

JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS y MEDIDAS DE SEGURIDAD

San Juan de Pasto, Enero Veintitrés (23) de Dos Mil Veinte (2020)

T- 2020-002

YAIR ARMANDO JOJOA PINTA Vs.
COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y OTROS.

Una vez decretada la nulidad en la presente actuación, se procede a decidir la acción de tutela interpuesta por el señor YAIR ARMANDO JOJOA PINTA y que fue formulada en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL C.N.S.C.

I. LA DEMANDA

El accionante expresa que, participó en la Convocatoria 800 de 2018 para proveer el cargo de dragoneante del INPEC, cumpliendo los requisitos establecidos, por ende, fue admitido.

Como consecuencia de lo anterior, presentó las pruebas escritas, físico atléticas, y médicas, empero, la valoración médica arrojó como resultado deficiencias del crecimiento.

Con posterioridad aduce que, prestó servicio militar en el cargo de Auxiliar Bachiller del INPEC, sin identificarse restricciones para el ejercicio de sus funciones, por tanto, considera que el limitante que aduce tener la entidad accionada por su estatura, no es un obstáculo para el cumplimiento de las funciones establecidas en la convocatoria del concurso.

Aunado a lo anterior, manifiesta que los criterios adoptados sobre el riesgo ocupacional derivado de la estatura baja de un dragoneante del INPEC, carecen de fundamento, dado que, no existen antecedente de accidentes o enfermedades de origen laboral que se deriven de los trabajadores de baja estatura.

Así las cosas, solicitó una segunda valoración médica, la cual confirma que no puede continuar con el proceso de selección, por tanto, otorgó poder a un profesional de derecho para que demandara a través de la jurisdicción contenciosa administrativa.

II. DERECHOS DE LOS QUE SE PRETENDE LA PROTECCIÓN

El accionante presume que, con la conducta de las entidades accionadas le han vulnerado los derechos fundamentales a la dignidad humana, derecho al debido proceso administrativo, derecho a acceder a la administración pública en igualdad de condiciones, derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y otros principios, como el de la confianza legítima, la igualdad de trato a todos los aspirantes, el derecho de petición.

III. TRÁMITE IMPARTIDO

Con auto de enero 3 de 2020 esta judicatura admitió la acción perpetrada, empero, se negó la pretensión de acceder a las medidas provisionales solicitadas.

En el mismo auto se vinculó a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO y a los participantes del concurso de méritos de la CONVOCATORIA No. 800 DE 2018 INPEC - DRAGONENANTES y finalmente se ordenó correr el traslado del respectivo escrito de tutela a las entidades accionadas y a los vinculados.

Yair Armando Jojoa Pinta

Finalmente, en auto de 21 de enero de 2020 se declaró la nulidad de lo actuado únicamente en cuanto a la decisión del fallo y una vez se notificaran a las partes, se resolvería la acción de tutela en un término de dos días hábiles, en razón a que los funcionarios del Centro de Servicios Administrativo de estos Juzgados no dieron cuenta de manera oportuna de las respuestas allegadas por el INPEC y la Universidad de Pamplona, adjuntando la información en mención el día 21 de enero de 2020, un día después del vencimiento de la acción para dar a conocer el fallo al que hubiera lugar.

III. ARGUMENTOS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y/O VINCULADAS.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNCS)

El apoderado de la CNCS en su escrito de contestación solicita que, se declare la improcedencia de la acción de tutela, dado que, existen otros medios de defensa judicial para la protección de los intereses del accionante, refiriéndose específicamente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por otra parte, aduce que no hay inminencia, urgencia, y gravedad para proceder a la protección de los derechos del accionante mediante la tutela, es decir, hay inexistencia del perjuicio irremediable.

Respecto a la calificación de no apto del señor Jojoa Pinta, se manifiesta que el demandante elevó la reclamación pertinente, la cual fue resulta conforme a los términos establecidos en la norma, generando la realización de una segunda valoración médica, la cual confirmó la primera respecto a su limitante de estatura para poder continuar con el proceso de selección.

Aunado a lo anterior, se establece en el artículo 47 del acuerdo 20181000006196 de 2018 que los aspirantes deben tener como estatura mínima 1.66 metros y máxima 1.98 metros, parámetros que no satisface el peticionario.

Finalmente expresa que acceder a las pretensiones expresadas en el escrito de tutela, es desdibujar el carácter objetivo de las etapas del concurso, trayendo consigo injusticias y destrucción a los principios del concurso público de méritos.

UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

En su escrito de contestación manifiesta que, la acción de tutela impetrada no es procedente, en razón a que existen otros medios de defensa judicial para dirimir el conflicto, de conformidad a lo estipulado en el Decreto 2591 de 1991.

Ahora bien, en cuanto a los hechos es cierto que el accionante se calificó como no apto para continuar con el proceso de selección en el concurso de Dragoneantes, empero, dicha imposibilidad se suscitó como consecuencia de su deficiencia de crecimiento, toda vez que se establecen parámetros mínimos que se deben cumplir, esto es la estatura la cual debe estar entre 1.66 metros y 1.98 metros, por ende, el demandante al medir 1.65 metros no es apto.

Finalmente se recalca que esta entidad, ha sido concordante con los procedimientos fijados en la convocatoria publicada siguiendo los postulados del artículo 125 de la Constitución Nacional.

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO

El INPEC al igual que las anteriores entidades, solicita que se declare la improcedencia de la acción impetrada, por cuanto no es el mecanismo idóneo para dirimir el conflicto.

Aunado a lo anterior, establece que la entidad no ha vulnerado ni amenazado los derechos fundamentales que se invocan, además a la pretensión de accionante no le corresponde acceder a esta entidad, por cuanto es la CNSC quien desarrolla el proceso de selección para el concurso que se pretende acceder.

IV. CONSIDERACIONES

NATURALEZA DE LA ACCIÓN

Del artículo 86 de la Carta Política se desprende que la acción de tutela, es un mecanismo de carácter subsidiario y residual, de naturaleza constitucional, encaminado a garantizar la protección de derechos constitucionales fundamentales, que procede cuando no existe otro recurso judicial o de manera transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, esto es, el daño inminente urgente o grave.

DE LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

En lo concerniente al requisito de subsidiariedad, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional, en sentencia T-093 de 2015 estableció:

“Procedencia de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

3. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo “*preferente y sumario*” para la protección de los derechos fundamentales de las personas en Colombia. No obstante, esta norma constitucional y el Decreto 2591 de 1991¹, establecen que la tutela solamente procede cuando “*el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial*”. En este sentido, se observa que la acción de tutela es un mecanismo de carácter subsidiario y excepcional, cuya procedencia está sujeta al agotamiento de los recursos procesales, ordinarios y extraordinarios.

Al respecto, la Corte ha señalado que la Constitución y la ley han creado una serie de recursos y procesos que tienen como propósito la protección de los derechos constitucionales. Por lo tanto, desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela vaciaría de contenido los otros mecanismos de defensa judicial que han sido dispuestos en la normatividad para proteger los derechos invocados. Es decir, que se atentaría contra los mandatos de la Carta Política que regulan los medios de protección de derechos dentro de cada una de las jurisdicciones².

4. No obstante lo anterior, la Constitución³ y el Decreto 2591 de 1991⁴ han dispuesto que en los casos en que existan otros medios de defensa judicial la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Como complemento, el artículo 8º del mismo decreto ley establece que cuando se está ante esta situación, la orden del juez de tutela sólo estará vigente durante el “*término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado*”. Es decir que la configuración del daño irremediable es un eximente del carácter residual de la solicitud de amparo constitucional.

¹ Artículo 6, numeral 1, Decreto 2591 de 1991

² T-406 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

³ Artículo 86 de la Constitución Política

⁴ Artículo 6 numeral 1 del Decreto 2591 de 1991

Con todo, no cualquier afectación que sufre el actor constituye un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte Constitucional ha identificado unas características para que la existencia del perjuicio irremediable pueda superar el requisito de subsidiariedad, a saber:

- (i) que el perjuicio sea inminente, es decir que no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño;
- (ii) que las medidas que se requieren para evitar la configuración del perjuicio, busquen que se ejecuten prontamente;
- (iii) que el perjuicio que se cause sea grave, lo que implica un daño de gran intensidad sobre la persona afectada;
- (iv) que la acción de tutela sea impostergable, y de serlo se corra el riesgo de que ésta sea ineficaz por inoportuna⁵.

Es decir, que el perjuicio irremediable hace referencia a un *“grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables”*⁶.

Ello implica que si la parte cuenta con mecanismos ordinarios de defensa de sus prerrogativas, no puede acudir directamente a la acción de tutela, salvo que se demuestre que se puede estar ante la existencia de un perjuicio irremediable.

Ya en un caso más cercano al presente, la H. Corte Constitucional en sentencia T-175 de 2010, en torno a la procedencia excepcional de la acción de tutela en caso de concurso, precisó:

“3. La procedencia excepcional de la acción de tutela frente actos administrativos en materia de concurso de méritos.

3.1. Esta Corporación ha reiterado en múltiples ocasiones que la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual, subsidiario y cautelar, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados.⁷ Así pues, ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, la acción de tutela se tornaría improcedente. En relación a las controversias que se suscitan contra actos administrativos en los concursos de méritos ésta Corte ha dispuesto que si bien en principio no es procedente el recurso de amparo, en casos excepcionales si procede: Ha dicho la Corte:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño

⁵ T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

⁶ T-161 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁷ Ver, entre otras, las sentencias T-408 de 2002 T-432 de 2002 SU-646 de 1999 T-007 de 1992, T-132 de 2006.

*iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional*⁸.

3.2. De la jurisprudencia citada se puede concluir que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos en concurso de méritos para acceder a un cargo público cuando:

- No existen otros mecanismos de defensa para la protección del derecho conculcado o,
- Se configura un perjuicio irremediable. Por tanto el juez de tutela puede entrar a conocer de manera transitoria de asuntos que en principio le corresponden al juez contencioso administrativo, ya que de acudirse a la vía ordinaria este mecanismo judicial no sería eficaz para evitar la realización de tal perjuicio”.

Nótese entonces, que bajo las hipótesis de improcedencia de la acción de tutela, se encuentra específicamente la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, empero, ello no necesariamente implica que el Juez Constitucional proceda a declararla, dado que en determinados casos se pueden acreditar las salvedades para que en efecto se conozca de fondo la actuación, como son la evidente vulneración de derechos fundamentales o, cuando se verifique la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el que procede de manera transitoria.

Claro está, en estos casos, la carga argumentativa y probatoria se encuentra en la parte actora, quien tiene no solo que fundamentar sino comprobar tales circunstancias para que el Juez pueda entrar a revisar el fondo del asunto.

DEBIDO PROCESO.

Prevé el artículo 29 de la Constitución Nacional que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Es en sujeción al mencionado derecho fundamental que cualquier trámite dentro de la administración debe estar precedido por un funcionario competente para definir un asunto; un catálogo de derechos y deberes, y un procedimiento previamente establecido en el cual se debe garantizar la defensa y la contradicción.

Por ello la norma en cita determina:

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

⁸ Ver sentencia T-315/98, T-1198 de 2001.

Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Sobre el derecho en comento, la Autoridad de Cierre Constitucional, en sentencia T-845 de 28 de octubre de 2010, con ponencia del doctor LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, estableció:

“... Esta Corporación ha resaltado que el objetivo fundamental del debido proceso es erradicar las actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades públicas y ha explicado que la buena fe se encuentra evidentemente ligada a ese propósito, al perseguir que las actuaciones del Estado y los particulares se ciñan a un considerable nivel de certeza y previsibilidad, en lugar de dirigirse por impulsos caprichosos, arbitrarios e intempestivos.

En ese sentido, el principio de buena fe puede entenderse como un mandato de *“honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida (...) permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de (...) estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener cierto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo”.*⁹

Ahora bien, con relación a la estabilidad laboral relativa o intermedia de la que gozan los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad en cargos que son de carrera, la H. Corte Constitucional en sentencia T-096 de 2018, señaló:

“5.1. Como ya ha sido señalado, la creación de un régimen de carrera para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su naturaleza (general o especial), exige que el *acceso* y la *permanencia* en estos se logre, exclusivamente, con base en el mérito, a través de un proceso de selección en el que se evalúen los competencias y calidades de los aspirantes, de acuerdo con la regulación establecida por el legislador para el efecto.

5.2. Sobre esa base, quienes superen satisfactoriamente todas las etapas de un concurso para acceder a cargos públicos e integren el registro de elegibles, adquieren, entre otras prerrogativas, el derecho a la permanencia y estabilidad en el empleo para el cual aspiraron, de tal suerte que solo procederá su *retiro* por razones objetivas, derivadas de la calificación no satisfactoria en el desempeño de sus funciones, la violación del régimen disciplinario y las demás causales previstas en la Constitución y en la ley (art. 125, inciso 4º Const.)¹⁰. A su vez, la desvinculación de estos servidores siempre deberá estar precedida de un acto administrativo debidamente motivado.

5.3. De manera excepcional, la ley permite que los empleos de carrera puedan ser ocupados por servidores nombrados en provisionalidad cuando se presenten vacancias definitivas o temporales y, por razones del servicio, se requiera de personal suficiente para atender las necesidades de la administración, mientras estos se proveen en propiedad conforme a las formalidades legales o cesa la situación que originó la vacancia. En ese contexto, ha dicho la Corte¹¹, si bien es cierto el servidor no podrá permanecer indefinidamente en el cargo¹², tampoco se crea una equivalencia a un empleo de libre nombramiento y remoción, de ahí que no proceda su desvinculación por la simple voluntad discrecional del nominador.

5.4. Bajo ese entendido, los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados

⁹ C-131 de 2004; en el mismo sentido, T-248 de 2008.

¹⁰ Consultar, entre otras, las sentencias SU-446 de 2011, T-186 de 2013 y T-373 de 2017.

¹¹ Consultar, entre otras, las sentencias C-640 de 2012 y SU-554 de 2014.

¹² Ibidem.

pronunciamientos¹³, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública¹⁴.

5.5. De esta forma, *“la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”*¹⁵.

5.6. Ahora bien, a pesar del carácter eminentemente transitorio de los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera, la Corte ha sido enfática en señalar que el servidor que se encuentra en dicha situación administrativa y, además, es sujeto de especial protección constitucional, como es el caso, entre otros, de las personas en condición de discapacidad o que padecen grave enfermedad, *“concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”*¹⁶.

5.7. En ese sentido, el ente nominador está en la obligación de brindarle a los servidores en las condiciones especiales anotadas, un trato preferencial, como acción afirmativa, antes de proceder a nombrar en sus cargos a quienes integraron la lista de elegibles una vez superadas todas las etapas del respectivo concurso de méritos.¹⁷ Ello, con el fin de garantizar el goce real de sus derechos fundamentales (art. 2º Const.) y de llevar a efecto la cláusula constitucional que exige a las autoridades en un Estado Social de Derecho, prodigar una protección especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13, inciso 3º Const.).

5.8. Así, respecto de las medidas que pueden adoptarse para no lesionar los derechos fundamentales de este grupo de servidores, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional destacó la importancia de que los órganos del Estado y, en particular, la Fiscalía General de la Nación, (i) dispongan lo necesario para garantizar que sean los últimos en ser desvinculados y, (ii) de ser posible, procure su reubicación en empleos que aún se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando en provisionalidad, mientras estos son cubiertos en propiedad mediante el sistema de carrera.

5.9. En efecto, al resolver acerca de la discrecionalidad del Fiscal General de la Nación para definir los cargos específicos de esa entidad que serían provistos con el registro de elegibles y la protección especial de los servidores en situación de debilidad manifiesta, en el mencionado fallo la Sala Plena sostuvo que:

¹³ Consultar, entre otras, las sentencias T-245 de 2007, T-109 de 2009, T-507 de 2010, C-533 de 2010, SU-917 de 2010, T-289 de 2011, SU-446 de 2011, T-462 de 2011, C-640 de 2012, T-017 de 2012, T-605 de 2013, T-326 de 2014, SU-556 de 2014, SU-054 de 2015 y T-373 de 2017.

¹⁴ Sobre el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-553 de 2010, SU-917 de 2010, SU-554 de 2014, SU-054 de 2015 y T-373 de 2017.

¹⁵ Sentencia SU-446 de 2011.

¹⁶ Consultar, entre otras, las sentencias T-186 de 2013 y T-373 de 2017.

¹⁷ Consultar, entre otras, las sentencias SU-446 de 2011, C-640 de 2012, T-156 de 2014, T-326 de 2014 y T-373 de 2017.

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí** tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: **i)** las madres y padres cabeza de familia; **ii)** las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando”.

CASO CONCRETO

En el presente caso esta Judicatura entrara a verificar si han vulnerado o no los derechos del accionante, constatando inicialmente el cumplimiento de los requisitos para poder perpetrar la acción constitucional.

La Corte Constitucional ha definido la acción de tutela como herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita, cuyo objetivo es la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular, empero, es necesario el cumplimiento de parámetros consistentes en la legitimación en la causa por activa y pasiva, trascendencia *iusfundamental* del asunto, la subsidiariedad y la inmediatez.

En lo que respecta a la legitimación por activa, se ha establecido que la tutela puede ser interpuesta por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos, la cual podrá actuar por sí misma o a través de representante legal, sin embargo, por desarrollo jurisprudencial se estableció que también puede ser perpetrada a través de apoderado judicial o agente oficioso, ahora bien, descendiendo al caso en concreto se evidencia que el accionante a nombre propio ejerció la acción en referencia, generando con ello el cumplimiento del primer requisito.

En lo concerniente a la legitimación por pasiva, se tiene que es la autoridad pública o particular contra quien se dirige la demanda por la presunta vulneración o amenaza de derechos fundamentales, para el presente pleito la acción se encaminó contra la C.N.S.C, en razón a que es la entidad encargada de adelantar el concurso de méritos 800 de 2018, satisfaciendo con ello el segundo parámetro.

En cuanto a la trascendencia *iusfundamental*, la Corte reiteradamente ha señalado que se cumple cuando “*involucra algún debate jurídico que gira en torno al contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental.*”¹⁸, teniendo en cuenta lo anterior, esta Judicatura evidencia que se efectúa tal condición, toda vez que el escrito de tutela se sustenta en la presunta amenaza de derechos como la dignidad humana, el debido proceso administrativo, el derecho a acceder a la administración pública en igualdad de condiciones, el trabajo en condiciones dignas y justas y el derecho de petición, ocasionado por la no continuidad del proceso de selección al concurso al que se ha hecho referencia con antelación.

¹⁸ Sentencia SU-617 de 2014 citada en Sentencia T 010 de 2017, M.P Alberto Rojas Ríos.

En lo que atañe al cuarto requisito de procedibilidad, esto es la subsidiaridad, la Corte Constitucional ha establecido el carácter residual y subsidiario que tienen la acción de tutela, como una herramienta de protección cuando no existe otro mecanismo de defensa o existiendo no sea eficaz y busque con ello evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Es pertinente aclarar que esta acción constitucional no pretende sustituir otras vías de defensa establecidas en la ley, dado que, esta herramienta obliga primeramente agotar otros recursos.

Ahora bien, la H. Corte Constitucional ha sido enfática en establecer que, la tutela puede perpetrarse como mecanismo transitorio de protección en aras de evitar un perjuicio irremediable cuando los medios de defensa ordinarios no son suficientes. El perjuicio irremediable debe ser *“inminente, grave, urgente e impostergable, esto es, que el riesgo o amenaza de daño o perjuicio debe caracterizarse por tratarse de “... una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) [porque] ... el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”*.¹⁹ Aunado a lo anterior, se ha expresado que la amenaza de daño o perjuicio irremediable debe ser probado siquiera con prueba sumaria.

Declinando al asunto objeto de análisis, este Despacho observa que el acuerdo No. CNSC-20181000006196 de 2018, capítulo VII, artículo 49, establece lo referente a reclamaciones sobre resultados de valoración médica, en ello se estipula el tiempo para interponer la protesta, siendo esto dos días siguientes a la publicación de los resultados y con posterioridad en el parágrafo se informa que el aspirante en caso de inconformidad debe solicitar una segunda valoración ante la IPS contratada, asumiendo los costos que se generen por ello.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que el accionante utilizó el respectivo mecanismo de defensa en los tiempos establecidos en la norma, consistente en la realización de una segunda valoración médica, la cual confirmó el primer diagnóstico, esto es, una deficiencia del crecimiento, situación que según el Régimen de Inhabilidades del Dragoneante lo califica como no apto para continuar con el proceso de selección.

Ahora bien, la resolución a su pretensión se generó a través de un acto administrativo, el cual, es factible de demandar ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa perpetrando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por ser de contenido subjetivo e individual.

Bajo este contexto se observa que, efectivamente el accionante Jojoa Pinta utilizó el medio de control antes descrito, el cual es el idóneo para amparar los derechos fundamentales que considera vulnerados, aunado a lo anterior, se pueden solicitar las respectivas medidas cautelares para prevenir un posible perjuicio irremediable, por tanto, debían agostarse de ser necesarias.

En este orden de ideas, se evidencia que existen otros mecanismos de defensa los cuales no puede sustituir la acción de tutela, dado que la Máxima Corporación Constitucional la considera de carácter residual y subsidiaria, aunado a lo anterior, respecto a la configuración de un perjuicio irremediable, esta Judicatura avizora que no existe prueba sumaria que permita inferir tal situación, por ende, no se configura tal excepción.

¹⁹ Sentencia T 127 de 2014.

En Sentencia de Tutela 438 de 2018, la Corte Constitucional analizó una situación similar a la presentada por el accionante de esta tutela, en la cual expresó que:

“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[18]; 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.

En concordancia con lo anterior, este Tribunal se ha pronunciado sobre los requerimientos físicos para acceder a cargos de carrera[19] 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 móvil arbitrario o caprichoso y, iii) no representa una discriminación de una franja de la población que pueda considerarse débil o marginada” [21].”

Bajo este entendido, el Despacho vislumbra que no existe afectación a los derechos fundamentales manifestados por la parte actora, toda vez que, de conformidad a lo establecido por la Corporación Constitucional la exigencia de requisitos como la estatura no vulneran el ordenamiento constitucional siempre que tengan relación con el desempeño de las funciones, como es en el caso objeto de análisis por este Despacho, además, al no

satisfacerse el requisito de subsidiaridad por las existencia de otros medios de defensa judicial, se declarara la improcedencia de la acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

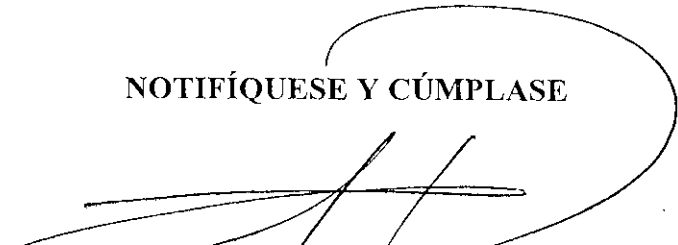
PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo invocado por el señor YAIR ARMANDO JOJOA PINTA

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes, autoridades y vinculados, por el medio más expedito.

TERCERO.- COMUNIQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- Contra esta sentencia procede la impugnación ante la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Pasto y en todo caso el asunto será remitido ante la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EDUARDO FRANCISCO LEYTÓN DELGADO
(JUEZ (E))

