

Sentencia T-438/18



Expediente T-6.647.052

Acción de tutela presentada por Iván Steven Santacruz Paredes contra la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC

Magistrado Sustanciador:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por las Magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger y el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en primera instancia, y por la Sección Cuarta, de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, en segunda instancia, dentro de la acción de tutela promovida por Iván Steven Santacruz Paredes contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC).

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco, mediante Auto proferido el 21 de mayo de 2018.

I. ANTECEDENTES

1. Reseña fáctica

El demandante, a través de apoderado judicial, manifestó que:

1.1. El 15 de enero de 2016, la CNSC publicó la Convocatoria abierta No. 335 con el fin de proveer de manera definitiva las vacantes del cargo de Dragoneante del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante INPEC). Dicha convocatoria fue reglamentada mediante Acuerdo N°563 del 14 de enero de 2016. Así mismo, entre las normas que regulan dicha convocatoria se encuentra la Resolución 005657 del 24 de diciembre de 2015 *“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.

1.2. 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”*.

1.3. Superó requisitos tales como las pruebas de valores, psicológicas, clínica, físico atlética y entrevista. No obstante, en relación con la valoración médica, el resultado le fue adverso, en el entendido de haber sido catalogado como *“No apto”* para desempeñar el cargo, por presentar inhabilidad en relación con su talla. Por tal motivo, presentó reclamación dentro de los términos reglamentarios, a través del aplicativo dispuesto para ello por el CNSC. Al respecto, manifestó que *“existieron graves inconvenientes que llevaron a la errada aplicación de la valoración médica y la interpretación por fuera de las mismas normas que rigen el concurso”*; en tanto que, a su juicio, la valoración antropométrica debe evaluar integralmente al concursante teniendo en cuenta aspectos como su origen y que su estatura o talla no proviene de una deficiencia de crecimiento.

1.4. Los resultados 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 pueda cumplir con las funciones de un cargo de dragoneante del INPEC”*.

1.5. Además, su inhabilidad *“no obedece a razones médicas, sino a circunstancias derivadas de su edad, su origen étnico, familiar y regional que lo demuestra con la certificación medica que lo registra como proveniente de Mocoa-Putumayo”*. Por ello, se practicó otra valoración médica *“encontrando que no tiene deficiencia del crecimiento”*. Aunado a ello señaló que considera que al tener la condición de reservista de primera clase y haber prestado servicio militar como auxiliar del INPEC, le *“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”*.

1.6. En respuesta a su reclamación, le reiteraron lo establecido en el Artículo 52 del Acuerdo 563 de 2016, al cual dieron aplicación directa, sin analizar integralmente su caso y el origen de su estatura. Por ello, aduce, no le resolvieron de fondo su reclamación pues no se tuvo en cuenta *“la necesidad de contar con un concepto técnico científico que informe de manera clara, coherente, entendible, irrefutable, cuáles son las razones que demuestran que las condiciones físicas analizadas de manera integral con las condiciones psíquicas, capacidades y aptitudes demostradas a lo largo de todo el concurso,*

puedan impedir el cumplimiento de las funciones del cargo de dragoneante del INPEC”.

1.7. En la respuesta que le allegaron se indicó que efectivamente el Artículo 52 del Acuerdo 563 de 2016 establece como estatura mínima para hombre de 1.66, ante lo cual advirtió que *“la estatura será evaluada al momento de la presentación de la valoración médica. Confirmando que el verbo evaluar, establece que no es definitiva la estatura señalada en el Acuerdo y ello la (sic) motivo a concursar a pesar de faltarle por completar su crecimiento, teniendo en cuenta su edad”.*

2. Pretensiones

El accionante pretende que, por medio de la acción de tutela, le sean amparados sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo 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 con las restantes pruebas de la Convocatoria 335 de 2016, para proveer el cargo de dragoneante del INPEC”.*

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”.* Finalmente, solicita que de ser procedente se emita una protección transitoria de sus derechos fundamentales, mientras se presentan los medios de control contencioso administrativos correspondientes.

3. Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente

Obran en el cuaderno 2 del expediente, copia de los siguientes documentos:

- Escrito de la tutela (folios 1 al 10)
- Pantallazos de resultados de la convocatoria (folios 14 al 17)
- Reclamación presentada ante la CNSC (folios 18 al 21)
- Historia clínica ocupacional y de salud (folios 22 al 27)
- Respuesta a la reclamación (folios 28 al 38).
- Documento expedido por la entidad “Kumara Seguridad y Salud en el Trabajo S.A.S”, del 9 de diciembre de 2016, en el que se valora la talla y el peso del demandante (folio 40).
- Documento expedido por la entidad “Cruz Roja Colombiana Seccional Nariño”, del 12 de diciembre de 2016, en el que se valora la talla y el peso del demandante. particulares (folio 39).
- Constancia de conducta en servicio militar como auxiliar bachiller del INPEC (folio 45).
- Respuesta a la acción de tutela por parte de la IPS Fundemos (folios 67 a 70).
- Respuesta a la acción de tutela por parte del INPEC (folios 72 al 73).
- Respuesta a la acción de tutela por parte de la Universidad Manuela Beltrán (folios 74 al 87).

- Fallo de primera instancia (folios 242 al 250).
- Escrito de impugnación (folios 253 al 265).
- Fallo de segunda instancia (folios 283 al 291).
- Solicitud declaración de fallo de segunda instancia por parte l demandante (folios 301 al 302).
- Solicitud declaración de fallo de segunda instancia por parte de la CNSC (folios 305 al 306).
- Aclaración de fallo de segunda instancia (folios 308 al 311).

4. Respuesta de la entidad accionada y entidades vinculadas

La Sala de Decisión del Sistema Oral del Tribunal Administrativo de Nariño, mediante providencia del 19 de diciembre de 2017, admitió la acción de tutela y corrió traslado a la entidad demandada para que ejerciera su derecho de defensa. Así mismo, vinculó al proceso al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante INPEC), a la Universidad Manuela Beltrán y a la IPS Fundemos, por su participación en el concurso público.

4.1. INPEC

La entidad señaló que no se encuentra legitimada en la causa por pasiva en el proceso, toda vez que las pretensiones de la acción no corresponden con su ámbito de competencia legal y funcional, sino exclusivamente de la CNSC, puesto que el ingreso y ascenso para los empleos públicos de carrera se encuentran sujetos a la coordinación y responsabilidad de la CNSC, en virtud de los artículos 125 y 130 de la Constitución Política y en los lineamientos del artículo 11 de la Ley 909 2004.

Así mismo, indicó que la normatividad que aplica y desarrolla cada etapa del concurso es ley para todas las partes y resaltó que los aspirantes que no cumplen con la totalidad de los requisitos deben abstenerse de inscribirse en la convocatoria pues la sola inscripción no representa la superación del proceso de selección.

Por lo anterior solicitó ser desvinculada y declarar improcedente la tutela con relación al INPEC, puesto que no ha vulnerado, afectado o amenazado derecho alguno del accionante.

4.2. Universidad Manuela Beltrán

Esta institución señaló que la situación del accionante en la convocatoria era de “No Apto” debido al incumplimiento del requisito de estatura mínima establecido en la reglamentación de la convocatoria. Así mismo, indicó que la CNSC suscribió el contrato No. 121 de 201 con esa universidad con los objetivos de participar en el desarrollo de las convocatorias 335 y 336 de 2016 y dirigir las etapas que van desde la verificación de requisitos mínimos hasta la consolidación de la información que lleva a la publicación de la lista de convocados a curso en la Escuela Penitenciaria del INPEC. Recalcó que la

competencia para establecer las reglas de concurso es de la CNSC conforme a lo establecido en la Ley 909 de 2004 y el Decreto - Ley 760 de 2005.

Resaltó que el 18 de noviembre de 2016 se dio respuesta a la reclamación elevada por el accionante, en la cual concluyó que *“no se allega prueba siquiera sumaria que contravirtiera el resultado de NO APTO”*. Igualmente, en la reclamación se le explicó al peticionario el motivo de su exclusión y se le recordó los apartes de la reglamentación del concurso que justificaron la decisión adoptada y que son de obligatoria observancia y cumplimiento para todas las partes participantes dentro del concurso de méritos. Finalmente, le informó que el acuerdo, la resolución y los profesigramas que regulan la convocatoria fueron debidamente publicados por la CNSC en su página web. En consecuencia, solicitó al juez de instancia no acceder a tutelar los derechos del accionante.

4.3. Fundemos I.P.S.

La IPS afirmó que, de acuerdo con la publicación realizada el 4 de noviembre de 2016, el accionante resultó calificado como *“No Apto”* debido a la inhabilidad relacionada con la talla. Explicó que, de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 005657 de 24 de diciembre de 2015 del INPEC, el aspirante debía contar con una estatura mínima para los hombres de 1.66m; no obstante, la estatura del accionante es de 1.65m. Aunado a ello, resaltó que la CNSC recomendaba al interesado que no cumpliera con los estándares de estatura mínima y máxima, no se inscribirse en el proceso para evitar ser excluido.

Finalmente, respecto de los exámenes aplicados a los participantes, señaló que *“se (...) exigió que los mismos cumplieran con todos los protocolos para un resultado óptimo, es decir que están debidamente calibrados y aprobados por las respectivas entidades de control. Así mismo que el personal profesional contratado es idóneo en su área, campo de acción y cuenta con los soportes probatorios”*.

4.4. CNSC

Pese a haber sido notificada en debida forma, la entidad accionada se abstuvo de presentar contestación de la tutela.

5. Decisiones judiciales que se revisan

5.1. Primera Instancia

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, mediante fallo proferido el 19 de enero de 2017, amparó los derechos incoados, argumentando que: (i) *“(e)l 12 de diciembre de 2016, el doctor Jeasson Belarcazar Lugo, en su calidad de médico de la Cruz Roja Colombiana, registró que el concursante tenía un peso de 56 Kg y una talla de 1.66 mts”*¹; y (ii) según su interpretación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente de las sentencias

¹ Cuaderno 2. Folio 249.

T-463 de 1996, T-1266 de 2008 y T-572 de 2015, *“la limitante física como medida para lograr el fin que corresponde al mantenimiento de la disciplina en los centros carcelarios, no tiene ninguna incidencia para el logro eficaz de tal cometido. Corolario de ello, no resulta constitucional que al tutelante se le haya rechazado en el concurso para proveer el cargo de dragoneante, por su estatura”*².

En consecuencia, ordenó a la CNSC que admitiera en el proceso de selección de la Convocatoria No.335-2016 del INPEC, al accionante para que continuara realizando las pruebas correspondientes al concurso de méritos adelantado para el cargo de dragoneante.

5.2. Impugnación

La CNSC impugnó la decisión de primera instancia indicando que la reglamentación del concurso de méritos se toma por aceptada desde el momento de inscripción del aspirante, quien debía tener conocimiento de la valoración médica a realizarse y de los requisitos exigidos, incluido el de la talla. Igualmente, señaló que el requisito de estatura o talla no es caprichoso, *“sino que deriva del estudio técnico de los requerimientos mínimos para desarrollar el proceso de ingreso de personal que hará parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, lo cual se hace a través de los profesiogramas y perfiles profesiográficos de cada cargo y abarcan el promedio de estaturas para estratos bajo-bajo”*. Al respecto afirmó: *“(u)na estatura mínima adecuada facilita la proyección de autoridad, además que permite el uso adecuado de los elementos de seguridad propios del cargo. Es importante recalcar que las funciones del Dragoneante son operativas en su mayoría y requieren de un alto compromiso del componente musculo esquelético. Personal con talla inferior incrementa el riesgo para la institución de ser golpeado o agredido, debido a que la población de interna considera la baja talla como una debilidad; lo cual puede terminar generando accidentes de trabajo graves o fatales. Los aspirantes con tallas inferiores al requerimiento, no serán aptos para continuar con el proceso de selección”*.

Sumado a ello, sostuvo que está en desacuerdo con la interpretación hecha por el accionante y el *a quo* de la jurisprudencia de la Corte porque, si bien en parte de dicha jurisprudencia el Tribunal concluyó que la exigencia de una talla mínima para este tipo de cargos no se encontraba plenamente justificada y por tanto solo era razonable su exigencia siempre y cuando se contara con un sustento técnico-científico que lo fundamentara; esta situación cambió en la Convocatoria 132 de 2012 pues en ésta se contempla tal justificación técnica y científica.

Adicionalmente sostuvo que la tutela no satisfacía el carácter de subsidiariedad de este tipo de acciones por cuanto se trataba de atacar la reglamentación del concurso de manera general, impersonal y abstracta. En ese sentido, la vía de tutela no era la idónea para las pretensiones del actor.

² Íbid.

Por lo anterior solicitó revocar la sentencia impugnada y, en su lugar, denegar las pretensiones del accionante, teniendo en cuenta que la CNSC no ha vulnerado derecho alguno del demandante.

5.3. Segunda Instancia

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante proveído del 23 de noviembre de 2017, revocó el fallo de primera instancia y en su lugar declaró la *carencia actual de objeto*, toda vez que la CNSC publicó la lista de elegibles de la Convocatoria N° 335 de 2016 mediante Resolución N° CNSC - 20172120035615 de 1 de junio de 2017 en la cual se evidenció que el accionante, aun cuando fue reintegrado al proceso en cumplimiento del fallo de primera instancia, no quedó incluido en la lista de elegibles para el cargo al que aspiraba. Adicionalmente señaló que la actuación de la parte accionada se dio en total respeto de las normas de la convocatoria y si la inconformidad del actor se da en relación con la exigencia de la estatura mínima en abstracto, debe acudir al proceso ordinario y no a la vía de tutela.

5.4. Aclaración del fallo de segunda instancia

Tanto la parte demandante como la entidad demandada solicitaron a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado aclarar el sentido del fallo proferido el 23 de noviembre de 2017. Puntualmente, solicitaron que se aclarara el argumento central para la declaración de carencia actual de objeto, según el cual, el accionante no aparecía en la lista de elegibles de la Resolución N° CNSC - 20172120035615 de 1 de junio de 2017, pese a haber sido reintegrado al concurso.

5.4.1. Al respecto, la CNSC informó que en cumplimiento de la orden del fallo de primera instancia el accionante fue readmitido a la convocatoria y se adoptaron las medidas para que éste continuara en el proceso de selección. En consecuencia, el accionante fue citado a un curso adicional de Complementación en la Escuela Penitenciaria Nacional del INPEC, junto con otros aspirantes admitidos por orden judicial que no pudieron incluirse para las fechas inicialmente programadas. Este curso adicional inició el 04 de julio de 2017 y culminó el 06 de octubre del mismo año. Por tal motivo, el actor no figuraba aún en la lista de elegibles referenciada por el *ad quem*. Tras finalizar dicho curso el aspirante fue incluido en el listado de elegibles mediante Resolución No. 20172120069705 del 30 de noviembre de 2017.

No obstante, la CNSC considera que la decisión tomada por el juez de segunda instancia, esto es, declarar la carencia de objeto con base en la no inclusión del aspirante en la lista de elegibles “*no engloba la totalidad de las circunstancias que rodearon el proceso de selección para el caso del señor Santacruz Paredes*”. Por lo que la entidad le solicitó al juez de segunda instancia que aclarara el fallo teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de dicho proveído, en la cual se concluye que la exclusión del accionante del concurso se encontró debidamente justificada toda vez que, como lo indicó el *ad quem*: “*las reglas establecidas en la convocatoria de un concurso ostentan un carácter*

obligatorio y vinculante, las cuales deben ser respetadas por las entidades encargadas del proceso como por los aspirantes. Por consiguiente, el hecho, de que el accionante fuese excluido porque no cumplió con la estatuta mínima establecida, no es una actuación que vulnere sus derechos fundamentales”.

Por lo expuesto, la CNSC solicitó que, una vez aclarado el fallo, se mantenga la decisión de revocar el fallo de primera instancia sin que se declare la carencia actual de objeto.

Aunado a lo anterior, la CNSC le informó al juez de segunda instancia cuáles fueron sus actuaciones en relación con la situación del demandante en la Convocatoria, a raíz del fallo proferido por aquel. Al respecto, mencionó que, siguiendo la interpretación del fallo de segunda instancia, esto es, que no existió vulneración de los derechos del accionante por parte de la CNSC, ésta última modificó la Resolución 20172120069705 del 30 de noviembre de 2017, a través de la Resolución No. 20172120069905 del 01 de diciembre de 2017, excluyendo al accionante del concurso.

5.4.2. Por su parte el actor señaló que *“al declarar la carencia actual de objeto no se entiende si se trata de hecho superado o el daño consumado; siendo lo procedente considerar el hecho superado”*, toda vez que, a partir del fallo de primera instancia, el accionante fue reintegrado a la convocatoria, continuó el proceso de selección hasta finalizar el curso extemporáneo y por tanto considera que se encuentra *“ad portas de integrar la lista de elegibles”*. Así mismo, señaló que esta situación generó un vínculo jurídico de estudiante aprendiz, *“con derechos laborales y con la expectativa cierta e inminente de integrar la lista de elegibles”*. En consecuencia, solicitó que se aclarara el fallo en el entendido en que la carencia actual de objeto obedece a un hecho superado, de modo que no tendría sentido emitir un nuevo fallo que pudiera transformar tal situación favorable para el accionante.

5.4.3. El 25 de enero de 2018, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado emitió Auto por medio del cual decidió denegar las solicitudes de aclaración del fallo presentadas, con fundamento en que lo expuesto en el fallo no dejaba lugar a dudas. Al respecto reiteró que, si bien la declaración de carencia de objeto obedeció a la no inclusión del accionante en la lista de elegibles consultada para entonces, las consideraciones del fallo fueron claras por cuanto *“se realizó un análisis del procedimiento establecido para el mencionado concurso, desde la inscripción de los aspirantes hasta la publicación de la lista de elegibles, lo que permitió abordar las razones por las cuales fue declarado no apto el accionante, de lo cual la Sala no observó alguna actuación contraria a las reglas del concurso que desconociera los derechos fundamentales del aspirante, razón por la que se revocó la decisión impugnada, pues no existían razones para conceder el amparo solicitado. Dicho en otras palabras, se concluyó que la demandada se atuvo a las reglas precisadas en la convocatoria”*. Adicionalmente, a su juicio, la CNSC realizó una narración de los trámites surtidos en el proceso de selección del actor que no configuran propiamente una solicitud de aclaración del fallo, por lo que no se requería pronunciamiento adicional al respecto.

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. Con el propósito de clarificar los supuestos de hecho que motivaron la presente acción de tutela y para un mejor proveer en el presente asunto, mediante auto del 18 de julio de 2018, se requirió:

1.1. Al demandante que informara sobre los hechos relevantes acaecidos a partir del cumplimiento de los fallos de primera y segunda instancia del presente proceso en lo relacionado con su continuidad o exclusión del concurso de méritos y si se han presentado otros cambios relevantes con relación a los hechos que motivaron la tutela en revisión.

En respuesta allegada al proceso el 2 de agosto de 2018, el peticionario informó que, en cumplimiento del fallo de primera instancia de tutela, la CNSC lo citó para realizar el curso de complementación y tras culminarlo exitosamente fue incluido en el listado de elegibles de la convocatoria. Señaló que para satisfacer los requisitos de esa etapa del concurso tuvo que incurrir en varios gastos como el transporte de Pasto a Funza (Cundinamarca) su alimentación, afiliación en salud, entre otros. No obstante, tras el fallo de segunda instancia, la CNSC *“decidió ipso facto retirar(lo) del concurso, modificando la lista de elegibles; sin observar ninguna formalidad o procedimiento para la revocatoria de los actos administrativos que ya habían adquirido firmeza”*.

Así mismo, informó que a través de abogado se interpuso demanda de nulidad y restablecimiento de derecho ante el Consejo de Estado, en la cual se solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos y que se acumularan sus pretensiones con las de otros aspirantes en similar situación. No obstante, mientras se pronuncia el Consejo de Estado, la tutela es pertinente para el amparo de sus derechos como medida transitoria.

Finalmente adujo que presentó reclamación ante la CNSC, la cual fue resuelta por la entidad de forma negativa.

1.2. A la CNSC que informara ¿cuáles fueron las medidas adoptadas por la entidad frente al accionante en cumplimiento de los fallos de primera y de segunda instancia de la presente acción de tutela?, especificando si al accionante se le excluyó o se le permitió continuar con el proceso de selección correspondiente al concurso de méritos que motivó la presente acción de tutela. Así mismo, se le solicitó que informara si el demandante fue aceptado o rechazado para el cargo que aspiraba, explicando las razones que motivaron tal decisión.

La entidad allegó respuesta al proceso el 31 de julio de 2018 en la cual concuerda con lo manifestado por el accionante en cuanto a que en cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia fue reintegrado al proceso, y posterior al fallo de segunda instancia fue excluido nuevamente. No obstante, la entidad advirtió al respecto que *“la determinación de readmitirlo al proceso de selección obedeció al cumplimiento estricto de una orden de tutela proferida*

por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala de Decisión Sistema Oral, sin embargo, como se indicó en precedencia esa decisión judicial fue REVOCADA y por lo tanto, no existía fundamento legal para mantener vigente la readmisión (...)”

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

La Corte Constitucional, por conducto de esta Sala de Revisión, es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico y esquema de solución

De acuerdo con las situaciones fácticas planteadas, le corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar, en primer lugar, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos. En caso de ser procedente, en segundo lugar, se analizará el caso concreto, a partir del siguiente problema jurídico:

¿La CNSC, entidad encargada de realizar un concurso abierto de méritos para proveer los cargos de dragoneante del INPEC, vulneró los derechos a la igualdad, al trabajo y al debido proceso administrativo de Iván Steven Santacruz Paredes, al excluirlo del concurso abierto de méritos para proveer los cargos de dragoneante del INPEC, con fundamento en que el actor no cumplía con el requisito de estatura mínima exigida?

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala de Revisión: (i) expondrá el marco normativo de la Convocatoria No. 335 de 2016 del INPEC -para proveer el cargo de dragoneantes de la institución-; (ii) reiterará la jurisprudencia sobre la proporcionalidad y racionalidad de los requisitos médicos y físicos exigidos para ocupar el cargo de dragoneantes del INPEC, en función de la naturaleza de las funciones que desempeñan; y (iii) analizará el caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela en el caso *sub examine*

3.1. 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.

En esta oportunidad, la acción de tutela fue interpuesta por Iván Steven Santacruz Paredes quien solicita la protección de sus derechos fundamentales, por medio de apoderado judicial. Por consiguiente, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por activa para el caso sub examine.

3.2. 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 fundamentales³. 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 particulares⁴.

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 Manuela Beltrán y la IPS Fundemos, vinculadas al proceso por el juez de primera instancia, 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;

³ Decreto 2591 de 1991. **ARTICULO 13.** “PERSONAS CONTRA QUIEN SE DIRIGE LA ACCION E INTERVINIENTES. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior. Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud”.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-487 de 2017.

(ii) la segunda, por su parte, es una entidad con personería jurídica de derecho privado, que participó del desarrollo de la Convocatoria No. 335 de 2016, 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 8° del artículo 42 del Decreto 2591, el cual señala que “(l)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.

Asimismo, 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.

3.3. 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 fundamentales⁵.

En el caso concreto, se observa que el 18 de noviembre de 2016 la CNSC dio respuesta a la reclamación por parte del accionante y confirmó su exclusión de la Convocatoria y el 19 de diciembre de 2016, el accionante presentó la tutela. Es decir, transcurrió aproximadamente un mes entre uno y otro evento, término que resulta prudente y razonable para reclamar la protección de los derechos vulnerados con lo que se satisface el requisito de inmediatez.

3.4. 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 fundamental⁶.

En relación con la procedencia de la acción de tutela cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto, el numeral 5° del artículo 6° 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

⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-961 de 1999.

⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-682 de 2017.

mecanismo judicial al que debe acudir para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos⁷.

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 irremediable⁸.

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 fundamentales⁹. 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”¹⁰

En efecto, este Tribunal ha reconocido que se configura una excepción a la improcedencia de la tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, cuando los mecanismos ordinarios existentes no son idóneos ni eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹¹. Si bien el accionante tiene 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

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 2015. Ver entre otras sentencias SU-458 de 1993, donde la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos de ejecución del concurso de méritos de la rama judicial cuando el actor no había hecho uso de ellos; T-315 de 1998, en la cual la Corte luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996; y T-1198 de 2001, en esta oportunidad la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos administrativos dentro del proceso de selección en la Aeronáutica Civil, ni tampoco existía un perjuicio irremediable, pues los accionantes no cumplían con los requisitos mínimos exigidos para participar en el concurso. También puede consultarse la Sentencia T-586 de 2016,

⁸ Ver, Corte Constitucional, Sentencias T-600 de 2002 y T-572 de 2015.

⁹ Ibídem.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional T-547 de 2017.

¹¹ Ver, Corte Constitucional, Sentencias T-045 de 2011, T-785 de 2013 y T-572 de 2015.

es el mecanismo idóneo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en concursos de méritos”¹².

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que el asunto que ocupa a esta Sala adquiere una relevancia iusfundamental, que activa la competencia del juez de tutela, toda vez que lo que se estudia es la posible vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso de Iván Steven Santacruz Paredes como consecuencia de la aplicación concreta de la reglamentación del concurso y la posterior exclusión del demandante de la lista de elegibles por su talla, la Sala Quinta de Revisión considera que se acredita el requisito de subsidiariedad y, en consecuencia, pasará a examinar a fondo el asunto.

4. Marco normativo de la Convocatoria No. 335 de 2016 del INPEC -para proveer el cargo de dragoneantes de la institución-

La Convocatoria No. 335 de 2016 - INPEC fue reglamentada por el Acuerdo No. 563 de 2016 de la CNSC. En dicho Acuerdo se puso en conocimiento de todos los aspirantes el portal de Internet de la CNSC¹³, medio oficial de divulgación del concurso y de comunicación con los aspirantes, en virtud de los artículos 13¹⁴ y 14¹⁵ del Acuerdo.

Dentro de los aspectos incluidos en la reglamentación de la Convocatoria, se encuentran los siguientes: (i) Convocatoria y divulgación; (ii) Requisitos de participación; (iii) Causales de exclusión; (iv) Generalidades del cargo ofertado; (v) Inhabilidades; (vi) Pruebas; (vii) Valoración médica; (viii) Reclamaciones; (ix) Curso de formación y complementación; (x) Conformación de lista de elegibles y (xi) periodo de prueba. Para el caso que ocupa a esta Sala es necesario hacer referencia a aquellos asuntos regulados en el Acuerdo No. 563 de 2016, que servirán para resolver el problema jurídico antes planteado.

En efecto, el artículo 4º del Acuerdo referido estableció la estructura del concurso de méritos para la selección de los aspirantes al proceso de la siguiente manera:

¹² Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-045 de 2011 y T-572 de 2015.

¹³ Ver: www.cnsc.gov.co.

¹⁴ Acuerdo 563 de 2016. **ARTÍCULO 13º. DIVULGACIÓN.** La Convocatoria se divulgará a partir de la fecha que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través del Despacho responsable de la Convocatoria, en las páginas Web www.cnsc.gov.co, www.inpec.gov.co y demás medios que determine el Despacho y permanecerá publicada en el link “Convocatoria No. 336 de 2016- INPEC Dragoneantes”, durante el desarrollo de la misma.

¹⁵ Acuerdo 563 de 2016. **“ARTÍCULO 14º. MODIFICACIÓN DE LA CONVOCATORIA.** La convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración como a los participantes. Antes de dar inicio a la etapa de inscripciones, la Convocatoria podrá ser modificada o complementada en cualquier aspecto por la CNSC, hecho que será divulgado a través de la página Web www.cnsc.gov.co.

Iniciadas las inscripciones, la convocatoria sólo podrá modificarse en cuanto al sitio, hora y fecha de recepción de inscripciones y aplicación de las pruebas, por la entidad responsables de realizar el concurso. Las fechas y horas no podrán anticiparse a las previstas inicialmente en la Convocatoria.

Las modificaciones, respecto de las fechas de las inscripciones, se divulgarán por los mismos medios utilizados para la divulgación de la convocatoria, por lo menos con dos (2) días hábiles de anticipación a la fecha de iniciación del período adicional y será de la exclusiva responsabilidad del Comisionado responsable de la Convocatoria.

Las modificaciones relacionadas con fechas o lugares de aplicación de las pruebas, deberán publicarse por los medios que determine la entidad que adelanta el concurso, incluida su página Web y, en todo caso, con dos (2) días hábiles de anticipación a la fecha inicialmente prevista para la aplicación de las pruebas y será de la exclusiva responsabilidad del Comisionado responsable de la Convocatoria”.

1. *“Convocatoria y divulgación*
2. *Inscripciones*
3. *Verificación de requisitos mínimos*
4. **FASE I. CONCURSO. (PRUEBAS)**
 - 4.1. *Prueba Psicológica Clínica*
 - 4.2. *Prueba de valores*
 - 4.3. *Prueba físico-atlética*
 - 4.4. *Entrevista*
5. **Valoración médica**
6. **FASE II. CURSO (ART.93 del Decreto Ley 407 de 1994).**
 - 6.1. *Curso de formación teórico y práctico para mujeres*
 - 6.2. *Curso de formación teórico y práctico para varones*
 - 6.3. *Curso de complementación teórico y práctico*
7. *Conformación de lista de elegibles*
8. *Periodo de prueba”.*

En lo que respecta al aquí demandante, Iván Steven Santracruz Paredes, éste se presentó al empleo de dragoneante el cual consta de 400 vacantes para integrar la planta global del INPEC. Según lo establecido en el artículo 11 del Acuerdo referido, las funciones a desempeñar en dicho cargo son las siguientes: *“realizar las disposiciones relacionadas con el orden, la seguridad, disciplina, autoridad, convivencia, custodia y vigilancia de las personas privadas de la libertad a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, así como la vigilancia de las instalaciones en el desarrollo de los programas de resocialización, tratamiento integral y protección de derechos fundamentales, cumpliendo las órdenes e instrucciones de los oficiales y suboficiales del cuerpo de custodia”.*

El numeral 6° del artículo 10° de la misma normativa estableció las causales de exclusión de la convocatoria, entre las cuales se encuentra *“obtener concepto de no apto en la valoración médica”*. En el artículo 48 se indicó que la valoración médica *“no constituye una prueba dentro del proceso de selección, sino un trámite previo y obligatorio para ingresar al curso de Formación o Complementación”*. En relación con las inhabilidades ocupacionales como consecuencia del resultado arrojado en dicha valoración, señaló que las mismas se encuentran reguladas en la Resolución No. 5657 del 24 de diciembre de 2015 del INPEC¹⁶, por medio de la cual se adopta el *profesiograma* para el cargo de Dragoneante.

Aunado a lo anterior, el artículo 52 del Acuerdo establece que, de conformidad con la Resolución No. 005657 del 24 de diciembre de 2015 del INPEC, uno de los requisitos de aptitud física que debe cumplir el aspirante, es la altura, la cual debe encontrarse dentro de los siguientes rangos: *“Hombres Mínima: 1.66m y Máxima: 1.98m”* y *“Mujeres Mínima: 1:58m y Máxima 1:98m”*.

Ahora bien, el *profesiograma* es el documento en el cual se establecieron las *“pautas de aptitud psicofísica requeridas en el aspirante a ingresar al Instituto*

¹⁶ “Por la cual se modifica el Profesiograma, Perfil Profesiográfico e Inhabilidades Médicas para los empleos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia - CCV del INPEC y se adopta la Versión 3 para el cargo de Dragoneante y la Versión 2 para los cargos de ascenso”.

Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC basado en la clasificación de enfermedades y descripciones fisiopatológicas que están contenidas en el mismo, cumpliendo con un criterio de aptitudes morales, físicas, éticas, médicas, y psicológicas”. El objetivo de este instrumento consiste en “garantizar una buena prestación del servicio penitenciario en los establecimientos del orden nacional dependientes del INPEC. A su vez, determinar su capacidad psicofisiológica de acuerdo al perfil ocupacional establecido por el INPEC para el cumplimiento de las actividades que corresponden a la naturaleza del servicio penitenciario”. Este documento fue elaborado por el Grupo de Salud Ocupacional de la Subdirección de Talento Humano y por la ARL Positiva Compañía de Seguros, y adoptado por el INPEC mediante la Resolución No. 5657 de 2015.

De esta manera, el *profesiograma* se constituyó en la herramienta para examinar la aptitud de los aspirantes al cargo ofertado, desde la perspectiva de la salud ocupacional. Ello implica que éste sea, tanto una vía para prevenir el origen de lesiones y enfermedades ocasionadas por las labores y condiciones del trabajo, como un instrumento para garantizar el cabal cumplimiento de sus funciones. La importancia de cumplir con las exigencias referidas radica en el hecho de que el cargo de dragoneante es considerado como una actividad de alto riesgo¹⁷, lo que demanda una rigurosa capacidad psicofísica en los candidatos.

En concordancia con lo anterior, en el artículo 50 del Acuerdo No. 563 de 2016 se precisó que el único resultado médico aceptado en la Convocatoria sería aquél proferido por la entidad contratada para llevar a cabo la valoración médica, a saber:

“Artículo 50. Importancia y efectos del resultado del examen médico. Con la valoración médica practicada a cada aspirante que supere el concurso, se analiza la aptitud médica y psicofísica, entendida esta de manera general, como la capacidad mental y física que posee un ser humano para desempeñar una actividad y oficio.

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

¹⁷ Decreto Ley 2090 de 2003. **“ARTÍCULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR.** Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes: (...)

7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública”. Al respecto pueden consultarse las Sentencias T-785 de 2013, C-853 de 2013 y T-441 de 2017.

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

El aspirante que cumpla con todas las condiciones médicas, físicas, psicológicas y demás que le permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad correspondiente, según el 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.

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, institución universitaria e institución de educación superior que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección” (negrilla fuera del texto).

Por último, en el artículo 54 se reglamentó lo relativo a la atención y respuesta de las reclamaciones sobre los resultados de la valoración médica, consagrando que “*las reclamaciones de los aspirantes con concepto de no apto, con ocasión de los resultados de la Valoración Médica, serán presentadas ante la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección, dentro de los dos (2) días siguientes a la publicación de los resultados. (...) Ante la decisión que resuelve la reclamación contra el resultado de la valoración médica no procede ningún recurso*”.

5. Reiteración de jurisprudencia sobre la proporcionalidad y racionalidad de los requisitos médicos y físicos exigidos para ocupar el cargo de dragoneantes del INPEC, en función de la naturaleza de sus funciones

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 tareas¹⁸; por lo tanto, excluir a un aspirante que no cumple cualquiera de los requisitos que han sido previstos por la institución, no vulnera, en principio, 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.

¹⁸ Cfr. Sentencia T-463 de 1996. Reiterado en las Sentencia T-572 de 2015 y T-586 de 2017.

En concordancia con lo anterior, este Tribunal se ha pronunciado sobre los requerimientos físicos para acceder a cargos de carrera¹⁹ en tres escenarios particulares, a saber: i) estatura mínima; ii) tatuajes; y iii) salud. En gran parte de dicha jurisprudencia, la Corte 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*. Por las características del caso que ocupa a esta Sala, se expondrán aquellos fallos en los cuales el requisito de estatura mínima ha sido objeto de análisis por parte de esta Corporación.

Una de las primeras sentencias en relación con la exigencia de estatura mínima fue la **T-463 de 1996**. En ella, la Sala Quinta de Revisión estudió la situación de una joven que se inscribió a un concurso para ingresar al curso de suboficiales femeninos del cuerpo administrativo del Ejército, en la especialidad de sistemas. Tras la práctica de la prueba médica, la accionante fue calificada *No Apta* por baja estatura, y rechazada para continuar en el proceso. En dicha oportunidad la Corte señaló 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”*²⁰.

Posteriormente, la Sala Octava de Revisión mediante la providencia **T-1098 de 2004**, estudió un caso en la cual se le exigió a una persona cumplir una estatura mínima para entrar al cuerpo de dragoneantes del INPEC; en esa ocasión se estableció que el requisito *“por cuyo incumplimiento el actor resultó excluido es razonable y proporcional, pues no existen elementos de juicio para restar validez a las conclusiones de carácter empírico expuestas por la entidad accionada, relacionadas con el impacto positivo en la disciplina de la población carcelaria y las facilidades prácticas para el cumplimiento de los fines de la institución que representa el hecho de que el personal de custodia cuente con una estatura no inferior al límite establecido que, en este caso, lejos está de reputarse como exagerado -"contrario a la razón o a la naturaleza humana" -, si se tiene en cuenta que está por debajo del promedio nacional”*.

En adición, la Corte argumentó que el requisito censurado *“tiene como fin facilitar a la entidad la conservación de la disciplina de la población carcelaria en los diferentes procedimientos inherentes al ejercicio de sus competencias, lo cual (sic) a su vez (...), favorece la seguridad de los reclusos, así como de los funcionarios responsables de su custodia. El medio al que se acude, entre otros muchos dirigidos a ese fin, corresponde a un límite de la estatura mínima del personal que aspira a asumir la custodia y vigilancia de la población carcelaria lo cual, dando crédito a las conclusiones que la entidad ha expresado sobre el particular, parece un mecanismo adecuado en tanto: i) no representa una restricción basada en una categoría censurable en sí misma, ii) no tiene un*

¹⁹ Véase, entre otras, las Sentencias T-463 de 1996, T-1098 de 2004, C-452 de 2005, T-1266 de 2008, C-403 de 2010, C-820 de 2010, T-045 de 2011 y T-257 de 2012.

²⁰ En la referida acción de amparo, se tuteló los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio de la actora, y se ordenó que fuera admitida en el curso para suboficiales del cuerpo administrativo, especialidad de sistemas, de la Quinta Zona de Reclutamiento.

*móvil arbitrario o caprichoso y, iii) no representa una discriminación de una franja de la población que pueda considerarse débil o marginada”*²¹.

Consecuentemente, mediante el proveído **T-1266 de 2008**, la Sala Quinta de Revisión analizó el caso de varias mujeres que fueron excluidas de un concurso para ocupar el cargo de dragoneantes del INPEC, debido a que no cumplían el requisito de estatura mínima y porque una de ellas padecía de escoliosis. En esa oportunidad, la Sala consideró que no había proporcionalidad entre la exigencia de una determinada estatura o de la presencia de escoliosis, por las funciones del cargo, y determinó que existía una presunción de discriminación a favor de las peticionarias²². En consecuencia, decidió amparar los derechos de las accionantes dado que la exigencia de estatura mínima para las **mujeres se encontraba debajo del promedio de estatura de mujeres a nivel nacional y no se presentaba ninguna motivación técnica o científica** que justificara la exigencia de la estatura señalada para las mujeres en el concurso de ese año.

Finalmente, 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 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, 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 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” (negrilla fuera del texto).

²¹ En esta ocasión se estableció “que no existe prueba alguna en el expediente que indique que el accionante haya diligenciado y presentado oportunamente el formulario de inscripción, como tampoco que su supuesto rechazo haya sido ocasionado por no tener la estatura requerida en la convocatoria, lo que impide afirmar la vulneración del derecho a la igualdad que se le enrostra al INPEC”.

²² En dicha acción de tutela se encontró que se vulneró el derecho a la igualdad de las demandantes. Se ordenó al INPEC y a la CNCS se “admitan en el proceso de selección a las accionantes y que si aprueban las diferentes pruebas establecidas en el mismo o ya las han aprobado, se busquen las tareas que puedan desarrollar y se incluyan en la lista de elegibles”. Y por último se previno “al representante legal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para que en el futuro, se abstenga de aplicar reglamentos concursales o proferir decisiones que, fundadas en complexión y estatura, puedan vulnerar el derecho a la igualdad”.

En conclusión, puede indicarse que las exigencias de ciertas calidades dentro de un proceso de selección, como lo es la estatura mínima, pueden ser razonables, legítimas y pertinentes, siempre que exista un fundamento científico o médico que acredite dicha posibilidad. No obstante, 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 cargo²³.

6. Análisis del caso concreto

6.1. Síntesis del caso

En el presente caso, el demandante solicitó el amparo de sus derechos a la igualdad, al trabajo y al debido proceso administrativo presuntamente vulnerados por la CNSC al impedirle continuar dentro del proceso de selección de la Convocatoria N° 335 de 2016 para proveer el cargo de Dragoneante del INPEC, sustentando dicha decisión en que el aspirante no satisfizo el requisito de estatura mínima exigida, pues para los hombres ésta se estableció en 1,66m., mientras que el accionante mide 1,65m.

Para el accionante este requisito de estatura debería ser evaluado de manera integral, teniendo en cuenta aspectos como el origen de su estatura inferior de acuerdo con su contexto étnico, social, etareo y familiar y verificar si ello realmente impide el desempeño de las funciones propias del cargo.

El 19 de enero de 2017, la Sala de Decisión del Sistema Oral del Tribunal Administrativo de Nariño amparó los derechos incoados por el demandante sosteniendo que: (i) en exámenes médicos particulares practicados en la Cruz Roja y allegados al expediente, se indica que el aspirante tiene una talla de 1,66 mts.; y (ii) la jurisprudencia de este Tribunal, a su juicio, indica que no es constitucional el rechazo en razón a la estatura pues ello no tiene incidencia en el mantenimiento de la disciplina dentro de los centros carcelarios.

La CNSC impugnó el fallo de primera instancia refiriendo una interpretación inadecuada de la jurisprudencia constitucional por parte del a quo, pues éste último se refirió a circunstancias de convocatorias anteriores que ya fueron corregidas con anterioridad a la convocatoria en discusión. Así mismo, el actor debía acudir a otros medios distintos a la tutela para resolver sus pretensiones.

El 23 de noviembre de 2017, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, revocó la sentencia de primera instancia declarando la *carencia actual de objeto* al evidenciar que el demandante, pese a haber sido reintegrado al concurso, no aparecía en el listado de elegibles.

²³ Ibid.

Ante este pronunciamiento, tanto la parte actora como la accionada solicitaron aclaración del fallo. En su escrito de solicitud la CNSC explicó que el accionante no aparecía en el listado revisado por el *ad quem* debido a que, en cumplimiento del fallo de primera instancia, este había sido citado para un curso adicional junto a otros aspirantes en cumplimiento de fallos judiciales y por la fecha de terminación de ese nuevo curso, no era posible que apareciera en el listado revisado. Agregó que el aspirante fue incluido en el listado de elegibles posterior al curso, pero más tarde fue excluido del proceso tras el fallo de segunda instancia. Por su parte el accionante pidió que se aclarara el fallo señalando que la carencia actual de objeto obedecía a un hecho superado, dado que él había continuado ya con el proceso de selección y estaba *ad portas* de hacer parte de los aspirantes elegibles.

Las solicitudes de aclaración fueron denegadas por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante Auto del 25 de enero de 2018, argumentando que el fallo no daba lugar a dudas al señalar que si bien la *carencia de objeto* obedecía a que el aspirante, pese a haber sido reintegrado al concurso, no aparecía en el listado de elegibles; en todo caso, las consideraciones del fallo exponían claramente que el accionar de la CNSC obedeció a la reglamentación del concurso y por ello no había vulnerado derecho alguno del demandante.

6.2. Análisis de la presunta vulneración de los derechos incoados

Como se mencionó previamente, esta Corporación ha sostenido en reiterada jurisprudencia que exigir requisitos médicos y físicos para el cargo de dragoneantes del INPEC no resulta, *per se*, inconstitucional, siempre y cuando tales requisitos como mínimo sean: (i) *razonables*, esto es, que no impliquen discriminaciones injustificadas entre los participantes; (ii) *proporcionales* a los fines para los cuales se establece; y (iii) *necesarios*, en la medida que se justifique la relación que existe entre la aptitud física y el desarrollo de las funciones propias del cargo.

Así mismo, en relación con la aplicación de dichos requisitos, este Tribunal ha indicado que no vulnera los derechos de los aspirantes en los casos en que: (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.

En el caso bajo examen, contrario a lo expuesto por el accionante, las razones de su calificación como *No Apto* para la Convocatoria 335 no tienen relación alguna con su origen étnico, pues este ni siquiera fue probado conforme las pruebas que obran en el expediente. El actor se limitó a señalar que era proveniente de Mocoa, Putumayo, sin especificar su pertenencia a alguna etnia. Así, el requisito que incumplió el demandante, según los resultados médicos de la convocatoria, fue el de la talla mínima para el cargo de Dragoneante - INPEC, establecido en el artículo 52 del Acuerdo 563 de 2016. En este último se señala

que para los hombres la estatura mínima es de 1,66m y en el caso del accionante, los resultados indicaron una talla de 1,65m. En principio, dicho requisito resulta razonable y no implica una medida discriminatoria injustificada en tanto que, según lo informó la CNSC, se estableció a partir de un análisis técnico y científico.

Al respecto, la CNSC refiere el documento de inhabilidades médicas, incluido en la versión 3 del *profesiograma*, en el cual se indica que la medición de talla “*facilita la proyección de autoridad, además que permite el uso adecuado de los elementos de seguridad propios del cargo. (...) (p)ersonal con talla inferior incrementa el riesgo para la institución de ser golpeado o agredido, debido a que la población de internado considera la baja talla como una debilidad; lo cual puede terminar generando accidentes de trabajo graves o fatales*”²⁴ (negritas fuera del texto). De manera que la exigencia de dicho requisito no resulta, en sí misma, inconstitucional.

Ahora bien, en aplicación de las reglas establecidas en la jurisprudencia constitucional referidas a este tipo de requisitos, en el presente caso, se tiene que: (i) según el material probatorio, el accionante fue previa y debidamente informado del requisito y conoció con anterioridad la reglamentación del concurso que fue publicada y referenciada en el sitio Web junto con la documentación requerida para participar en la Convocatoria; (ii) no existe en el presente caso indicio alguno que controvierta que el proceso de selección se desarrolló en igualdad de condiciones entre los aspirantes; y (iii) la decisión de exclusión del accionante se basó en la verificación objetiva del cumplimiento del requisito de la estatura mínima.

En cuanto a este último punto, es pertinente mencionar que si bien el accionante no presentó en las reclamaciones hechas ante la CNSC, las certificaciones médicas anexas al escrito de tutela en las cuales se indica que su talla o estatura para diciembre de 2016 era de 1,66m.; aun así, la Sala considera necesario referirse a esta situación para despejar posibles dudas sobre algún eventual error en la medición de la talla del aspirante y por ende un desconocimiento de sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo. En tal sentido, al realizar un análisis integral del expediente, se tiene que:

- (i) El demandante no discutió, en ninguna de las oportunidades que tuvo dentro del proceso de su reclamación, la validez de los resultados de la medición de su estatura, efectuada en el proceso de selección de la Convocatoria. Siendo este el elemento central por el cual resultó excluido del concurso, se esperaría que, si se hallaba disconforme con tales resultados, los cuestionara durante las etapas de reclamación administrativa, en su escrito de tutela o en el escrito presentado en sede de revisión. Por el contrario, en todos los documentos que soportan su reclamo, se limitó a controvertir el hecho de que tener una estatura inferior a la exigida, a su juicio, no resulta ser un obstáculo para que él desempeñe adecuadamente el cargo.

²⁴ Cuaderno 2. Folio 257.

- (ii) El actor afirmó que su inconformidad no es frente a la norma que exige la estatura mínima de cualquier aspirante; si no que cuestiona la aplicación de dicho requisito en su caso. No obstante, no presenta ningún argumento objetivo que indique por qué la aplicación del requisito de estatura, en efecto, es violatorio de sus derechos fundamentales.
- (iii) El aspirante manifestó, en su escrito de tutela, que: “(...) *el artículo 52 del Acuerdo 563 de 2016, efectivamente establece un rango de estatura mínima para hombres de 1,66 y se resalta que la estatura será **evaluada** al momento de la presentación de la valoración médica. Confirmando que el verbo **evaluar**, establece que no es definitiva la estatura señalada en el Acuerdo y ello la (sic) motivó a concursar a pesar de faltarle por completar su crecimiento, teniendo en cuenta su edad*”. De esta afirmación es posible colegir que el actor consideró que no cumplir con la estatura mínima para el momento del concurso, no era una limitante, en tanto que, el uso del verbo evaluar, bajo su concepto, implicaba que tal exigencia no era definitiva y podía cambiar en el tiempo.
- (v) Las entidades participantes del proceso de selección resaltaron la importancia de cumplir con cada uno de los requisitos para el concurso. Particularmente la I.P.S. Fundemos, en su escrito de defensa, se refirió a los exámenes aplicados a los participantes e indicó que: “*se (...) **exigió que los mismos cumplieran con todos los protocolos para un resultado óptimo, es decir que están debidamente calibrados y aprobados por las respectivas entidades de control. Así mismo que el personal profesional contratado es idóneo en su área, campo de acción y cuenta con los soportes probatorios***” (negrillas fuera de texto). Afirmación que el accionante tampoco controvertió.

De lo expuesto es posible concluir que el aspirante: (i) aceptó, sin controvertir los resultados de medición de su estatura valorados dentro del proceso de la convocatoria; (ii) asumió como un aspecto decisivo para su inscripción al concurso que, pese a no tener la estatura requerida, dicha exigencia no sería definitiva y en ese sentido podía cumplirla con posterioridad; y (iii) la entidad encargada de efectuar las mediciones contaba con el personal idóneo y las herramientas debidamente calibradas para obtener resultados exactos en función de reconocer la importancia que estos tenían para el concurso. Sin embargo, la estatura fue un requisito claramente señalado en la reglamentación de la convocatoria, y por tanto, definitivo para la selección del personal que integraría el INPEC como dragoniante. Más aún, la condición de tener una estatura mínima fue fijada tanto para hombres y mujeres, bajo la idea de este es un requisito objetivo y necesario para la efectiva prestación de las funciones de protección y guardia de la población carcelaria.

En adición, para esta Sala no es posible concluir que existió un error en la medición de la estatura del accionante durante el proceso de selección de la Convocatoria, aun cuando existan otros resultados expedidos por entidades particulares que los controvierten. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el accionante anexó a su escrito de tutela certificados médicos de las entidades

Kumara Seguridad y Salud en el Trabajo S.A.S, del 9 de diciembre de 2016²⁵, y Cruz Roja Colombiana Seccional Nariño, del 12 de diciembre de 2016²⁶, en los que ambas concluyen que el accionante cuenta con una talla de 1.66m. No obstante, en la Convocatoria 335 de 2016 se precisó que el único resultado que se aceptaría en el proceso de selección respecto a la aptitud médica y psicofísica, era el emitido por la entidad especializada, contratada para dichas labores por la CNSC –artículo 50 del Acuerdo 563 de 2016-. En virtud de lo anterior, los exámenes médicos anexados por el accionante, en los cuales se realizó medición de su altura, debían ser presentados ante la autoridad que realizó la convocatoria para controvertir los resultados de la medición de la estatura del accionante para que dentro del procedimiento la entidad encargada revisara si efectivamente existía algún error en la medición.

Sin embargo, dichos documentos fueron aportados por el accionante solo hasta el momento de la interposición de la tutela, esto es, un mes después de ser calificado como *No Apto* para Dragoneante-INPEC y con posterioridad a la resolución de su reclamación ante el CNSC²⁷. En tal sentido, las diferencias entre los resultados pueden obedecer, como el mismo accionante lo señala, a que su crecimiento no se había completado y creció un centímetro (o los milímetros que le faltaban) entre una y otra medición, y no a la presunta negligencia de las entidades en la medición de su estatura, que vulnerara sus derechos fundamentales.

En consecuencia, teniendo en cuenta que: (i) la exigencia del requisito de estatura mínima para el cargo de Dragoneante del INPEC no resulta, en este caso, inconstitucional; y (ii) no hay evidencia de que la aplicación de tal requisito, en el caso concreto, haya vulnerado o amenazado derecho alguno del accionante; la Sala confirmará el fallo de segunda instancia, que revocó el de primera instancia, denegando la solicitud de amparo invocada por el accionante.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el numeral primero del fallo de sentencia proferido 23 de noviembre de 2017 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante la cual se revocó el fallo proferido el 19 de enero de 2017 por la Sala de Decisión del Sistema Oral del Tribunal Administrativo de Nariño.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral segundo del fallo de sentencia proferido el 23 de noviembre de 2017 por la Sección Cuarta de la Sala de lo

²⁵ Cuaderno 2. Folio 40.

²⁶ Cuaderno 2. Folio 39.

²⁷ Cuaderno 2. Folio 28.

Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, para que en su lugar se deniegue el amparo por no encontrarse configurada vulneración a los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso administrativo del señor Iván Steven Santacruz Paredes.

TERCERO. Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General