Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Sala Penal

Magistrado Ponente:

Carlos Antonio Barreto Pérez

Radicación	: 76001-31-18-003-2022-00022-01
Accionante	: Camilo Andrés García Mejía
Accionados	: Comisión Nacional del Servicio Civil y Alcaldía de Santiago de Cali y otros
Clase	: Sentencia Tutela Segunda Instancia.
Derecho	: Debido Proceso Administrativo y otros
Aprobado	: Acta No. 129
Ciudad y fecha	: Santiago de Cali, Valle, dieciocho (18) de marzo de dos mil veintidós (2022)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver la impugnación formulada por el señor **Camilo Andrés García Mejía**, contra la sentencia No. 036 proferida el 2 de febrero del año que avanza, por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, quien negó la acción constitucional por él formulada.

II. HECHOS

El señor **Camilo Andrés García Mejía,** indica que se inscribió en el proceso de selección o concurso -Convocatoria No. 1356 del 2019- para el empleo de Nivel Asistencial, denominado Dragoneante, grado 11, Código 4114, identificado con código OPEC No. 129612, del INPEC, pero que fue excluido por cuanto, realizada la valoración médica, arrojó restricciones.

Al respecto, indicó que inicialmente, el 29 de octubre de 2021, se anunció que los resultados de valoraciones médicas serían publicados el 8 de noviembre, esto es, con 5 días de anticipación, como lo establecen las reglas del concurso. Después, el 8 de noviembre, se indicó que se publicarían el 10 de ese mes, es decir, tan solo con dos días de anticipación. Finalmente, por "fallas técnicas" se invalidaron las anteriores fechas y el 12 de noviembre, se advirtió que ese mismo día serían publicados los resultados, lo cual se llevó a cabo en altas horas de la noche, lo que contradice las reglas del concurso como quiera que ello debe hacerse, como se indicó anteriormente, con 5 días antes.

Lo anterior, condujo igualmente a que las historias clínicas de los aspirantes se difundieran entre todos, incluso, la suya se la remitieron a otro ciudadano, siendo publicadas y enviadas por redes sociales y grupos de WhatsApp.

Aunque presentó la respectiva reclamación, esta no resuelve de fondo la irregularidad, reduciéndole importancia al calificarlo como un error atribuible al sistema de información sin indicar como repararán el daño, lo que viola la reserva y custodia de su historia clínica.

Cuestiona, por otro lado, la forma como el INPEC en coordinación con la ARL Positiva, hayan instruido al personal médico encargado de realizar la valoración preocupacional como lo ordenan las normas que integran el profesiograma, pues estas deben ser acordes con las funciones específicas del cargo.

Dice que se considera apto y sin restricción para desempeñar el cargo al que se inscribió, resaltando que, incluso, se desempeñó

como auxiliar del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, el cual era más exigente al cargo de dragoneante y con exposición a mayores riesgos, el cual desarrolló sin inconveniente alguno.

III. DEL FALLO IMPUGNADO

El *a quo*, negó la tutela impetrada por el señor **Camilo Andrés García Mejía** contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la ARL Positiva y el INPEC, al considerar que era evidente que ningún derecho fundamental del accionante le fue o le esta siendo vulnerado, ni siquiera está siendo objeto de amenaza. Además, no demostró si quiera sumariamente la configuración de un perjuicio irremediable que amerite la intervención de un juez constitucional.

Lo que en evidencia ha quedado es que las diferentes entidades han actuado de acuerdo con las facultades que les confiere la Constitución, la Ley y los actos administrativos de carácter general, fijando los parámetros institucionales para la organización y realización del concurso y el procedimiento que debía observar cada aspirante al cargo de dragoneante, sin que se vislumbre abuso o desvío de poder por parte de la CNSC.

Por tanto, al tratarse de un acto administrativo de carácter particular el que lo excluye del concurso de méritos, el cual se encuentra revestido de presunción de legalidad, puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, para que, si es del caso, se anule.

IV. DE LA IMPUGNACIÓN

Impugna el fallo, el señor **Camilo Andrés García Mejía**, expresando que contrario a lo expuesto por la primera instancia, la tutela no va dirigida a atacar un acto administrativo de carácter general ni particular; con esta lo que se quiere cuestionar es la oposición de las normas que reglamentan el concurso y el trato arbitrario e injusto que se le dio.

Precisa que se vulneró su derecho a la intimidad al enviar su historia clínica a un destinatario que aun no se ha podido establecer, por una presunta falla técnica del sistema, siendo importante conocer la responsabilidad frente a lo acontecido, como quiera que ello tiene implicaciones penales por manipulación del sistema. Luego entonces, se deben adelantar las actuaciones administrativas, aunque la CNSC informa que tomaron medidas de corrección, no especifica en que consistieron, sin que a la fecha se haya adoptado alguna medida para conjurar el daño causado.

El problema jurídico consiste en establecer si las accionadas respetaron el debido proceso frente a las reglas del concurso, sobre salud ocupacional y sobre el tratamiento de la información médica, de tal manera que se determine si fue irregular su exclusión del concurso, si se violó la reserva legal con la que cuenta su historia clínica y si se le debe ordenar a las entidades accionadas, adelanten la actuación administrativa que corresponda para establecer las responsabilidades a que haya lugar.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Competencia.

Esta Sala es competente para conocer la impugnación del fallo de tutela con fundamento en lo previsto por los artículos 31 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 1382 de 2000.

5.2. Problema Jurídico.

En esta oportunidad, se deberá determinar si es procedente la acción de tutela contra actos administrativos dictados en un concurso de méritos, en caso afirmativo, determinar si las entidades accionadas vulneraron el derecho al debido proceso administrativo e igualdad del señor **Camilo Andrés García Mejía**.

5.3. Examen de procedencia - Requisito de subsidiariedad

Por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados en un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto. Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión) cuyo contenido de protección es amplio y admiten su concurrencia dependiendo del caso (según la ley: **"**el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias**"** al mismo tiempo), con lo cual se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia. Esta circunstancia debe ser objeto de análisis en el estudio de procedencia de la acción de tutela.

La Corte ha sostenido en sentencia T-438 del 2018, 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 irremediable.

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 una de las cuestiones que se pretende atacar en 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 fundamentales. 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***"

En efecto, el Alto 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 irremediable. 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 es el mecanismo idóneo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en concursos de méritos*".

5.4. Frente a la Convocatoria No. 1356 de 2019 - INPEC

Esta fue reglamentada por el Acuerdo No. 20191000009546 de 2019 de la CNSC, el que fue puesto en conocimiento de todos los aspirantes a través del portal de internet de esa entidad como el medio oficial de divulgación del concurso y de comunicación con los aspirantes, en virtud de los artículos 9 y 15 de aquel.

Dentro de los aspectos incluidos en la reglamentación de la Convocatoria, se encuentran los siguientes: *(i)* Divulgación de la convocatoria e inscripciones; *(ii)* verificación de Requisitos mínimos; *(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. 20191000009546 de 2019, 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:

1. Convocatoria y divulgación
2. Adquisición de derechos de participación e inscripciones
3. Verificación de requisitos mínimos
4. Aplicación de pruebas
4.1. Prueba de personalidad
4.2. Prueba de estrategias de afrontamiento
4.3. Prueba físico-atlética
4.4. Curso de formación o complementación
5. Valoración médica y establecimiento de inhabilidades médicas
(…)

En lo que respecta al aquí demandante, **Camilo Andrés García Mejía**, éste se presentó al empleo de dragoneante para integrar la planta global del INPEC. Según lo establecido en el artículo 6 del acuerdo No. 0239 del 2020, que modificó el Acuerdo No. 20191000009546 de 2019 de la CNSC, se establecieron las causales de exclusión de la convocatoria, entre las cuales se encuentra *"ser calificado con restricción en la valoración médica"*. 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. 002141 del 9 de julio de 2018 del INPEC, por medio de la cual se adopta el *profesiograma* (versión4) para el cargo de Dragoneante.

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 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.

En palabras de la Corte, *"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 riesgo, lo que demanda una rigurosa capacidad psicofísica en los candidatos."*

En dicho acuerdo, 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:

*"**5.2.** IMPORTANCIA Y EFECTOS DEL RESULTADO DE LA VALORACIÓN MÉDICA.*

(…) 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 (...) que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección. (...) ***El aspirante que obtenga calificación definitiva de CON RESTRICCION en la Valoración Médica, será excluido del proceso de selección en esa instancia****. (…).”*

En consecuencia, si el aspirante que presente alguna alteración médica, según el profesiograma del empleo de dragoneante establecido por el INPEC, deberá ser excluido del proceso de selección.

Por último, en el numeral 5.5. de los anexos 1 y 2 del Acuerdo, 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 respecto de los resultados de Valoración Médica SOLO serán recibidas a través del sitio web de la CNSC www.cnsc.gov.co enlace SIMO,* ***dentro de los dos (2) días siguientes a la publicación de los resultados****.* ***La reclamación será decidida y comunicada a través del sitio web de la CNSC www.cnsc.gov.co enlace: SIMO****. Ante la decisión que resuelve la reclamación contra el resultado de la Valoración Médica, no procede ningún recurso.* ***NOTA: A solicitud de los aspirantes en el proceso de reclamación, podrá realizarse una segunda valoración médica con la misma IPS contratada, costos que deberán ser asumidos por el aspirante****.”*

5.5. Análisis del caso concreto frente a la violación al derecho al debido proceso administrativo e igualdad

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 bajo los siguientes supuestos: **i)** al impedirle continuar dentro del proceso de selección de la Convocatoria No. 1356 del 2019 para proveer el cargo de Dragoneante del INPEC, sustentando dicha decisión en que el aspirante presentó una restricción por sistema visual (deficiencia en visión cromática) y sistema tegumentario (hiperhidrosis); **ii)** al remitir, a persona distinta a él, su historia clínica la cual está siendo divulgada por diferentes medios de comunicación, cuando se trata de un documento con reserva legal. Y, **iii)** la actitud pacífica asumida por la CNSC al no adelantar la actuación administrativa a que haya lugar para determinar las responsabilidades frente a la divulgación de la información reservada.

El accionante considera que es apto y sin algún tipo de restricción para desempeñar el cargo al que se inscribió, resaltando que, incluso, se desempeñó como auxiliar del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, el cual era más exigente que el cargo de dragoneante y con exposición a mayores riesgos, el cual desarrolló sin inconveniente alguno.

Como se mencionó previamente, se 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, el Alto Tribunal en lo Constitucional 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, según lo establecido en el artículo 6 del acuerdo No. 0239 del 2020, que modificó el Acuerdo No. 20191000009546 de 2019 de la CNSC, una de las causales de exclusión de la convocatoria es *"ser calificado con restricción en la valoración médica".* Así, el requisito que incumplió el demandante, según los resultados médicos de la convocatoria fue haber presentado restricción **por sistema visual (deficiencia en visión cromática) y sistema tegumentario (hiperhidrosis)**. 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.

Según la información brindara por Sensalud IPS, entidad quien suscribió Contrato con la Universidad Libre, cuyo objeto era la Prestación de servicios para desarrollar la valoración médica dentro del proceso de selección de la convocatoria No. 1356 de 2019 -INPEC, determinó que **discromatopsia**, *"Es el defecto más común de la visión de colores. Es de etiología congénita en la mayoría de las veces y afecta solo a los hombres, aunque puede estar relacionada con la exposición al benceno y sus derivados, al uso de anticonceptivos, enfermedades de la retina o atrofia del nervio óptico. Se reconocen tres tipos: protanopia: el individuo no puede distinguir entre los colores rojo y verde, deuterenopia: ceguera para el color verde, tritanopia: ceguera para el color azul"*

Y, frente a **hiperhidrosis**, refirió que no es otra cosa que: *"es una enfermedad rara que consiste en un exceso de sudoración que se produce por fallo del sistema nervioso simpático (parte del sistema nervioso autónomo) originando que el organismo produzca más sudor del que necesita para regular la temperatura corporal. El eccema dishidrótico tiene un curso intermitente. El rascado excesivo puede llevar a que se presente una piel irritada y gruesa que es más difícil de tratar y tarda más tiempo en sanar."*

Ahora bien, en aplicación de las reglas establecidas en la sentencia T-438 del 2018, 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 de la la versión 4 del *profesiograma* documento en el que se incluyen las inhabilidades médicas para ejercer el cargo de dragoneante.

Aunque el demandante cuestionó su exclusión del concurso durante las etapas de reclamación administrativa, pues, a su juicio, dichas restricciones no resultan ser un obstáculo para desempeñar adecuadamente el cargo de dragoneante cuando en otras oportunidades ha ostentado cargos con mayor exigencia, lo cierto es que la CNSC, por solicitud del señor **García Mejía**, le practicó desde el 23 de noviembre de 2021, una segunda valoración médica en la que se confirmó la restricción médica señalada.

Su exclusión no es producto de un acto arbitrario e injusto como lo hace ver el actor; aquella se deriva de un plan de trabajo definido y estructurado realizado de manera anual por Positiva Compañía de Seguros S.A. en sinergia con el INPEC, teniendo como base riesgos prioritarios, tendencia de la accidentalidad y necesidades puntuales de los establecimientos.

Adicionalmente, cabe indicar que: **i)** se le brindó la posibilidad al accionante de someterse a una segunda valoración médica, la cual, infortunadamente, confirmó el primer diagnóstico; **ii)** la CNSC indicó que la reclamación presentada por el actor, fue respondida por la Universidad Libre desde el mes de diciembre de 2021, informándole, nuevamente, que contaba con restricción para el desempeño al cual se postuló, publicando los resultados

definitivos en la página web de la CNSC y la Universidad Libre. Que esa valoración fue realizada por un profesional de la salud, con el perfil y el entrenamiento para el procedimiento. Además, que podía consultarla en la pagina web de la CNSC y de la Universidad Libre; y, **iii)** aunque el señor **García Mejía** cuestionó no haberse publicado la valoración médica con cinco (5) días de antelación como lo establece la CNSC; lo que ha quedado evidenciado es que el 29 de octubre de 2021, la CNSC aunque informó que el 8 de noviembre publicaría los resultados, finalmente ello se llevó a cabo el 12 de ese mes y año, lo que nada alteró las reglas del concurso, menos aún cuando se les garantizó los dos (2) días para realizar reclamaciones. Lapso que aprovechó el accionante, pues como se ha indicado en reiteradas oportunidades, solicitó una segunda valoración médica.

Las entidades participantes del proceso de selección resaltaron la importancia de cumplir con cada uno de los requisitos para el concurso, incluso, ***el personal profesional contratado es idóneo en su área, campo de acción y cuenta con los soportes probatorios***. Afirmación que el accionante tampoco controvirtió, solo se limitó a poner en duda la idoneidad de los profesionales en salud.

De lo expuesto es posible concluir que 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, las restricciones en la valoración médica 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 dragoneante.

En consecuencia, al no advertirse vulneración o amenaza a derecho alguno del accionante, la Sala confirmará el fallo de segunda instancia, denegando la solicitud de amparo invocada por el accionante.

5.6. Análisis del caso concreto frente a la violación al derecho a la intimidad

Finalmente, cuestiona el accionante, que se presentó una presunta vulneración en la reserva y custodia de su historia clínica. Si bien la Universidad Libre ratifica que ello obedeció a una falla técnica del aplicativo y que se tomaron las medidas necesarias e inmediatas por parte de la CNSC y la Universidad de proteger la información que goza de reserva, por lo que no resulta cierto que la IPS haya desconocido las obligaciones que el aspirante manifiesta. De lo anterior surge la necesidad de realizar las siguientes precisiones.

La Corte Constitucional en sentencias como la T-265 del 2020 y T-058 de 2018, ha establecido que la historia clínica es un documento privado, de obligatorio diligenciamiento para el cuerpo de salud, contentivo de todos los datos sobre la salud física y psíquica del paciente, estructurados de manera ordenada, detallada y cronológica. Su acceso, según el artículo 34 de la Ley 23 de 1981, "*(p)or la cual se dictan normas en materia de ética médica*", es reservado y, por consiguiente, puede ser conocido

únicamente por su titular[1] y, excepcionalmente, por terceros -en los casos previstos por la ley o previa autorización del usuario-. Por ende, este documento constituye prueba idónea sobre los tratamientos médicos recibidos por el usuario, al punto que se ha descrito como *"el único archivo o banco de datos donde legítimamente reposan, todas las evaluaciones, pruebas, intervenciones y diagnósticos realizados al paciente".*

Sin duda, la historia clínica de **Camilo Andrés y de todos los demás participantes del concurso** es un documento reservado. En esa medida, sólo el médico tratante y su equipo podían acceder a esa información y tenían absolutamente prohibido difundirla o darle un uso distinto al estrictamente necesario para efectuar su tratamiento. Por esa razón, el uso de los datos de su historia clínica para un fin distinto del tratamiento del paciente, supone una intromisión en su esfera más íntima.

Pero, lo cierto es que, de la divulgación de esa información con carácter reservado, no se observa mala fe de las entidades accionadas, como quiera que se ha esbozado un argumento razonable y justificable como lo fue la falla técnica del aplicativo al momento de la publicación de los resultados. Así pues, no corresponde a esta Sala definir responsabilidades porque, como se advirtió, se tomaron las medidas necesarias e inmediatas por parte de la CNSC y de la Universidad para proteger la información, sin desconocer que la difusión de datos sujetos a reserva a través de una red social bien se puede considerarse que

afecta el derecho a la intimidad, porque comporta la intromisión en la esfera íntima del paciente.

El accionante considera que esta afectación al derecho a la intimidad al enviar su historia clínica a un destinatario que aún no se ha podido determinar, por una presunta falla técnica del sistema, acarrea investigaciones penales por manipulación del sistema.

No obstante, la acción de tutela no es el escenario para debatir o determinar responsabilidad de orden penal, administrativo o disciplinario. Lo cual hace improcedente la acción de tutela por el principio de subsidiaridad. Precisamente si el accionante estima la posibilidad de reparación del daño causado deberá acudir a la instancias y acciones judiciales contenciosas para la reclamación de tales derechos; para asuntos penales están las autoridades de investigación de conductas punibles y para las acciones disciplinarias de igual manera.

En igual sentido, el accionante bien puede solicitar información de lo ocurrido a las entidades que realizaron el concurso, en cuanto a las razones del envió de historias clínicas a terceros y actos realizados para su corrección. Que es precisamente cuando podría determinar si aún persiste la afectación de sus derechos, como exigencia para la presentación de la acción de tutela ante hechos ya consumados o realizados. Porque como viene expuesto, la acción constitucional no procede por subsidiaridad ante tales eventos, dada existencia de otras vías judiciales para la reclamación o ejercicio de los derechos que se puedan derivar de la situación fáctica expuesta por el demandante.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la ley, en Sala de Decisión Constitucional,

VI. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela No. 036 proferida el 2 de febrero del año que avanza, por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, de conformidad con lo señalado precedencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente sentencia por los medios más eficaces y expeditos a los sujetos con interés y devolver la actuación al juzgado de origen para los efectos pertinentes.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados,

CARLOS ANTONIO BARRETO PÉREZ
Magistrado (03-2022-00022-01)

CARLOS ALBERTO PAZ ZUÑIGA
Magistrado (03-2022-00022-01)

VÍCTOR MANUEL CHAPARRO BORDA
Magistrado (03-2022-00022-01)