

DERECHO A LA IGUALDAD – Vulneración por exigencia de una estatura mínima para el cargo de Dragoneante sin una justificación objetiva y razonable

La Sala no comprende como un análisis de la talla de la población puede convertirse en una justificación objetivamente razonable que consienta la adopción de medidas abiertamente discriminatorias y desiguales para quienes desean ocupar cargos en el sector público, concretamente, en el INPEC. En ese orden de ideas, cuando la diferencia de trato obedece a una condición propia del ser humano, en este caso la estatura, naturaleza que se obtiene por un procedimiento natural como lo es el nacimiento, es claro que la o el ciudadano no tuvo oportunidad de elegir cuál será su talla,... Ahora bien, la misma Corte Constitucional, efectivamente consiente la facultad de los entes privados y públicos en establecer limitaciones para el acceso a diferentes cargos, siempre y cuando la motivación sea altamente racional y objetivamente válida, momento en el cual asume la carga de la prueba que justifique su actuación, de lo contrario se mantendrá la presunción de un trato discriminatorio, como ocurre en el *sub lite*.

ESTATURA - Fijar la estatura como un factor determinante en la idoneidad para acceder al cargo de Dragoneante en el Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario INPEC vulnera derechos fundamentales / CONCURSO DE MERITOS PARA CARGO EN EL INPEC - Inaplicación del artículo 40 de la Convocatoria No 132 de 2012.

El libre desarrollo de la personalidad, se fundamenta precisamente en la consecución de las metas establecidas por el ciudadano, el hecho de ostentar una talla alta o baja, no puede entenderse como un factor diferencial para que el accionante desarrolle sus propósitos como Dragoneante, mucho menos, si no existe una explicación clara de su exclusión, cuando hasta el momento ha superado las pruebas establecidas por el concurso. Con esa misma fundamentación, el Estado no está en capacidad de limitar el acceso a los cargos que él mismo provee, claro está, y como en el presente caso se observa, sin una legítima respuesta o relación entre la limitación exigida como requisito y el cargo para el cual ha sido establecida dicha condición. De este modo, no puede ser la estatura un factor determinante en la idoneidad para acceder al cargo de Dragoneante en el Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario –INPEC-.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 68001-23-33-000-2012-00380-01(AC)

Actor: MIGUEL ÁNGEL GALVIS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Resuelve la Sala, la impugnación formulada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander dentro de la acción de tutela promovida por el ciudadano Miguel Ángel Galvis.

I. ANTECEDENTES

1. Derechos fundamentales invocados en protección.

En ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Norma Fundamental, el ciudadano Miguel Ángel Galvis requirió ante el Tribunal Administrativo de Santander la protección de sus derechos fundamentales al trabajo e igualdad, presuntamente vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Argumentó su pretensión, con ocasión de los siguientes,

2. Hechos.

2.1. Relató que se inscribió en la convocatoria No 132 de 2012 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- con el propósito de proveer el cargo de Dragoneante.

2.2. Indicó que dentro del concurso superó la totalidad de exámenes médicos requeridos para el ejercicio del cargo. Sin embargo, fue excluido del proceso de selección para ocupar el cargo de Dragoneante, en tanto que la junta de galenos lo declaró “NO APTO POR TALLA BAJA”¹.

2.3. Narró que prestó servicio militar obligatorio en el INPEC durante un año, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 537 de 1994, labor que desempeñó “*con excelentes resultados*”². Añadió que desea continuar trabajando en la

¹ Folio 1 del expediente.

² Ídem.

institución, no obstante, siente que existe una discriminación que vulnera su derecho a la igualdad y al trabajo.

2.4. Informó que la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió una certificación contradictoria, toda vez que para presentar el servicio militar obligatorio durante un año su estatura nunca fue un impedimento, *contrario sensu*, si lo es para ocupar el cargo de Dragoneante.

2.5. Indicó que el Decreto 407 de 1994³ dispuso en su artículo 119 los requisitos necesarios para ingresar al INPEC, dentro de los cuales no se encuentra una estatura específica, supuesto que evidencia el cumplimiento de los mismos.

En consecuencia, solicitó la protección de los derechos fundamentales invocados, y a su vez, ordenar la suspensión de la acción perturbadora, es decir, la realización de un nuevo examen que permita debatir el resultado médico mediante el cual fue calificado como no apto por talla baja, y continuar así con el proceso de selección del cual fue excluido.

3. Contestación de la acción de tutela.

3.1. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-⁴:

Manifestó que el proceso de selección para proveer el cargo de Dragoneante Código 4114 grado 11 del INPEC “es de resorte **único y exclusivo** de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, según lo establecido en ACUERDO No 168 del 21 de febrero de 2012”⁵ mediante el cual, dicha entidad convocó el concurso – curso abierto de méritos.

En ese sentido, consideró que no se puede establecer ningún tipo de responsabilidad en contra de la entidad, en tanto que ésta no tiene competencia para pronunciarse sobre las pretensiones elevadas por el actor de tutela.

Igualmente, la Coordinación del Grupo de tutelas, en escrito visible a folio 99 del expediente constitucional, solicitó desestimar la presente acción de tutela en

³ “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”.

⁴ Ver folio 64 del expediente.

⁵ Folio 64. Negrilla parte del texto original.

contra del INPEC y en consecuencia decretar la falta de legitimación por pasiva del Instituto Colombiano Penitenciario y Carcelario.

3.2. *Comisión Nacional del Servicio Civil*⁶:

Consideró que la acción de tutela resulta improcedente, en tanto que existen otros mecanismos de defensa judicial tales como las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales puede utilizar el petente con el propósito de salvaguardar los derechos que considera vulnerados con ocasión de las normas reguladoras de la Convocatoria No 132 de 2012 expedida por la CNCS⁷.

Transcribió el texto de la convocatoria y subrayó lo pertinente al caso concreto, es decir, el artículo 15, literal “h”, en donde especifica que *“el aspirante deberá demostrar que no tiene ningún tipo de afección médica, psicológica y física o mental que comprometa la capacidad necesaria para el debido desempeño del cargo, mediante la presentación de examen médico (...)”*⁸. Ante dicha situación, expresó que el aspirante se inscribió de manera libre y voluntaria, lo que significa que estuvo de acuerdo con las normas reguladoras del concurso, las cuales son de obligatorio cumplimiento para los participantes, todo esto, en concordancia con las garantías de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y el principio de confianza legítima.

Más adelante reseñó que la entidad, en cumplimiento de los presupuestos señalados por la Corte Constitucional en sentencia T- 1266 de 2008, adoptó el profesiograma, perfil profesiográfico e inhabilidades médicas para el cargo de Dragoneante del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC mediante Resolución No. 000305, que determinó que la estatura mínima para ingresar a la función pública de 1.66 centímetros para hombres. Igualmente, manifestó que dicho documento estableció que el dictamen del Médico Especialista en Salud Ocupacional se constituirá como el único examen válido para el proceso de selección.

Concluyó que la exclusión del accionante de la convocatoria obedeció a las normas que regulan el concurso, razón por la cual no puede endilgarse ninguna vulneración a los derechos fundamentales deprecados por el accionante.

⁶ Folios 65 a 75.

⁷ Comisión Nacional del Servicio Civil.

⁸ Folio 107.

4. Sentencia de Primera Instancia⁹.

Mediante sentencia proferida el día 22 de enero de 2013, el Tribunal Administrativo de Santander concedió la protección de los derechos fundamentales al trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos, ordenando a la CNSC que en ejercicio de sus competencias, admitan al accionante en el proceso de selección para el cargo de Dragoneante Código 4114, Grado 11” y de aprobar las diferentes etapas establecidas para el efecto, incluirlo en la respectiva lista de elegibles. Como fundamento de lo dispuesto, consideró que la actuación de la entidad demandada no se ajustó a los preceptos establecidos por la Corte Constitucional, toda vez que la justificación del establecimiento de una limitación corporal no resulta racional lo que permite presumir un factor de discriminación, en tanto que la Entidad no demostró la necesidad de establecer una estatura mínima para el ejercicio del cargo de Dragoneante.

5. La Impugnación¹⁰.

Inconforme con la decisión del *a quo*, la Comisión Nacional del Servicio Civil presentó escrito de impugnación, en donde insistió en los fundamentos aducidos en la presentación de la acción de tutela y añadió las siguientes consideraciones:

Manifestó que la sentencia T-747 de 2008 de la Corte Constitucional hizo referencia a estudios antropométricos realizados en el año 2004, de los cuales se dedujo que los hombres nacidos en Colombia entre el año 1980 y 1984 alcanzaron una estatura promedio de 170.64 centímetros y las mujeres, en esas anualidades, obtuvieron una estatura de 158.65 centímetros, razón que permitió establecer que la estatura exigida (1.65 cm) estaba por debajo del promedio nacional y por lo tanto no se torna exagerada ni irracional.

Igualmente, señaló que de conformidad con lo prescrito por la Corte Constitucional en sentencia T-1266 de 2008, adoptó el respectivo profesiograma, con el propósito de establecer los perfiles requeridos para el ejercicio del cargo de Dragoneante, a partir del cual suscribió la tabla propuesta por los estudios acogidos en el mismo, en cuanto a la exigencia de la estatura mínima.

⁹ Folios 100 a 104.

¹⁰ Ídem, folios 184 a 193

Agotado el trámite preferente y sumario de la presente acción constitucional y no encontrándose causal alguna que lo invalide, procede la Sala a decidir, en atención a las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, esta Sala es competente para conocer la presente impugnación contra el fallo de tutela proferido el día 22 de enero de 2013 por el Tribunal Administrativo de Santander.

2. Problema Jurídico.

Para el caso de marras, deberá la Sala, en primer lugar, indagar la procedencia de la acción constitucional para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un concurso público. Posteriormente y si hay lugar a ello, determinará si la exigencia de una estatura mínima para el ejercicio de un determinado cargo público resulta contradictoria a los postulados sobre los cuales se cimienta la Constitución de 1991, tales como la dignidad humana representada en los derechos fundamentales positivizados en la misma. A ese tenor, la Sala analizará si el juicio establecido en el profesiograma que determinó la exigencia de una estatura mínima para el cargo de Dragoneante, deriva de una justificación racional de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia T-1266 de 2008.

Para tal propósito, se realizará en estudio de las siguientes temáticas,

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

A partir de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, se tiene que la acción de tutela ostenta un carácter residual, en tanto que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro mecanismo judicial

que permita la protección de sus derechos fundamentales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

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

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

“Pues si bien en principio podría sostenerse que los afectados por una presunta vulneración de sus derechos fundamentales podrían controvertir las decisiones tomadas por la administración -las cuales están contenidas en actos administrativos de carácter general o de carácter particular- mediante las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo, se ha estimado que éstas vías judiciales no son idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados.”¹¹

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

4. De la dignidad humana.

A partir de la concepción y conformación del Estado como aparato regulador y garante de las necesidades básicas de la población, surge un llamado a establecer las actuaciones de aquél en torno a un sólo concepto que permitiese el mayor grado de entendimiento, tanto de las y los ciudadanos, como también de las

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-532 de 2008, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

instituciones que conforman del poder público. Así pues, la Constitución Política de Colombia de 1991 estableció como su máximo asiento el respeto a la dignidad humana, en cualquier tipo de relación que pueda derivarse entre el Estado y los particulares.

En ese contexto, la Corte Constitucional ha enriquecido sus postulados, estableciendo seis lineamientos que permitan, primero, la protección de la fuerza normativa de la dignidad y, segundo, desde la funcionalidad misma del enunciado legislativo. Al respecto, dicha Corporación, manifestó:

“(i) [L]a dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). (...) (iv) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (v) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (vi) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”¹².

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

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional consideró que:

“libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y con “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”¹³

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

¹² Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

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

5. Del libre desarrollo de la personalidad y la libertad de escoger profesión u oficio.

En sintonía con el principio de la dignidad humana, el artículo 16 de la Norma Fundamental estableció que “[t]odas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las imponen los derechos de los demás.” En tal contexto, se entiende que la naturaleza de tal postulado requiere el reconocimiento por parte del Estado de la condición humana e individual de las y los ciudadanos, sin la existencia de controles injustificados o impedimentos por parte del conglomerado social.

Sobre esta garantía fundamental, la Corte Constitucional consideró que:

“El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público”¹⁴

En cuanto a la libertad de profesión u oficio, tenemos que el artículo 24 Superior puntualizó que “[t]oda persona es libre de escoger profesión u oficio (...)”, lo cual consiste en la posibilidad de elegir, sin ningún tipo de coacción o presión, por la actividad, profesional o no, a la que habrá de dedicarse la o el ciudadano a partir del desarrollo de sus **capacidades** y vocación.

Siguiendo lo anterior, es posible entender que tanto el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como la libertad en la escogencia de profesión u oficio, demanda del Estado un respeto absoluto ante tales disposiciones, en tanto su origen puramente constitucional, proceso que puede instituirse como garantía que legítima, por un lado, la concepción moderna del Estado Social de Derecho, y, por el otro, los pilares sobre los cuales se cimienta el respeto de la dignidad humana como principio de efectividad en el goce y desarrollo del ciudadano o ciudadana dentro de su rol al interior de la sociedad.

6. De la justificación objetiva y razonable en el Estado Social de Derecho.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-594 de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

La presencia de una justificación objetiva y razonable, surge precisamente de la existencia de un trato desigual o discriminatorio, en donde la lógica predominante que permita la pertinencia o no de dicho trato es la razonabilidad, la cual está *“fundada en la ponderación y sopesación de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos”*¹⁵. En ese sentido, Tribunales Constitucionales como la Corte Suprema de Estados Unidos, han considerado que *“los tribunales deben enfrentar y resolver la cuestión acerca de si las clasificaciones (diferenciadoras) establecidas en una ley son razonables a la luz de su finalidad”*¹⁶, entendiendo el término “ley” en sentido material, vale decir, como aquella disposición normativa que determina la obligatoriedad de su cumplimiento por parte del conglomerado social. En la misma vía, el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, dispuso que *“la máxima de la igualdad se vulnera en el preciso momento en que para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una justificación razonable”*¹⁷.

Bajo tal introducción, y de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, el “test de razonabilidad” se traduce en una guía metodológica en donde debe argumentarse el criterio relevante del cual deviene un trato desigual o discriminatorio. Dicha Corporación, en sentencia T-230 de 1994, determinó aquellos lineamientos generales que comportan el indicado test, tales como: 1. Diferencia de los supuestos de hecho, 2. Presencia de sentido normativo (fin o valor) de la diferencia de trato, 3. Validez constitucional del sentido (fin) propuesto, 4. Eficacia de la relación entre hechos, norma y fin, y 5. Proporcionalidad de la relación de eficacia.

Ahora bien, el juez constitucional tiene el deber de observar detenidamente la presencia de los lineamientos que rigen el test de razonabilidad, concretamente, cuando de la existencia del primero se deriva la presencia del segundo y así sucesivamente, hasta finalmente establecer el juicio de proporcionalidad en la relación de eficacia. El test sólo tiene aplicación cuando cada una de las etapas indicadas en el párrafo anterior fue sorteada de manera exitosa dentro del marco hermenéutico del juez de tutela.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-230 de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁶ Caso *McLaughlin v. Florida*. 379 U.S. 184, 191 (1964), en donde el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una norma que prohibía la convivencia de parejas de diferente raza.

¹⁷ Tribunal Constitucional de Alemania, decisión No 1, 14.

Al respecto, el Alto Tribunal Constitucional determinó que:

“La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado¹⁸.”¹⁹

Años más tarde, la misma Corporación desarrolló los postulados antes descritos, señalando aquellos casos en donde la Corte Constitucional decidió aplicar un test estricto de razonabilidad, concretamente, expresó:

“Es así como la Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio”²⁰.

Bajo tal apreciación, resulta imperioso señalar que la normatividad expedida por el Estado, independientemente de su jerarquía legal, debe contener un juicio de proporcionalidad que conduzca a establecer la legitimidad de la misma, evitando que sea el juez ordinario o de tutela el encargado de constituir, mediante juicios de razonabilidad, el actuar del Estado frente a las y los ciudadanos.

Como epílogo de la instancia, la Sala procederá al estudio del *sub júdice*.

5. Análisis del caso concreto.

A través del presente amparo constitucional, el petente solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, los cuales considera vulnerados por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en tanto que fue

¹⁸ Citas que hacen parte del texto copiado: Cf., entre otras, las sentencias T-403/92 , T-422 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y U-089/95, M.P: Jorge Arango Mejía

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1996, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2001, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinoza.

excluido del proceso de selección para ocupar el cargo de Dragoneante en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-.

Se tiene probado en el plenario de tutela, que la exclusión del demandante tuvo origen a partir de la declaratoria de “NO APTO” por “TALLA BAJA” con ocasión de la expedición del resultado del examen médico²¹ realizado al accionante como parte del proceso de la Convocatoria No 132 de 2012, efectuada por el extremo pasivo de la presente acción de tutela.

Como *ut supra* fue descrito, el artículo 40 de la indicada Convocatoria, señaló como requisito para participar en el concurso para proveer los cargos de Dragoneante en el INPEC, una estatura mínima de 1.66 para hombres. Tal actuación, a juicio de la entidad accionada, se funda en atención al profesiograma adoptado como consecuencia de la exigencia establecida por la Corte Constitucional en sentencia T-1266 de 2008, la cual determinó que las limitaciones exigidas a los participantes para ejercer el cargo de Dragoneante, particularmente en torno a la estatura, deberá obedecer a una relación razonable que permita la existencia de tales disposiciones.

Ahora bien, la Comisión Nacional del Servicio Civil²² allegó al expediente la Resolución No 00035 del 6 de febrero de 2012, “*por la cual se adopta el Profesiograma e Inhabilidades Médicas para el empleo de Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC*”²³, al igual que el anexo²⁴ relacionado con el estudio de la estatura de los participantes en el proceso de selección ampliamente descrito.

Una vez observado el material probatorio aportado, al igual que la doctrina jurisprudencial sobre la materia, la Sala observa que si bien la CNSC atendió los requerimientos lógicos establecidos por dicha Corporación, los mismos no obedecen a un criterio lo suficientemente válido y racional que le permita a la entidad, establecer límites a las y los participantes para concursar en el proceso de selección con el propósito de acceder al cargo de Dragoneante en la Comisión Nacional del Servicio Civil.

²¹ Folio 11 del acervo.

²² En adelante CNSC.

²³ Folio 121.

²⁴ Folio 126 a 134.

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

TABLA 1		
Promedio estatura (centímetros) por estrato socioeconómico		
ESTRATO	HOMBRES	MUJERES
Bajo - Bajo	166	158,3
Bajo	168	153,9
Medio	172	159,9
Alto	176,4	163,5
Fuente. ORDÓÑEZ, Antonio y POLANIA, Doris, "La estatura y el desarrollo económico y social en Colombia"		

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

En ese orden de ideas, cuando la diferencia de trato obedece a una condición propia del ser humano, en este caso la estatura, naturaleza que se obtiene por un procedimiento natural como lo es el nacimiento, es claro que la o el ciudadano no tuvo oportunidad de elegir cual será su talla, el color de sus ojos, el color de su pelo, etc, toda vez que es la propia naturaleza la encargada de definir los prototipos mediante los cuales toman vida a partir del proceso de fecundación.

Ahora bien, la misma Corte Constitucional, efectivamente consiente la facultad de los entes privados y públicos en establecer limitaciones para el acceso a diferentes cargos, **siempre y cuando** la motivación sea altamente racional y objetivamente válida, momento en el cual asume la carga de la prueba que justifique su actuación, de lo contrario se mantendrá la presunción de un trato

discriminatorio, como ocurre en el *sub lite*. En todo caso, el trato desigual es aceptado si el mismo promueve la igualdad de las personas ubicadas en un plano de desigualdad.

El libre desarrollo de la personalidad, se fundamenta precisamente en la consecución de las metas establecidas por el ciudadano, el hecho de ostentar una talla alta o baja, no puede entenderse como un factor diferencial para que el accionante desarrolle sus propósitos como Dragoneante, mucho menos, si no existe una explicación clara de su exclusión, cuando hasta el momento ha superado las pruebas establecidas por el concurso. Con esa misma fundamentación, el Estado no está en capacidad de limitar el acceso a los cargos que él mismo provee, claro está, y como en el presente caso se observa, sin una legítima respuesta o relación entre la limitación exigida como requisito y el cargo para el cual ha sido establecida dicha condición. De este modo, no puede ser la estatura un factor determinante en la idoneidad para acceder al cargo de Dragoneante en el Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario –INPEC–.

En síntesis y sin más prolegómenos que extiendan el curso de la presente providencia, la Sala confirmará lo dispuesto por el *a quo* respecto de la protección al derecho al acceso a cargos públicos y lo adicionará en cuanto a extender la protección de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la libre escogencia de profesión u oficio del accionante, los cuales, de conformidad con lo dispuesto *ut supra*, han sido vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En consecuencia, la Sala, haciendo uso de la facultad derivada del artículo 4 de la Constitución Política de Colombia, inaplicará el artículo 40 de la Convocatoria No 132 de 2012 por considerarlo abiertamente inconstitucional, para el caso concreto, y por vía de excepción de inconstitucionalidad dará aplicación directa de los artículos 16 y 26 de la Ley Fundamental, ordenando, que a partir de la notificación de la presente providencia se incluya de inmediato al accionante a la etapa correspondiente dentro del proceso establecido mediante Acuerdo No 168 del 21 de febrero de 2012 por medio del cual la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Convocatoria No. 132 de 2012, con el fin de establecer el proceso de selección para proveer por Concurso – Curso abierto de méritos el empleo de Dragoneante, Código: 4114, Grado: 11 en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

En cuanto a la solicitud del INPEC en declarar la falta de legitimación por pasiva, se confirmará lo dispuesto por el juez de primera instancia, en tanto que está plenamente probado que fue la CNSC quien expidió la Convocatoria No 132 de 2012.

Así las cosas, la Sala profiere la presente,

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

IV. FALLA

I. CONFÍRMASE la sentencia de 22 de enero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el sentido de conceder la protección al derecho fundamental al acceso a cargos públicos del ciudadano MIGUEL ÁNGEL GALVIS.

II. ADICIÓNENSE al fallo proferido por el *a quo* la protección de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y la libre escogencia de profesión u oficio del señor MIGUEL ÁNGEL GALVIS, los cuales, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente proveído, han sido vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. En consecuencia,

III. ORDÉNESE que una vez notificado el presente fallo, la Comisión Nacional del Servicio Civil deberá incluir inmediatamente al ciudadano MIGUEL ÁNGEL GALVIS a la etapa que corresponda según lo establecido mediante Acuerdo No 168 del 21 de febrero de 2012 por medio del cual la Comisión Nacional del Servicio Civil expide la Convocatoria No. 132 de 2012, con el fin de establecer el proceso de selección para proveer por Concurso – Curso abierto de méritos el empleo de Dragoneante, Código: 4114, Grado: 11 en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

IV. INAPLÍQUESE el artículo 40 de la Convocatoria No 132 de 2013 por vía de excepción de inconstitucionalidad.

V. ADVIÉRTASE a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que en situaciones futuras, determine su actuar de conformidad con las disposiciones constitucionales y estricto acatamiento de los lineamientos señalados por la Corte Constitucional en casos semejantes.

VI. NOTIFÍQUESE esta providencia en la forma indicada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

VII. REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO