- Acuerdos Modificatorios (fl. 132)
- Respuesta a solicitud (fl. 137)

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

PROBLEMA JURÍDICO: De los supuestos fácticos antes anotados, los interrogantes que deben ser absuelto por el despacho, están centrados en determinar, si la acción de tutela resulta procedente contra los actos administrativos de carácter general que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos, en atención a que la accionada invoca la existencia de otros medios de defensa judicial. En segundo lugar, en caso de que sea viable el amparo constitucional, es preciso establecer si la CNSC ha vulnerado el derecho a la dignidad humana, intimidad, debido proceso y acceso a cargos públicos por mérito al establecer un requisito de estatura para poder acceder a cargos públicos dentro del concurso de méritos, Al anterior cuestionamiento se responde en forma negativa, conforme pasa a explicarse:

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

Dos de las principales características que identifican a la acción de tutela son la subsidiaridad 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 a lo previsto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991- debe ser realizado a partir de las circunstancias de cada caso en concreto. Por ésta razón, se ha dicho que ésta acción solo 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. Lo anterior, como lo ha señalado la H. Corte Constitucional, obedece a la lógica de preservar el reparto de competencias atribuidos por la constitución 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 del Tribunal de cierre en materia constitucional, ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar en los siguientes casos (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de los derechos fundamentales, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En relación con el primer supuesto, la Corte Constitucional ha establecido que cuando se traten de controvertir actos administrativos que imponen criterios referentes a la apariencia física o resultados médicos de un aspirante, como es el caso del concurso de méritos del INPEC, el asunto debe ser analizado de otra manera, cuando el efecto concreto de dichas normas de carácter general y, por ende, el acto particular en el cual ellas se manifiestan, 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, se estableció que: *“es claro que escapa a la competencia del juez de tutela la pretensión que subyace en los argumentos expresados por el accionante, de actúe como juez abstracto del contenido del acto administrativo de tal naturaleza. Ellos, 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”*

Ahora bien, 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 medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo son la pretensión de nulidad simple o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que pueden ser acompañadas de la solicitud de suspensión provisional.**

En efecto, la ley 1437 de 2011 dispone 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 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: “el artículo 231 del código en cita, consagra la procedencia de la suspensión provisional cuando existan *“serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia sean nugatorios”*”.

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 la accionante *no apta* 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 5 del artículo 6 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*”

En relación con el segundo supuesto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, (i) cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o (ii) cuando no cuentan con la celeridad necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1999 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 y eficaz, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos fundamentales.

Descendiendo al caso en concreto, es de conocimiento del juez de tutela que las acciones contenciosas administrativas transcurren de manera lenta por la congestión actual de los Despachos que observan de dicha materia, por lo cual esperar hasta la resolución del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la actora, refiere una situación de incertidumbre que podría poner en riesgo sus derechos fundamentales, mucho más si se atiende a la restructuración de la planta de personal instada al Gobierno Nacional, lo cual da entrada al presente juzgador para conocer de la presente acción de tutela.

Jurisprudencia constitucional sobre la proporcionalidad, racionalidad y necesidad de los requisitos médicos y físicos exigidos para el cargo de dragoneantes del INPEC, considerando la naturaleza de las funciones que desempeñan

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligados tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como la entidad que convoca el concurso y todos los participantes.

La Corte Constitucional en sentencia T-588 de 2008, afirmó: "...una vez definidas las reglas del concurso, las mismas deben aplicarse de manera rigurosa, para evitar arbitrariedades o subjetivismos que alteren la igualdad o que vayan en contravía de los procedimientos que de manera general se han fijado en orden a satisfacer los objetivos del concurso. De este modo, el concurso se desenvuelve como un trámite estrictamente reglado, que impone precisos límites a las autoridades encargadas de su administración y ciertas cargas a los participantes."

Podemos indicar entonces que la convocatoria contiene las reglas sobre las cuales se desarrollan todas las etapas del concurso, reglas que son de obligatorio cumplimiento tanto para la administración pública como para los participantes, en aras de garantizar efectivamente la igualdad de todos los concursantes.

La Corte ha sostenido que las instituciones públicas o privadas pueden exigir requisitos para ingresar a un determinado programa o cierto tipo de formación especializada para desempeñar específicas tareas; por lo tanto, excluir a un aspirante que no cumple cualquiera de los requisitos que han sido previstos por la institución, no vulnera derechos fundamentales. **Lo anterior, siempre y cuando (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de tales requisitos, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables.**

Esa Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los requerimientos físicos para acceder a cargos de carrera en tres escenarios puntuales: (i) estatura mínima; (ii) tatuajes; y (iii) salud. **Así, se ha señalado que, en principio, su exigencia no transgrede el ordenamiento constitucional, siempre y cuando tengan una relación con la función a desempeñar por la persona, en términos de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.**

Posteriormente, en la sentencia T-586 de 2017, se resolvieron los casos de cuatro accionantes, tres mujeres y un hombre, quienes fueron excluidos del proceso de selección de la misma convocatoria del caso sub examine, esto es, la Convocatoria 335 de 2016. La razón de su exclusión tuvo que ver con el incumplimiento de las condiciones físicas requeridas dentro del proceso. en dicho proveído, la Sala Octava de Revisión de esta Corte determinó que no existió vulneración de los derechos de las y el accionante, puesto que quedó demostrado que: "(i) los candidatos fueron previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía (Resolución 005657 de 2015 y

Acuerdo 563 de 2016); (ii) el proceso de selección se adelantó en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión de exclusión de cada uno de los demandantes se tomó con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables consignadas en la Resolución precitada, como se vio en detalle para cada uno de los casos". Así mismo para la Sala:

*"resulta más que razonable el establecimiento de unos requisitos mínimos y máximos en materia de estatura **pues la función que van a prestar demanda importantes esfuerzos en materia de seguridad, guarda, vigilancia y mantenimiento del orden al interior de un centro penitenciario. En este orden de ideas, el hecho de que el personal de custodia cuente con una estatura no inferior al límite establecido, lejos está de reputarse como exagerado, arbitrario o caprichoso.** Con todo, se estima que el requisito exigido por el Acuerdo 563 de 2016 (en materia de estatura), dada la particularidad de las funciones a cargo de los dragonenantes relacionadas con mantener la seguridad, ejercer la custodia y vigilancia de los internos al interior de un centro carcelario es razonable, proporcional y necesario". (negrilla fuera del texto).*

En conclusión, puede señalarse que las exigencias de ciertas calidades dentro de un proceso de selección pueden ser razonables, legítimas y pertinentes, siempre que exista un fundamento científico o médico que acredite dicha posibilidad; pero pueden ser cuestionables los requisitos requeridos cuando se encuentren en contravía del orden constitucional. En efecto, para que un criterio de selección no resulte ser inconstitucional, debe, como mínimo ser: (i) **razonable**, donde no implique discriminaciones injustificadas entre las personas; (ii) **proporcional** a los fines para los cuales se establece; y (iii) **necesario**, en la que se justifique la relación que existe entre la aptitud física y el desarrollo de las funciones propias del cargo.

CASO EN CONCRETO:

Inicialmente tenemos que el accionante no acreditó la configuración o inminencia de un perjuicio irremediable que posibilitara tramitar la petición de tutela para proteger transitoriamente sus derechos fundamentales a la dignidad humana, intimidad personal, petición, debido proceso y acceso a cargos públicos, afectados con la decisión de la Comisión Nacional del Servicio Civil de excluirlo del concurso de méritos para la provisión de cargos en el INPEC, convocatoria 1356 de 2019, Dragoneantes INPEC.

La solicitud de amparo constitucional formulada por Yonier Ancizar Zuñiga Zuñiga, radica en que, en el proceso de selección de los aspirantes al concurso de méritos de la mencionada Convocatoria, en la que se inscribió para concursar al cargo de Dragoneante, particularmente en la etapa de la valoración médica realizada por la IPS Sensalud Integral tanto en la primera como segunda valoración, no las superó, cuyos resultados arrojó **CON RESTRICCIONES**, por lo cual no continuó con el proceso, esto es, por presentar un déficit de visión denominado **AMBLIOPIA** y por otro lado, por cuanto no

hubo reserva en su historia clínica, lo que considera vulnera sus derechos fundamentales invocados en el escrito de tutela.

El numeral 5.1 del Anexo 2 del Acuerdo Nro. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, "POR EL CUAL SE MODIFICA EL ANEXO No. 2 DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LAS DIFERENTES ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN PARA PROVEER DEFINITIVAMENTE EL EMPLEO DENOMINADO DRAGONEANTE, CÓDIGO 4114, GRADO 11, PERTENECIENTE AL SISTEMA ESPECÍFICO DE CARRERA DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, QUE HACEN PARTE DE LA CONVOCATORIA No. 1356 DE 2019 CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA", indica que una de las causales de exclusión de la convocatoria es obtener concepto de "**CON RESTRICCIÓN en la valoración médica**", así: .

*"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 universidad pública o privada o institución de educación superior acreditada por la CNSC y con la cual suscriba el contrato o convenio interadministrativo para el desarrollo del proceso de selección.***

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."*

Teniendo en cuenta lo anterior, el accionante fue excluido de continuar con el proceso de selección, bajo el entendido de no haber cumplido con los requisitos de selección, para el presente asunto, cumplir con capacidad médica y física para desempeñar el cargo, como lo ordenada en el citado Acuerdo.

En este sentido, se considera que el requisito exigido por el señalado Acuerdo, dada la particularidad de las funciones a cargo de los dragonerantes relacionadas con mantener la seguridad, ejercer la custodia y vigilancia de los internos al interior de un centro carcelario es razonable, proporcional y necesario exigir una **visión sin deficiencias**, para que no dificulten el cumplimiento de las funciones y tareas que requieren control y desplazamiento de internos, manejo de herramientas, equipos o la conducción de vehículos, entre otras.

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

se trata de funciones de seguridad, custodia y vigilancia como las que cumplen los dragoneantes del INPEC.

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

Con todo, se estima que el requisito requerido por el Anexo 2 del Acuerdo Nro. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019 y demás Acuerdos (concepto médico de optometría), dada la particularidad de las funciones a cargo de los dragoneantes relacionadas con mantener la seguridad, ejercer la custodia y vigilancia de los internos al interior de un centro carcelario es razonable, proporcional y necesario, por lo que el diagnóstico de visión denominado **AMBLIOPIA**, constituye para el cargo al que aspira, una inhabilidad médica que impide que continúe en el concurso público de méritos.

En este orden de ideas, el hecho de que el personal de custodia exija un sistema visual apto para el cumplimiento de las funciones y tareas que requieren, lejos está de reputarse como exagerado, arbitrario o caprichoso.

En ese sentido, nada tiene que ver la solicitud del accionante en el escrito de tutela encaminada a que el INPEC y la ARL Positiva informe si existe evidencia de que haya instruido al personal médico en cargo para esta valoración, cuando es evidente que el mismo no cumplió con un requisito fundamental establecido en el Acuerdo que se viene mencionando.

Por otra parte, expone el accionante que fue irregular la publicación de los resultados de la valoración médica el 12 de noviembre de 2021, la que estaba prevista para el 8 del mismo mes y año, quien estima que este hecho constituye una presunta vulneración en la reserva y custodia de dichos documentos.

Sobre este punto, el accionante como la CNSC coinciden lo siguiente:

El 29 de octubre del 2021, se comunica en la página de la CNSC que el 8 de noviembre del mismo año serían publicados los resultados de la valoración médica. (folio 3 y 86).

El 8 de noviembre del 2021, se informa que en la página de la CNSC que la valoración médica cuya publicación prevista para ese día, se haría el 10 del mismo mes y año. (folio 3).

El 11 de noviembre del 2021, se informa que debido a una falla técnica no fue posible publicar los resultados de valoración médica, por tanto, se informaría la nueva fecha (folio 4).

El 12 de noviembre del 2021, se comunica en la página de la CNSC que los resultados de la valoración medica se harían en transcurso del mismo día, lo que finalmente se realizó (folio 4 y 87).

Con base a lo expuesto, se tiene que, a pesar de las fallas técnicas presentadas en la plataforma, la CNSC informó oportunamente la situación que se estaba presentando, los cambios de fecha y las nuevas fechas de publicación de los resultados de la valoración médica. Si bien hubo anomalías en la entrega de las historias clínica, ello obedece a la referida falla del aplicativo SIMO y no por negligencia o mala fe por parte de alguna de las entidades accionadas.

No obstante, posterior a la fecha de dicha publicación, no se evidenció fallas en la plataforma, dando lugar a presentar recursos idóneos al interior del proceso de selección (trámite de reclamación) por el término de dos días como para lograr el amparo de sus derechos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que en ultimas hizo el accionante, frente al cual la Universidad Libre oportunamente le suministró respuesta en diciembre de 2021 (folio 18), por lo que se concluye que los términos dispuestos dentro de la convocatoria fueron llevados a cabo.

Conforme a lo anterior, no hay evidencias de que la CNSC, en la etapa de valoración médica, no hayan actuado conforme las directrices del concurso o que hayan violentado de manera alguna los derechos fundamentales conjurados por el accionante.

Ahora bien, frente a la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a cargos públicos, que señala el accionante se materializa al aplicar las normas de la convocatoria, este despacho considera, no existió vulneración alguna de tales derechos por parte de la accionada, puesto que las facultades visuales dentro del rango médico, es un requisito plenamente justificado, y por ello no lesiona derechos ni constituye discriminación alguna.

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia **T-438 de 2018**, sostuvo que, tanto las instituciones públicas como privadas pueden exigir requisitos físicos que deban ser cumplido por los aspirantes para acceder a cargos en carrera, y que el no cumplimiento de alguno de tales requisitos da lugar a la exclusión del aspirante al concurso, lo cual no vulnera derecho fundamental alguno, siempre y cuando: *“(i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de tales requisitos, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables”*. Lo cual fue debidamente demostrado en el caso en estudio, lo que está demostrado

respecto del accionante, pues conocía las condiciones planteadas en la Convocatoria.

Por consiguiente, el hecho, de que el accionante fuera excluido porque no cumplió con una valoración médica óptima (examen de optometría) y por esa causa quedó por fuera del proceso de selección para participar en el concurso orientado por la Convocatoria 1356 de 2019, Dragoneantes INPEC, no es una actuación que vulnere sus derechos fundamentales, ni justifique de ningún modo que se pueda conceder el amparo provisional o transitorio.

En cuanto al derecho de petición que invoca como vulnerado, como arriba se dijo, se observa a folio 18 del expediente que la Universidad Libre respondió su requerimiento, resolviendo de fondo y congruente lo solicitado, por esta razón, considera el Despacho que no hay transgresión alguna a este derecho fundamental.

Recapitulando se tiene entonces, no existe razón valedera para inferir que se le vulneraron los derechos fundamentales al accionante, pues la convocatoria a que hace mérito señaló, como se acotó en líneas anteriores, los rangos médicos que debían cumplir los aspirantes para poder participar en el concurso para el cargo de dragoneante del INPEC, observa el Despacho que la decisión de la entidad accionada se fundamentó en disposiciones legales vigentes, ciñéndose a los lineamientos y requisitos que se establecieron desde el inicio de la convocatoria, los cuales fueron dados a conocer a todos los participantes de manera oportuna, cuya aplicación e interpretación solo pueden ser desvirtuadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de simple nulidad. Por ello, el hecho de que la reclamación de **YONIER ANCIZAR ZUÑIGA ZUÑIGA** no le hubiere sido favorable, no es razón suficiente para señalar la actuación de la Comisión Nacional del Servicio Civil como arbitraria, ilegal o desconocedora de derechos fundamentales y que por ello se haga necesaria la intervención del juez de tutela.

En atención y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PROMISCO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE BOLÍVAR CAUCA**, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 86 de la Constitución Nacional,

RESUELVE

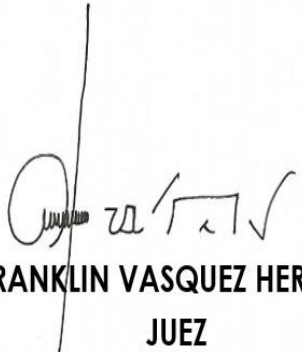
PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales **A LA DIGNIDAD HUMANA, INTIMIDAD PERSONAL, PETICIÓN, DEBIDO PROCESO, DERECHO AL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS** solicitados por la parte accionante de conformidad con la parte motiva de ésta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de esta providencia, comunique este fallo a todas las personas que integran la convocatoria 1356 de 2019 para proveer cargos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

TERCERO: NOTIFICAR esta Sentencia a las partes por el medio más expedito, previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión en caso de que la presente providencia no fuere impugnada.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



Handwritten signature of Franklin Vasquez Herrera, consisting of a stylized 'F' and 'V' followed by the name 'FRANKLIN VASQUEZ HERRERA'.

FRANKLIN VASQUEZ HERRERA
JUEZ

SENTENCIA DE TUTELA 11
01/03/2022