

Sentencia T-030/04

TATUAJE-Evolución histórica

INPEC-No consideró apto al accionante para curso de dragoneante por tener tatuaje en el brazo

ACTO ADMINISTRATIVO DEL INPEC-Inaplicación por ser contrario a la Constitución

Dado que la decisión del INPEC se basa en una disposición contenida en un acto administrativo expedido por la Escuela Penitenciaria Nacional "Enrique Low Murtra", la Sala considera que aquélla es manifiestamente contraria a la Carta Política, y que por ende, debe inaplicarla en el caso concreto, y prevenir a la autoridad pública que la expidió para que la inaplique en el futuro a situaciones semejantes. En efecto, esta medida vulnera varios derechos fundamentales del accionante, como pasa a explicarse.

ACTO ADMINISTRATIVO DEL INPEC-La presencia de tatuajes no incide para ser dragoneante de prisiones

La prescripción que estipula el artículo 23, N, 2 de la resolución núm. 0197 de 2001 del INPEC, en el sentido de considerar como no apta para el servicio penitenciario y carcelario a un candidato que presente tatuajes o incluso cicatrices por retiro de los mismos, y manifiestamente inconstitucional por cuanto lesiona gravemente los derechos fundamentales a la identidad personal y a la propia imagen, ya que se trata de una medida irrazonable y manifiestamente desproporcionada que vulnera el contenido de los mismos. La presencia de un tatuaje, o la ausencia de éste, no inciden en la vigencia de los principios de supervisión correccional. En otras palabras, la presencia de un tatuaje no guarda relación alguna con las necesarias condiciones físicas y psicológicas que debe cumplir una persona que aspire a ser guardián de prisiones.

DERECHO AL DESEMPEÑO DE CARGOS Y FUNCIONES PUBLICAS-Vulneración por no admisión del actor a curso de dragoneante por tener tatuaje en el brazo

La decisión tomada por el INPEC vulnera el derecho fundamental del peticionario a desempeñar funciones y cargos públicos, por cuanto si bien se trataba de ser admitido a un curso para dragoneante y no propiamente a ser nombrado como tal, lo cierto que se está en

presencia de un régimen de carrera, en este caso la penitenciaria, la cual inicia con el mencionado curso, y por ende, quien no ingrese al mismo jamás podrá desempeñarse como dragoneante.

Referencia: expediente T-648504

Acción de tutela instaurada por Rafael Quijano Hurtado contra el INPEC.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., veintidós (22) de enero de dos mil cuatro (2004).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAUJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela promovida por Rafael Quijano Hurtado contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, ante la determinación de considerarlo no apto para ingresar al curso de formación para dragoneante en esa institución.

I. ANTECEDENTES

1.- Hechos

Narra el demandante que luego de practicada la prueba médica correspondiente (examen de aptitud psico - física) fue considerado como "NO APTO" para adelantar el curso. Inconforme con los resultados obtenidos, el señor Quijano solicitó una revaloración médica, pues consideraba que sus condiciones físicas eran aceptables ya que recientemente había prestado el servicio militar sin problema alguno.

No obstante, el Director de la Escuela Penitenciaria Nacional le envió comunicación anexando

un concepto emitido por la IPS Salud Ocupacional Sanitas, mediante el cual se ratifica el concepto de NO APTITUD POR PRESENCIA DE UN TATUAJE EN EL BRAZO DERECHO.

2.- Solicitud de tutela.

A juicio del peticionario, la conducta asumida por la entidad demandada vulnera sus derechos a la igualdad y al trabajo, pues se le impide participar en el proceso de selección por el sólo hecho de tener un tatuaje en su cuerpo. En consecuencia, solicita se ordene una revaloración médica y se le permita eliminar por los métodos médico científicos pertinentes el tatuaje que tiene.

3.- Posición de las demandadas

3.1.- La coordinadora del grupo de tutelas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante INPEC), considera que el amparo debe negarse por existir otros mecanismos judiciales de defensa. En este sentido explica que la controversia debe ser dirimida ante la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto lo que se ataca es precisamente un acto administrativo que se presume legal.

La interviniente explica que el artículo 23, inciso "N", numeral 2, de la Resolución 0197 de 2001, establece claramente como una de las causales de NO APTITUD la presencia de algún tatuaje o de una cicatriz por retiro del mismo.

De otra parte, advierte que la entidad tan sólo ha querido que se cumpla a cabalidad con las disposiciones que regulan la carrera penitenciaria de acuerdo con las condiciones y exigencias previstas en la ley.

3.2.- El director de la Escuela Penitenciaria Nacional "Enrique Low Murtra", también se hizo partícipe en el trámite de la tutela con el fin de solicitar la improcedencia del amparo.

En primer lugar, señala, el peticionario ha recibido el mismo trato que los demás aspirantes, pues a todos se les practicó la prueba de aptitud psicofísica en la misma entidad y siguiendo los lineamientos de la Resolución 0197 de 2001, lo cual desvirtúa la violación del derecho a la igualdad.

En segundo lugar, desestima la vulneración del derecho al trabajo, porque el accionante se

presentó únicamente como alumno para hacer el curso de formación, mas no para posesionarse como dragoneante.

En tercer lugar, explica que en la Resolución No. 0197 de 2001 se establecen las pruebas médicas psicológicas y psiquiátricas aplicables en el proceso de selección para aspirantes y alumnos de la Escuela Penitenciaria Nacional, no aprobadas en el caso del señor Rafael Quijano Hurtado. Al respecto, destaca que según el informe médico el peticionario presentaba las siguientes incompatibilidades:

a.- Ausencias dentales mayores a cuatro.

b.- Desviación de tabique.

c.- Presencia de tatuaje.

En síntesis, considera que todo el proceso de la convocatoria a la que se presentó el accionante se encuentra ajustado al ordenamiento constitucional y legal, cuyo fin último consiste en obtener un óptimo servicio público en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país.

4.- Sentencia objeto de revisión

El Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de julio de 2002, denegó el amparo solicitado. El despacho comienza por explicar que en la Resolución 0197 de 2001 se señalan las pruebas médicas, psicológicas y psiquiátricas que deben cumplir quienes aspiran ingresar al INPEC, en la cual se exige la ausencia de tatuajes como uno de tales presupuestos.

En consecuencia, considera que las entidades demandadas solamente dieron aplicación a la precitada resolución, cuya legalidad debe ser cuestionada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no mediante la acción de tutela, más aún si se tiene en cuenta que ésta última no procede para controvertir actos de contenido general y abstracto.

Adicionalmente, explica que el peticionario fue considerado no apto para ingresar a la institución no sólo por la presencia de un tatuaje sino también por la existencia de otras inhabilidades médicas.

5.- Pruebas

Durante el trámite de revisión la Sala consideró necesaria la práctica de algunas pruebas, para lo cual requirió el envío de algunos documentos a las entidades demandadas. Así, del material probatorio allegado al expediente la Sala destaca lo siguiente:

- Fotocopia de la libreta militar y de la tarjeta de conducta (excelente) del peticionario (folio 10).
- Fotocopia de la historia clínica ocupacional del señor Rafael Antonio Quijano Hurtado y del examen de aptitud psicofísica practicado por SANITAS, Salud Ocupacional. Según el informe adjunto, el aspirante fue considerado NO APTO únicamente debido a la presencia de un tatuaje en su cuerpo (folios 94 a 112).
- Fotocopia del derecho de petición presentado por el señor Quijano Hurtado, solicitando una revaloración médica (folio 4).
- Fotocopia de la respuesta emitida por el Director de la Escuela Penitenciaria Nacional "Enrique Low Murtra", donde le informa que "SANITAS" ratificó el concepto de NO APTITUD (folios 8 y 9).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferidos en el presente caso, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2.- Problema jurídico a resolver.

Le corresponde analizar en esta oportunidad a la Sala si la decisión del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC de considerar no apto a un candidato para adelantar el curso de formación para dragoneante, por cuanto presenta un tatuaje visible en su brazo derecho, constituye o no una vulneración a los derechos fundamentales del accionante, en especial, los derechos a la identidad personal, la propia imagen y el acceso a funciones y cargos

públicos.

En este orden de ideas, considera la Sala necesario adelantar un breve examen histórico sobre el tatuaje, con el propósito de contextualizar el caso concreto. Acto seguido, se analizará la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida adoptada por el INPEC, en el sentido de excluir de los cursos de formación para dragoneante a una persona por el simple hecho de portar uno de aquéllos, e incluso, y más grave aún, que ni siquiera se le otorgue la posibilidad de retirarlo para poder ser aceptado al mencionado curso.

3. Contextualización del caso concreto.

Según Clagliani, el tatuaje consiste en una técnica de decoración de la piel mediante la inserción de sustancias colorantes bajo la epidermis. La piel se perfora con un instrumento punzante, a menudo una aguja eléctrica.

En muchas partes del mundo existen pueblos que utilizan el tatuaje y la escarificación como indicativos del rango y afiliación sociales o como signos de duelo. La escarificación se consigue sajando la piel e introduciendo sustancias irritantes en las heridas que, al curar, dejan cicatrices profundas.

El término tatuaje deriva, según algunos antropólogos, de la palabra Ta-tau, que en polinesio significa marca sobre la piel. Un vocablo que fue introducido en Europa en el siglo XVIII por el explorador inglés James Cook, tras uno de sus viajes por los Mares del Sur. Entre los pueblos primitivos, tatuarse no tenía nada de transgresivo, sino que incluso era un signo de integración social.

En la Antigüedad, el tatuaje egipcio estaba relacionado con el lado emocional de la vida y tradicionalmente se le asociaba con la magia, protección y el deseo de la persona tatuada, de identificarse con el espíritu de un determinado animal. También se usaba para impresionar y asustar a los enemigos en el campo de batalla. Así, en las antiguas poblaciones británicas este método de intimidación fue utilizado por los guerreros que al tatuarse la cara y cuerpos en preparación para la guerra, lograban desmoralizar e infundir temor a los enemigos. En otras regiones se le usaba como castigo. De tal suerte que las personas acusadas de sacrilegio debían de ser tatuadas.

Al extenderse el cristianismo, en el Imperio Romano se abandonó lentamente el tatuaje de esclavos y criminales. Los cristianos eran hostiles a los tatuajes, ya que creían que si la divinidad había creado el hombre era a su imagen y semejanza, y por ende, era pecaminoso que el este último tratara de alterar su imagen. De allí que el emperador Constantino, emitió un decreto en contra de la actividad del tatuarse, por cuanto se consideraba que se trataba de un asunto de idolatría y superstición. Debido a esto, los médicos griegos y romanos empezaron a practicar la remoción de tatuajes.

A finales de la Edad Media, los viajes de ultramar provocaron la difusión de esta costumbre en los países europeos, tendencia que se mantuvo durante la Modernidad.

Más recientemente, durante la II Guerra Mundial, el tatuaje representó una señal de pertenencia entre los soldados; y a partir de la década de los sesentas, muchos lo adoptaron como un símbolo de rebeldía contra el sistema.

Este breve recuento histórico, evidencia que tatuarse constituye una extendida y muy antigua práctica cultural, presente en diversos contextos y lugares, la cual, si bien en determinados momentos ha estado asociada a la esclavitud, al ostracismo social, e incluso, la criminalidad, en otras, las más de las veces, lo ha estado a la estética, al arte, a las creencias religiosas del individuo, a su pertenencia a un determinado grupo humano, o simplemente, a sus gustos y preferencias personales. De allí que identificar a una persona tatuada con un delincuente constituye un acto discriminatorio, un prejuicio social.

4. Manifiesta inconstitucionalidad de una disposición administrativa expedida y aplicada por el INPEC en relación con la prohibición para los futuros alumnos de su escuela de formación de usar tatuajes e incluso de tener cicatrices por el retiro de los mismos.

En el presente caso, el accionante se presentó para el curso de formación 120 de dragoneantes del INPEC. Una vez efectuadas las pruebas de rigor y los exámenes médicos correspondientes, se enteró que su nombre no figuraba en los listados de aspirantes aptos. El 27 de mayo de 2002 instauró un derecho de petición solicitando la revaloración médica por cuanto “considero que tengo aptitud física para ingresar a la Institución como quiera que preste (sic) el servicio militar sin que me objetaran para esa época los exámenes médicos practicados”.

El día 17 de junio de 2002 el Director de la Escuela Penitenciaria Nacional dio respuesta a la solicitud elevada por el accionante, anexando un concepto emitido por la IPS Salud Ocupacional Sanitas según el cual el candidato no era apto para adelantar el curso para dragoneante por cuanto presentaba un tatuaje en su brazo.

En su defensa, el INPEC sostiene que su decisión se fundamentó en el artículo 23, inciso N, numeral 2 de la resolución núm. 0197 de diciembre 13 de 2001, expedida por la Escuela Penitenciaria Nacional "Enrique Low Murtra", a cuyo tenor se debe presentar una "ausencia de tatuajes y cicatrices por retiro de los mismos". De igual forma, el accionado alega que el aspirante presentaba otra dos inhabilidades:

"GRUPO B. ODONTOLÓGICO. NUMERAL 4. TEJIDOS DUROS (DIENTES) LITERALES: a. Ausencias dentales mayores de cuatro (excluyendo los últimos molares (8) y los cuatro premolares en casos indicados por tratamientos de ortodoncia, y b. Exodoncias indicadas mayores a uno (Destrucción coronaria o raíces abandonadas).

"GRUPO F. SISTEMA RESPIRATORIO Y TORAX. Numeral 3. Otros Aspectos: Literal b- Desviación leve o severa tabique nasal (que compromete buena funcionalidad vías aéreas".

No obstante, de las pruebas recaudadas por la Sala se pudo establecer que el motivo determinante sobre el cual se apoyó la decisión del INPEC de considerar como no apto al accionante fue la presencia de un tatuaje en uno de los brazos del mismo. En efecto, en relación con el problema de tabique, la historia clínica ocupacional del examinado dice textualmente lo siguiente "Desviación izquierda que no compromete la funcionalidad"¹. De igual manera, en lo que atañe a la inhabilidad por la dentadura, la historia clínica se limita decir "Anodoncia (sic) parcial, resto radicular 46"², sin que de manera alguna se explique por qué razón la ausencia de una pieza dental afecte la adecuada prestación del servicio por parte de un futuro dragoneante de prisiones. Por el contrario, la presencia de un tatuaje de 5 centímetros, con una letra B, en el tercio superior del antebrazo izquierdo, en un lugar visible, terminó siendo la única razón por la cual el accionado consideró como no apto al aspirante a la realización del curso de dragoneante; tanto es así que en el "Concepto de aptitud", se dice "No apto para el cargo. Resolución 0197 del 13 de diciembre de 2001, Grupo N, numeral 2"³, es decir, la presencia de tatuajes, e incluso, la cicatriz que queda al

momento de quitarse uno de ellos.

Por lo anteriormente expuesto, el accionante solicitó la inmediata protección de sus derechos fundamentales mediante un fallo judicial que ordenara una revaloración médica, y asimismo se le permitiera, por medios científicos, eliminar el tatuaje al que alude el concepto médico emitido por la IPS Salud Ocupacional Sanitas.

Ahora bien, dado que la decisión del INPEC se basa en una disposición contenida en un acto administrativo expedido por la Escuela Penitenciaria Nacional “Enrique Low Murtra”, la Sala considera que aquélla es manifiestamente contraria a la Carta Política, y que por ende, debe inaplicarla en el caso concreto, y prevenir a la autoridad pública que la expidió para que la inaplique en el futuro a situaciones semejantes. En efecto, esta medida vulnera varios derechos fundamentales del accionante, como pasa a explicarse.

En lo que concierne a los derechos fundamentales a la identidad personal y a la propia imagen, esto es, a lucir ante los demás de una determinada manera, la Corte tuvo la ocasión de pronunciarse en sentencia T-090/964, en los siguientes términos:

“La consideración conjunta de los artículos 14 y 16 de la C.P., obligan a concluir que la personalidad a que aluden ambos es una personalidad diferenciada - desde luego, sin perjuicio de que el derecho en sí mismo sea abstracto y universal -, en el sentido de que ella no es ajena a las características físicas, sociales y a los demás elementos relevantes que son distintivos y propios de un individuo y que objetivamente son susceptibles de ser reconocidos y apreciados en su medio. Las dos disposiciones, una en sentido estructural y la otra en sentido funcional y dinámico, amparan el derecho a la propia identidad y la consiguiente facultad de obrar contra su injusto falseamiento. Igualmente, el interés en la verdad biográfica, puede en ciertos eventos preservarse a través del ejercicio del derecho de rectificación de informaciones falsas, inexactas o imparciales (C.P., art. 20), lo que demuestra que la autenticidad personal (lo mismo que la necesidad social de conocer a la persona tal cual es) corresponde a una pretensión que tiene relevancia constitucional y que ésta es indisoluble de la particular concepción del sujeto que alienta toda la Constitución”.

(...)

“De otra parte, cabe destacar que la imagen o representación externa del sujeto tiene su

asiento necesario en la persona de la cual emana y, por tanto, su injusta apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización, afecta lo que en estricto rigor constituye un derecho o bien personalísimo. Una consideración elemental de respeto a la persona y a su dignidad, impiden que las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que lo identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad, puedan ser objeto de libre disposición y manipulación por terceros. De ahí que con las limitaciones legítimas deducibles de las exigencias de la sociabilidad humana, la búsqueda del conocimiento y demás intereses públicos superiores, se estime que toda persona tiene derecho a su propia imagen y que, sin su consentimiento, ésta no puede ser injustamente apropiada, publicada, expuesta, reproducida o comercializada por otro”.

“El derecho a la propia imagen por ser inseparable de la persona y emanación directa de ésta, queda dentro del ámbito de protección que determina el artículo 14 de la C.P. De otro lado, la relativa disponibilidad de la propia imagen, en cuanto se realice, traduce una forma de autodeterminación del sujeto, e igualmente podría entrar en la órbita del derecho al libre desarrollo de la personalidad”.

En tal sentido, la prescripción que estipula el artículo 23, N, 2 de la resolución núm. 0197 de 2001 del INPEC, en el sentido de considerar como no apta para el servicio penitenciario y carcelario a un candidato que presente tatuajes o incluso cicatrices por retiro de los mismos, y manifiestamente inconstitucional por cuanto lesiona gravemente los derechos fundamentales a la identidad personal y a la propia imagen, ya que se trata de una medida irrazonable y manifiestamente desproporcionada que vulnera el contenido de los mismos. En efecto, la medida no persigue un objetivo constitucionalmente válido, por cuanto el mantenimiento de la autoridad y el orden en los centros de reclusión del país no se logra coartando los derechos fundamentales de los guardianes. Sin duda, la presencia de un tatuaje, o la ausencia de éste, no inciden en la vigencia de los principios de supervisión correccional. De igual forma, la medida carece de razonabilidad por cuanto se soporta, como se ha visto, en un simple prejuicio social, consistente en asociar los tatuajes con la criminalidad. En otros términos, en se parte del supuesto de que un futuro guardián, en tanto que agente de la disciplina, no puede asemejarse en absoluto a sus subordinados, olvidando por completo que el respeto y la autoridad no se ganan con simples símbolos externos del mismo sino con un comportamiento ético intachable.

En otras palabras, la presencia de un tatuaje no guarda relación alguna con las necesarias condiciones físicas y psicológicas que debe cumplir una persona que aspire a ser guardián de prisiones.

De tal suerte que la medida termina siendo inidónea e innecesaria para la consecución del fin de preservar el orden en los centros de reclusión del país, por cuanto tal objetivo se puede alcanzar recurriendo a otros medios menos lesivos para el disfrute de los derechos fundamentales; tanto más en casos como el presente cuando el propio accionante estaba dispuesto a retirarse su tatuaje con el propósito de ser admitido al curso para ser dragoneante del INPEC.

De igual manera, la decisión tomada por el INPEC vulnera el derecho fundamental del peticionario a desempeñar funciones y cargos públicos, por cuanto si bien se trataba de ser admitido a un curso para dragoneante y no propiamente a ser nombrado como tal, lo cierto que se está en presencia de un régimen de carrera, en este caso la penitenciaria, la cual inicia con el mencionado curso, y por ende, quien no ingrese al mismo jamás podrá desempeñarse como dragoneante.

En este orden de ideas, debe inaplicarse cualquier disposición que figure en un acto administrativo según la cual, la presencia de tatuajes o de cicatrices dejadas por el retiro de los mismos constituye un criterio de evaluación para los candidatos a ser guardianes del INPEC, por cuanto, se insiste, se trata de una norma manifiestamente inconstitucional.

Por último, desea aclarar la Sala que la protección constitucional que se le brinda al accionante regirá únicamente hasta le sea practicada una nueva valoración médica, con el propósito de cumplir con el requisito para ser admitido como alumno al próximo curso que se imparta para ser dragoneante del INPEC. De allí en adelante, el peticionario recibirá el mismo trato que se le dispensa a los demás aspirantes al curso.

III. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto

SEGUNDO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso de la referencia. En su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la identidad personal, a la propia imagen y al acceso a cargos y funciones públicos del señor Rafael Antonio Quijano Hurtado. En tal sentido, en el término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación del presente fallo, al accionante se le deberá practicar una nueva valoración médica, con el propósito de cumplir con el requisito para ser admitido como alumno al próximo curso que se imparta para ser dragoneante del INPEC. De allí en adelante, el peticionario recibirá el mismo trato que se le dispensa a los demás aspirantes al curso.

TERCERO. PREVENIR al INPEC para que en el futuro se abstenga de rechazar a candidatos para curso de dragoneante en razón a la presencia de tatuajes en sus pieles o cicatrices dejadas por el retiro de los mismos.

CUARTO. Por Secretaría General de la Corte, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Visible a folio 98.

2 Ibídem.

3 Visible a folio 94.

4 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz