



Consejo Superior de la Judicatura
Código: EXTCSJNA20-362:
Fecha: 04-mar-2020
Hora: 15:14:14
Destino: Consejo Secc. Judic. de Nariño
Responsable: DAVID ENRIQUEZ, HERNAN
No. de Folios: 7
Password: 7109128B

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO
SALA PENAL**

Oficio SSP- 00638

San Juan de Pasto, cuatro (4) de marzo de dos mil veinte (2020)

Señores

PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA No. 800 de 2018 – INPEC DRAGONEANTES
Notificación que se realizara a través del CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE NARIÑO
PASTO- NARIÑO

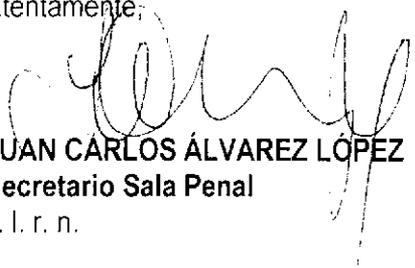
Ref.: **Acción de Tutela N° 520013187001 2020 0002-01**
Accionante: YAIR ARMANDO JOJOA PINTA
Accionado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
Magistrado Ponente. Dr. FRANCO SOLARTE PORTILLA

AT 2020-0002-01.- Por medio del presente doy a conocer la decisión proferida dentro de la acción de tutela datada 3 de marzo de 2020, proferido dentro del asunto de la referencia, mediante el cual esta Corporación resuelve:

"Primero.- Confirmar la sentencia objeto de impugnación. Segundo.- Entérese a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y dentro del término previsto en el artículo 32 ejusdem, se remitirá esta actuación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión".

Se anexa copia fallo de tutela constante de 7 folios

Atentamente;


JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario Sala Penal
s. l. r. n.

SECRETARIA SALA PENAL
TELEFAX 7237539 CALLE 19 No. 23 – 00
secsptuppasto@cendoj.ramajudicial.gov.co
SAN JUAN DE PASTO

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente: Franco Solarte Portilla
Asunto : Impugnación fallo de tutela
Intervinientes : Yair Armando Jojoa Pinta Vs. CNSC, Universidad
de Pampiona, INPEC y participantes Convocatoria
No. 800 de 2018.
Radicación : Grupo 16 N° 2020-00002-01
Aprobación : Acta N° 2020-030

San Juan de Pasto, marzo tres de dos mil veinte

Vistos

Procede la Sala a resolver la impugnación propuesta por el señor YAIR ARMANDO JOJOA PINTA en contra del fallo de tutela del 23 de enero de 2020, proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y medidas de seguridad de Pasto, en el que se declaró improcedente la acción por él invocada.

Antecedentes y trámite impartido

Relató el señor YAIR ARMANDO JOJOA PINTA que participó en la Convocatoria 800 de 2018 de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC para proveer el cargo de dragoneante del INPEC; asimismo que presentó las pruebas escritas y físicas que conforme a los resultados satisfactorios arrojados dieron pie a continuar con la etapa previa al acceso del curso de la Escuela Nacional Penitenciaria, esto es, la valoración médica.

Anotó que dicho examen dio cuenta de una deficiencia de crecimiento por la que se le calificó como no apto, y ello le impidió proseguir en el proceso de selección, tal como lo contempla el profesiograma del concurso por la inhabilidad derivada de no alcanzar el rango mínimo de estatura exigido, cosa que trajo como resultado su exclusión del proceso, ello, pese a contar con valoraciones que acreditan sus óptimas condiciones de salud y que no padece de dicha insuficiencia.

Añadió que prestó el servicio militar como auxiliar bachiller del INPEC, en cuya valoración de ingreso no se le señaló ningún tipo de restricción para la ejecución de las funciones de custodia de la entidad carcelaria, a diferencia de lo ahora ocurrido en el proceso de selección demandado.

Comentó que luego de solicitar una segunda valoración ante la CNCS, la entidad confirmó la precitada restricción sin más reparos a sus reclamaciones, ni la exhibición de razones de tipo científico que avalen la decisión atacada.

Consideró que con las actuaciones de la CNSC se demuestran criterios discriminatorios al primar aspectos de carácter físico en el perfil profesiográfico que transgreden sus derechos fundamentales.

Finalmente, aludió que otorgó poder a un profesional en derecho para que impulse la acción de nulidad y restablecimiento de derecho con solicitud de suspensión provisional del acto administrativo que confirmó la exclusión de la convocatoria.

Con la exposición de esos argumentos solicitó se tutelaran sus derechos a la dignidad humana, debido proceso administrativo, trabajo en condiciones dignas y justas y acceso a la administración pública en circunstancias de igualdad. Elevó adicionalmente solicitud de medida provisional con el objeto de

permanecer incluido en la lista de aspirantes hasta tanto se surta el trámite constitucional.

Mediante auto calendado a 3 de enero de 2020 fue admitida la acción constitucional por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, que dispuso la notificación a la accionada y la vinculación de la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC, y de los participantes de la Convocatoria 800 de 2018, para que en el término concedido ejerzan su derecho de defensa y contradicción, además se negó el decreto de la medida provisional solicitada.

Del fallo impugnado

Depuestos los antecedentes procesales de rigor el *A quo* se preguntó si en el asunto se habían cumplido los requisitos para la procedencia de la acción de tutela, y con ello si había consumado la transgresión de los derechos del accionante al ser excluido del proceso de selección de la Convocatoria 800 de 2018.

En ese sentido el Juez de primera instancia empezó por abordar el carácter residual o subsidiario de la acción impetrada, por el cual su procedencia se condiciona a la inexistencia de otro mecanismo idóneo para la defensa de los derechos fundamentales o la inminencia de un perjuicio irremediable, criterios que los direccionó específicamente con respecto a la excepcionalidad de la tutela en contra de actos administrativos en materia de concurso de méritos o de procesos de selección de la carrera administrativa.

Paso seguido se refirió al debido proceso, de manera que acudiendo a lineamientos jurisprudenciales denotó que si bien el objeto de este derecho fundamental es brindar protección frente a actuaciones arbitrarias de las autoridades, no debe perderse de vista que tanto el acceso como permanencia a los empleos del régimen de carrera se regulan conforme a un proceso de selección acorde a las competencias y calidades de quienes desean ingresar a un cargo público.

Con esas anotaciones se concentró en el asunto debatido. Señaló así que conforme al Acuerdo 201800006196, que dispone las normas del concurso, se tiene que el término para la interposición de reclamaciones sobre los resultados de la valoración médica es 2 días después de la publicación de resultados, a lo cual se aúna una solicitud de una segunda valoración del aspirante por la IPS contratada para ese fin. Con ello observó que en efecto el demandante acudió a la valoración por segunda vez, en la que los resultados confirmaron el primer diagnóstico, esto es, deficiencia del crecimiento, que conforme al régimen de inhabilidades para dragoneante deriva en la calificación de no apto y a la postre en la exclusión del concurso.

Con eso el Juez singular concluyó que al resolver la reclamación elevada por el señor JOJOA PINTA, la decisión se dispuso mediante un acto administrativo de carácter subjetivo, por lo que ahora al considerar vulnerados sus derechos con esa medida se halla habilitado para desplegar el mecanismo de defensa establecido en la jurisdicción contenciosa administrativa, es decir, el medio de control de la nulidad y restablecimiento de derecho, respecto de lo que resaltó que el accionante tiene en sus manos otros mecanismos de defensa, de ahí que no sea posible pretender suplantarlos con la interposición de la acción tuitiva.

Finalizó sus argumentos poniendo de presente que no avizó la configuración de un perjuicio irremediable del que se pueda erigir la excepcionalidad de la medida tutelar; asimismo que no se encuentran afectados los derechos alegados, en tanto que la exigencia de requisitos tales como la estatura no se constituyen en vulneradores de las disposiciones constitucionales al estar directamente relacionados con el desempeño de ciertas funciones relativas al cargo.

Con todo lo esbozado finiquitó su decisión declarando la improcedencia de la solicitud de amparo.

De la impugnación

El titular de la acción impugnó la decisión asumida por la primera instancia. Alegó que es a la CNSC a la que por mandato constitucional le incumbe la administración y vigilancia de la carrera pública, luego, no es admisible que se aparte de sus funciones al actuar solamente como contratista de los procesos de selección sin ejercer el control constitucional en aras de preservar valores fundamentales como la dignidad humana.

Reiteró que las actuaciones desplegadas por esa entidad no analizan a plenitud el mérito, sino que más bien se centran en aspectos físicos que terminan por cosificar a los ciudadanos y que limitan la realización de un verdadero estudio interdisciplinario del que trata el perfil profesiográfico.

Persistió en que se conceda el amparo de sus derechos como una medida transitoria hasta tanto se agote el trámite contencioso administrativo.

Consideraciones de la Sala

En virtud a la impugnación propuesta concierne a esta Sala dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿Es procedente la acción de tutela interpuesta por el señor YAIR ARMANDO JOJOA PINTA para la salvaguardia de los derechos que se consideran violentados cuando fuera excluido de la Convocatoria 800 de 2018 del INPEC por haber sido declarado como no apto en la valoración médica por no ostentar el límite mínimo de estatura exigido para el cargo?

En Sala mayoritaria¹ esta Corporación viene indicando que por regla general la acción de tutela no resulta procedente para atacar las decisiones emitidas en marcha de un concurso de méritos, porque con esa finalidad el ordenamiento jurídico ha previsto tanto las herramientas propias que proporcionan los reglamentos del concurso, como las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa de nulidad simple y nulidad con restablecimiento del derecho según el tipo de acto de la administración que se procure demandar y las pretensiones de quienes se estiman afectados con esas decisiones, luego, a menos que se demuestre fehacientemente que tales medios no son idóneos para prodigar el amparo de los derechos perseguidos o que se está en presencia de un perjuicio irremediable con las características de inminencia, urgencia, impostergabilidad y gravedad, la acción de tutela es improcedente. Recapitulemos lo siguiente:

“3.Procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos.

(...) En consecuencia, la procedibilidad de la tutela estará supeditada a que el actor no cuente con otro medio de defensa judicial; que el medio

¹ Ver por ejemplo las acciones de tutela 2019-136-01, 2019-096-01, 2019-301-01, entre otras (Magistrado Ponente Franco Solarte Portilla).

existente no sea idóneo o eficaz para la defensa de los derechos cuyo amparo se pretende, o, finalmente que se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela se concede de manera transitoria, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por la vía judicial ordinaria.

Ahora bien, para establecer la idoneidad y eficacia de los mecanismos judiciales, el juez debe valorar los supuestos fácticos de cada caso concreto, analizando aspectos tales como: (i) si la utilización del medio de defensa judicial tiene la virtualidad de ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela; (ii) el tiempo que tarda en resolverse la controversia ante el juez natural; (iii) la vulneración del derecho fundamental durante el trámite; (iv) las circunstancias que impidieron que el accionante hubiese promovido los mecanismos judiciales ordinarios; (v) la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, entre otras.

(...)

De lo expuesto, podría concluirse que la acción de tutela resulta improcedente en el caso concreto. Puesto que ante la existencia de dichos mecanismos de defensa judicial, puede cuestionarse: (i) el acto administrativo general que incluye los supuestos, requisitos y procedimientos que deben cumplir los aspirantes al cargo de dragoneantes del INPEC; y (ii) el acto administrativo particular que declaró al accionante como no apto, ante el resultado de la valoración médica, que se encuentra fundamentado en criterios estrictamente objetivos. (Negritas fuera del texto original)

Hay que aunar a esas reglas una de primordial comprensión: que la acción de tutela sea hecha de manera más palmaria improcedente cuando los interesados concentran sus esfuerzos en atacar las bases y reglas de los concursos de méritos, para lo cual es ya un criterio consolidado que el recurso de amparo no es viable para esos menesteres², merced a que la convocatoria de un concurso de méritos consignada en un acto administrativo de carácter general se erige como ley para las partes, quienes con el acto de inscripción aceptan someterse fielmente a ellas, luego entonces, de formularse queja alguna en contra de alguna de tales reglas, lo que concierne para el disidente es que acuda de entrada a la jurisdicción contencioso administrativa.

² SU- 446 de 2011

Al punto, oportuno es agregar que la exigencia de ciertos requisitos sobre los que sienta sus bases el proceso de selección en los concursos de méritos para el acceso a cargos públicos encuentra asidero en fundamentos constitucionales, pues justamente la Carta Superior en su artículo 125 contempló que el ingreso y ascenso en los cargos de carrera “*se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*”

Así entonces ese mandato es indicativo de que el diseño de ciertos reglamentos no surge de manera caprichosa o arbitraria siempre que sean razonables con respecto a la función a desempeñar, de ahí que si lo pretendido es acceder a un cargo a proveerse en las entidades estatales, habrá que ajustarse al perfil para ello diseñado, no únicamente en los aspectos físicos o psicológicos, sino en la integralidad de las condiciones establecidas como reglas, y es por eso que el rechazo del aspirante por insatisfacción de esos postulados no podrá ser catalogado como violatorio de derecho alguno.

Sin embargo, en torno a la salvaguarda de los intereses fundamentales que puedan verse de algún modo afectados a raíz de esa potestad, el alto Tribunal de lo Constitucional ha decantado los criterios para que la exclusión de los aspirantes que no cumplan con cualquiera de los requisitos previstos no sea considerada como quebrantamiento de las máximas. Veamos.

“(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.”³

³T 438 de 2018

Conforme ese marco teórico, la Sala estima que por el carácter subsidiario que enviste al mecanismo constitucional, en el *sub examine* la acción se configura como improcedente, porque si lo que se pretende atacar son las decisiones administrativas adoptadas en el marco del concurso de méritos del INPEC que está contemplado en la Convocatoria 800 de 2018, ya ha quedado visto que el accionante debe acudir a los medios de control de nulidad y nulidad con restablecimiento del derecho si busca refutar las regulaciones del proceso de selección o el acto administrativo particular que dispuso excluirlo del mismo.

Y es que en efecto, según lo contado en el libelo el actor ya se ha encaminado por esas vías, luego entonces, la acción de tutela se ofrece con mayor razón improcedente, porque no puede servir como una vía alternativa o adicional estando en curso un proceso judicial naturalmente destinado a zanjar las discusiones que ahora se presentan en este escenario.

Se debate entonces si esas herramientas ordinarias son idóneas y eficaces para la salvaguardia de los derechos que se alegan conculcados, tema respecto del cual no puede pasarse inadvertido que la vía contenciosa contempló la posibilidad de solicitar medidas cautelares contenidas en el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 para suspender los efectos del acto administrativo y evitar que el concurso continúe avanzando en sus etapas.

Pero además es que si se atiende que el actor desdeña el proceder de las accionadas, según la impugnación propuesta, amén de que "cosifican" al ciudadano porque solamente ponderan el aspecto físico y no analizan integralmente el mérito para acceder al cargo aspirado, conviene entender que aquel confuta una de las reglas básicas del concurso de méritos que indica que será considerado apto y podrá participar en el curso de formación el individuo que tras la valoración médica no presente ninguna de las

inhabilidades que están contempladas en el profesiograma, perfil profesiográfico e inhabilidades médicas versión 3 para el empleo de dragoneante y versión 2 para los cargos de ascenso de que trata la Resolución 2141 de 2018, como la relativa al rango de estatura, para lo cual está perfectamente decantado que la acción de tutela no es idónea para tratar ese tipo de cuestiones sobre la ilicitud o no de las reglas de un concurso de méritos

fundamentales, que exige una pronta ejecución de forma ajustada a las circunstancias de cada caso.

*(iii)La **gravedad**, que se advierte cuando las consecuencias de esa falencia o necesidad han producido o pueden producir un daño grande e intenso en el universo de derechos fundamentales de una persona, lo cual puede desembocar en un menoscabo o detrimento de sus garantías.*

*(iv)La **impostergabilidad** de la acción, que lleva a que el amparo sea realmente oportuno pues, si se llegara a tardar o posponer se corre el riesgo de que no resulte tan eficaz como se requiere, así, se hace necesario acudir al amparo constitucional para obtener el restablecimiento o protección de los derechos fundamentales y evitar la amenaza o vulneración de los mismos, y las consecuencias que podría traer al accionante."⁴*

Dentro del expediente tutelar el señor YAIR ARMANDO JOJOA PINTA no acreditó ni siquiera de forma sumaria la configuración del perjuicio irremediable teniendo la obligación de hacerlo⁵, ni tampoco es plausible que la Sala lo advierta porque es que ha de considerarse que si no asalta de bulto que las decisiones administrativas son arbitrarias para que ameriten la intervención del juez de tutela, tampoco hay lugar a pensar que se trata de una situación inminente, urgente, grave e impostergable; además porque no puede derivarse de la mera participación en un concurso de méritos la consolidación de derechos de carrera o la consecución de un cargo vacante, sino solamente de meras expectativas, menos cuando no se superan todas

Decisión

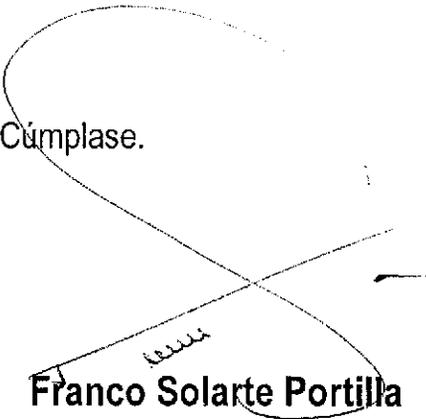
Por las razones expuestas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero.- Confirmar la sentencia objeto de impugnación.

Segundo.- Entérese a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y dentro del término previsto en el artículo 32 *ejusdem*, se remitirá esta actuación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese, Cópiese y Cúmplase.



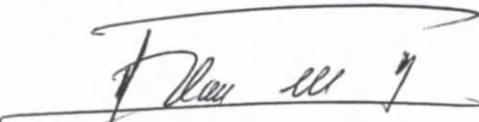
Francisco Solarte Portilla

Magistrado



Héctor Roveiro Agredo León

Magistrado


Blanca Lidia Arellano Moreno
Magistrada


Juan Carlos Álvarez López
Secretario

SALA PENAL
SECRETARIA
San Juan de Pasto
02 MAR 2020
En la fecha se registró proyecto
