

Sentencia T-413/17

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Identidad personal

El derecho al libre desarrollo de la personalidad como una extensión de la autonomía indudablemente conlleva a la construcción de la identidad personal como la facultad de decidir quién se es como ser individual. Es decir, la posibilidad de autodefinirse desde la apariencia física, el modelo de vida que se quiere llevar hasta la identidad sexual o de género. Lo anterior incluye un amplio espectro de decisiones que abarcan desde la ropa que se lleva, el peinado, los aretes, adornos, tatuajes o su ausencia, el modelo de vida que se quiere llevar hasta la determinación del género como “las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y [e]l significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas” y el nombre.

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

La exclusión del accionante del proceso de selección para desempeñar el cargo de dragoneante del INPEC por tener un tatuaje en un lugar que no es visible con los uniformes dispuestos por la entidad, es una medida desproporcionada y, por lo tanto, tal exclusión constituye una violación de sus derechos fundamentales al trabajo, al acceso a la función pública y al libre desarrollo de la personalidad.

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 presencia de tatuajes visibles es un criterio que se basa en un juicio de valor a partir de estereotipos negativos sobre lo que es adecuado y lo que no.

DERECHO AL DESEMPEÑO DE CARGOS Y FUNCIONES PUBLICAS-Orden a Comisión Nacional del Servicio Civil readmitir al accionante al proceso de selección para proveer los cargos de dragoneantes del INPEC

Referencia: Expediente T-6.045.879

Acción de tutela instaurada por Carlos Daniel García Narváez contra la Comisión Nacional del Servicio Civil

Procedencia: Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Asunto: Establecimiento de requisitos de acceso al cargo de dragoneantes del INPEC. Derechos al libre desarrollo de la personalidad, acceso a cargos públicos y trabajo.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de junio de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia de segunda instancia, dictada el 14 de febrero de 2017 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y en primera instancia el 15 de diciembre de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, dentro de la acción de tutela promovida por Carlos Daniel García Narváez contra la Comisión Nacional del Servicio Civil.

El asunto llegó a la Corte Constitucional, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución y 33 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto del 30 de marzo de 2017, la Sala Número Tres de Selección de Tutelas de esta Corporación lo escogió para su revisión y lo asignó a la Magistrada ponente para su sustanciación¹.

I. ANTECEDENTES

El 2 de diciembre de 2016, el señor Carlos Daniel García Narváez, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, al considerar que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y al trabajo, como consecuencia de su exclusión de la

Convocatoria 335-2016 para acceder al cargo de dragoneante del INPEC dentro de la cual fue inhabilitado por tener un tatuaje en el brazo.

A. Hechos y pretensiones

1. El accionante relata que en el mes de febrero de 2016 se presentó a la Convocatoria 335 de 2016 abierta por la Comisión Nacional del Servicio Civil para acceder al cargo de dragoneante del INPEC.

1. Agrega que superó las pruebas psicológico-clínica, de valores, físico-atlética y la entrevista.

1. El accionante señala que posteriormente se le practicó la valoración médica, la cual arrojó como resultado “No Apto” por “inhabilidad relación exámenes de médico ocupacional “tatuaje””2.

1. Por considerar que tal decisión era discriminatoria, el señor García Narváez se dirigió a la Comisión Nacional del Servicio Civil para manifestar su inconformidad por los resultados y solicitar que programaran una nueva valoración médica. La mencionada entidad sostuvo que la reclamación del accionante fue extemporánea y que no había lugar a repetir los exámenes médicos. A su vez, la Comisión manifestó que la decisión de inhabilitar al accionante se funda legalmente en el profesiograma para el cargo de dragoneante del INPEC.

1. El accionante aduce que su tatuaje no es visible, pues se encuentra en el brazo y, al usar el correspondiente uniforme, el tatuaje no puede ser percibido.

1. El señor García Narváez manifiesta que, al momento de inscribirse en el concurso, podía consultarse en la página de la Comisión Nacional del Servicio Civil el profesiograma del cargo de dragoneante en donde consta la inhabilidad por tatuajes visibles y la justificación de tal inhabilidad.

1. Refiere que, durante el desarrollo del concurso, la Comisión Nacional del Servicio Civil, explicó que por tatuaje visible como causal de exclusión prevista en las normas de la convocatoria se entiende aquellos ubicados en las partes del cuerpo de fácil identificación y visualización como “las manos, cara, cuello, brazos, antebrazos, etc”.

1. El accionante argumenta que muchos dragoneantes tienen tatuajes en alguna parte de su cuerpo, lo cual no ha sido impedimento para que desempeñen sus labores en el cuerpo de custodia y vigilancia.

1. Solicita que se le declare apto para continuar con el curso-concurso para el cargo de dragoneante y que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que en un término perentorio de 48 horas continúe con el proceso de selección.

Mediante auto del 5 de diciembre de 2016, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto admitió la acción de tutela y vinculó a la Universidad Manuela Beltrán y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Pasto con el fin de que se pronunciaran sobre los hechos relatados en la tutela. Adicionalmente, vinculó a los terceros interesados en la presente acción con el propósito de hacer uso de su derecho a la defensa y que se pronuncien sobre los hechos que motivaron la acción de amparo. Para lo anterior ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la Universidad Manuela Beltrán y al INPEC que publicaran durante dos días en los portales web de cada entidad, la tutela presentada por el accionante y allegaran al despacho las manifestaciones que se produjeran en esa oportunidad.

Así mismo, mediante auto del 12 de diciembre de 2016, se ordenó vincular a la IPS

FUNDEMOS a la que se le corrió traslado de la acción de tutela para que se pronunciara sobre los hechos y allegara la documentación que considerara pertinente.

Respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En primer lugar, argumentó que la tutela en este caso resulta improcedente puesto que lo pretendido por el accionante es controvertir las reglas que rigen todo el proceso de la Convocatoria 335 de 2016, entre ellos el Acuerdo 563 de 2016, que es un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto. Al respecto refiere pronunciamientos de tutela proferidos por la Corte Suprema de Justicia en los que se considera que el medio adecuado para controvertir las normas que regulan las convocatorias de acceso a los cargos públicos es la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la convocatoria o del acto jurídico en el cual se fundamenta.

Relacionado con lo anterior, la entidad sostuvo que el accionante no acreditó que estuviera ante un perjuicio irremediable que hiciera viable la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio.

En todo caso, la entidad también presentó argumentos sobre el fondo del asunto. En primera medida, señaló que, conforme a lo expuesto en la jurisprudencia constitucional, “la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes” norma que en el caso específico es el Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016 expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Tal Acuerdo consagró como uno de los requisitos para participar en el concurso de méritos el de “aceptar en su totalidad las reglas establecidas en la Convocatoria”³. El mismo acto administrativo establece que la valoración médica, “no constituye una prueba dentro del proceso de selección, sino un trámite previo y obligatorio para ingresar al Curso de Formación o Complementación”⁴. Así mismo, tal trámite previo se encuentra regulado por la Resolución No. 005657 de 2015 del INPEC a la que remite el artículo 50 del Acuerdo 563 de 2016.

De este modo, la entidad advirtió que respecto del accionante operó la causal de exclusión del proceso de selección, pues obtuvo la calificación de “No Apto” en la valoración médica.

La entidad añadió que la inhabilidad se encuentra en el perfil profesiográfico de cada cargo en el que la justificación de la inhabilidad señala que “las cicatrices o tatuajes en sitios visibles que permitan la identificación y señalamiento del personal de la institución por parte de los internos, se traduce en una inhabilidad por razones de seguridad”⁵. La Comisión Nacional del Servicio Civil adjuntó entre sus pruebas la respuesta a la reclamación por el resultado de no apto en la valoración médica. Al respecto cabe resaltar que para dar alcance a la inhabilidad de tatuaje visible, la Comisión aduce que por el concepto “tatuaje visible” “se puede entender como partes del cuerpo de fácil identificación y visualización como lo son las manos, cara, cuello, brazos, antebrazos, etc”⁶. La entidad agrega entonces que la imposición de tal exigencia para acceder al cargo de dragoneante obedece a la protección a sus derechos a la vida e integridad física.

Respuesta de la Universidad Manuela Beltrán

La Universidad manifestó que suscribió el Contrato No. 121 de 2016 con el objeto de “desarrollar desde la etapa de verificación de requisitos mínimos hasta la consolidación de la información para la publicación de convocados a curso en la Escuela Penitenciaria Nacional del INPEC, los procesos de selección de las convocatorias No. 335 de 2016 – INPEC dragoneantes y No. 336 de 2016 – INPEC ascensos [...]”. Así mismo, reseñó las normas que regulan la Convocatoria 335 de 2016 tal y como lo hizo la Comisión Nacional del Servicio Civil en su respuesta. Adicionalmente, expuso que la Universidad verificó con la I.P.S. encargada de efectuar la valoración médica del accionante y corroboró que el resultado de la valoración de “No Apto” por “tatuaje en cara interna de brazo derecho ocupa los 3/3”.

Señaló que realizó una consulta a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que aclararan los conceptos técnicos acerca de los tatuajes contenidos en el profesiograma. Mediante oficio del 28 de septiembre de 2016, respondió que por “tatuaje visible” se entiende “partes del cuerpo de fácil identificación y visualización como lo son las manos, cara, cuello, brazos, antebrazos, etc., lo cual podría vulnerar la seguridad de las personas”.

Añadió que la justificación de excluir a personas con tatuajes en esos términos obedece a que permiten la identificación lo cual atenta contra la seguridad y, pueden ocasionarse hechos como los sucedidos recientemente en los que bandas sicariales asesinaron a un dragoneante que fue identificado por fuera del establecimiento carcelario por sus tatuajes. La

entidad anexó fotos de dragoneantes con uniformes con mangas que van hasta el antebrazo para mostrar que estos permitirían la fácil visualización de un tatuaje como el del accionante.

Aclaró que el requisito que hoy se discute cumple con las exigencias señaladas por la Corte Constitucional para el ingreso a un determinado programa o cierto tipo de formación para desempeñar tareas específicas, a saber: (i) el conocimiento previo de los aspirantes de los requisitos; (ii) que el proceso se adelante en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión de exclusión se adopte con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables.

Por último, la Universidad solicitó que no se tutelara ningún derecho fundamental a favor del accionante.

Respuesta del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

El INPEC argumentó que no le compete satisfacer las pretensiones del accionante, puesto que las entidades encargadas de la verificación de los requisitos dentro de la Convocatoria 335 de 2016 son la Universidad Manuela Beltrán y la Comisión Nacional del Servicio Civil. Adicionalmente, sostuvo que la Dirección General del INPEC no ha violado, ni amenaza los derechos fundamentales invocados por el accionante y, en consecuencia, carece de legitimidad en la causa por pasiva por lo cual solicita que se declare la improcedencia de la presente acción de tutela respecto de la entidad y su desvinculación del trámite.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, mediante sentencia del 15 de diciembre de 2016, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante, con fundamento en los siguientes argumentos:

En el presente caso la acción de tutela es procedente, pues: (i) el proceso de selección se encuentra en desarrollo y se necesita una protección inmediata; (ii) no hay otro mecanismo eficaz para evitar la alegada violación; (iii) se dirige contra un acto administrativo que establece criterios sobre la apariencia física de los aspirantes lo cual lesiona derechos

fundamentales.

Determinó que no se violaban los derechos fundamentales del señor García Narváez, pues el accionante efectivamente estaba incurso en una causal de exclusión del proceso de selección porque posee un tatuaje ubicado en el brazo. La aclaración durante el desarrollo del concurso se expidió en ejercicio de la facultad contenida en el literal b) del artículo 15 del Acuerdo 563 de 2015 y, en ese sentido, no es una modificación de las reglas que implique violación al debido proceso.

Explicó que en el presente caso el accionante conocía previamente la exigencia de no tener tatuajes, y el proceso de selección se adelantó en igualdad de condiciones. La Sala Penal agregó que el tatuaje del accionante puede ser visible con otro tipo de uniforme institucional.

Por último, señaló que la exigencia de no tener tatuajes visibles en el presente caso resulta razonable, necesaria y proporcional, que busca salvaguardar la seguridad e integridad del personal del INPEC.

Impugnación.

Mediante escrito radicado el 19 de diciembre de 2016⁷, el accionante impugnó la decisión de primera instancia. En su escrito, reiteró que su exclusión del proceso de selección se justificó “luego de haber ingresado al concurso”. Insistió en que no está incurso en ningún tipo de inhabilidad según lo establecido en el profesigramas.

Así mismo, volvió a presentar los argumentos como el concepto solicitado por la Universidad Manuela Beltrán a la Comisión Nacional del Servicio Civil sobre el entendimiento de la inhabilidad por “tatuaje visible” y el hecho de que “muchos dragoneantes, ya dentro de la institución tienen tatuajes en alguna parte de su cuerpo y esto no ha sido impedimento, para que sigan con sus labores de cuerpo de custodia y vigilancia”⁸.

Sentencia de segunda instancia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia del 14 de febrero de 2017, confirmó el fallo impugnado. Sin embargo, en criterio de la Sala, el amparo es improcedente pues desconoce el requisito de subsidiariedad por contar con los

mecanismos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir el acto administrativo a través del cual se excluyó del proceso de selección al accionante.

Agregó que no es del resorte del juez constitucional dirimir controversias de índole interpretativa o proceder al reconocimiento de un derecho cuya existencia se encuentra seriamente cuestionada, cuando existen mecanismos de defensa procesal para tal fin. Aunado a lo anterior, consideró que el accionante tiene la posibilidad de proponer la suspensión provisional del acto que cree lesivo de sus derechos mientras se decide de fondo la legalidad del acto administrativo.

A criterio de la Sala, el proceso de selección en el que participó el accionante se adelantó en igualdad de condiciones, conforme a lo establecido en las normas que regulaban el concurso y la exclusión del accionante no obedeció a un criterio arbitrario de las autoridades accionadas.

D. Actuaciones en sede de revisión

El 22 de mayo de 2017, la Magistrada sustanciadora profirió un auto en el que ofició al INPEC y a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a varias instituciones académicas, con el fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver el asunto de la referencia.

Comisión Nacional del Servicio Civil⁹

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC¹¹

El INPEC manifestó que la presencia de tatuajes en la cara, el cuello, las manos o los brazos es una infracción de los deberes de los funcionarios que se desempeñan en el cargo de dragoneantes del INPEC. Al respecto, señaló que, cuando los dragoneantes estén ante el público, sus tatuajes pueden ser considerados agresivos u ofensivos y, por lo tanto, el dragoneante “no podría realizar un deber como lo es de tener buenas relaciones al público de manera cortés con una correcta presentación personal” (sic)¹².

Añadió que el funcionario que luciera tatuajes estaría incurso en la prohibición de “infligir castigos a los internos, emplear con ellos violencia o maltratos”¹³. El INPEC argumentó que “el castigo igualmente puede ser psicológico como el que un funcionario presente imágenes o símbolos en lugares visibles, situación que a la persona privada de la libertad le recuerda

momentos en los que fue victimizado [...] (sic)”¹⁴.

Por último, el INPEC reiteró que un tatuaje en lugar visible “es un referente fácil de identificación en caso de amenaza vulnerando así la seguridad del Establecimiento y del funcionario mismo”¹⁵.

Universidad del Rosario¹⁶

En respuesta del 1 de junio de 2017, la Universidad sostuvo que una de las restricciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad es resultado de que los actos de la persona pueden “afectar a derechos fundamentales de otras personas”. Según el establecimiento educativo, “aquella persona que aspire a presentarse al concurso para el ingreso del puesto de Dragoneante y conlleve consigo un tatuaje visible el cual tenga un significado que pueda alterar el orden interno del Establecimiento Carcelario pueda llegar estar afectando [sic] los derechos fundamentales del recluso [...]”. Adicionalmente, argumentó que la medida de restringir los tatuajes visibles de los aspirantes a ser dragoneantes supera criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues “termina siendo idónea y necesaria para la consecución del fin de preservar el orden en los centros de reclusión del país, ya que se está previniendo posibles enfrentamientos por cuestiones ideológicas que conllevan ciertos tatuajes”.

Universidad Nacional de Colombia¹⁷

La Universidad manifestó que no le fue posible rendir el concepto solicitado.

Universidad de los Andes¹⁸

La institución expresó que no le fue posible presentar el concepto solicitado.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, de conformidad con lo

dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de análisis y problema jurídico

2. El accionante interpuso acción de tutela contra la CNSC por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, trámite al que se vincularon el INPEC, la Universidad Manuela Beltrán y la IPS Fundemos.

Las situaciones fácticas planteadas exigen a la Sala determinar, en primer lugar, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos.

En caso de ser procedente la tutela de la referencia, será preciso analizar el fondo del asunto, el cual plantea el siguiente interrogante:

¿La Comisión Nacional del Servicio Civil, encargada de realizar un concurso abierto de méritos para proveer los cargos de dragoneante del INPEC vulneró los derechos al libre desarrollo de la personalidad, acceso a la función pública y al trabajo del tutelante, al no permitirle continuar en el proceso de selección, por no cumplir una de las condiciones de aptitud médica establecida en las normas que rigen el concurso (“tatuaje visible” en el brazo)?

3. Para abordar el problema jurídico planteado, la Sala: (i) reiterará la jurisprudencia constitucional sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la práctica de tatuajes para, con fundamento en ese marco constitucional; (ii) resolver el caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela¹⁹

Legitimación en la causa por activa

4. En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que Carlos Daniel García Narváez tiene legitimación por activa para formular la acción de tutela de la referencia, en la medida

en que es titular de los derechos constitucionales fundamentales cuya defensa inmediata invoca.

Legitimación en la causa por pasiva

5. La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, en el evento en que se acredite la misma en el proceso²⁰. Según el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares.

6. En el expediente de la referencia, la acción de tutela se dirige en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC. Se trata de una entidad pública de origen constitucional²¹ que tiene capacidad para ser parte, y tiene a su cargo la función de establecer los reglamentos y lineamientos generales con los cuales se desarrollan los procesos de selección para la provisión de empleos de carrera, por lo que se encuentra legitimada en la causa por pasiva para actuar en este proceso según los artículos 86 Superior y el 5º del Decreto 2591 de 1991.²²

7. Respecto de la Universidad Manuela Beltrán, se tiene que la institución de educación superior suscribió un contrato con la Comisión Nacional del Servicio Civil cuyo objeto es “desarrollar desde la etapa de verificación de requisitos mínimos hasta la consolidación de la información para la publicación de convocados a curso” de dragoneantes del INPEC. En este sentido, la Universidad realizó la etapa de valoración médica del concurso y le correspondía resolver las reclamaciones de los aspirantes con ocasión de los resultados de la misma²³.

8. El INPEC fue vinculado al trámite de la acción de tutela como entidad pública de origen legal²⁴ que tiene capacidad para ser parte, y expidió la Resolución No. 005657 del 24 de diciembre de 2015 como una de las normas que rigen el concurso-curso abierto de méritos y estableció los tatuajes como inhabilidad para el desempeño del cargo de dragoneante. Por lo tanto, se encuentra legitimado en la causa por pasiva para actuar en este proceso.

Subsidiariedad

9. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

Esta Corporación ha señalado que el ordenamiento jurídico dispone de una serie de recursos y procesos que tienen como propósito la protección de los derechos de las personas. En este orden de ideas, desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela vaciaría de contenido los otros mecanismos de defensa judicial que han sido previstos en las normas constitucionales y legales para proteger los derechos invocados.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia²⁵.

10. El numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que esta acción no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos.²⁶ Lo anterior se debe a que, dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción constitucional, quien pretenda controvertir el contenido de un acto administrativo, debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contencioso administrativa

De acuerdo con la norma citada, es procedente el amparo cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, este Tribunal ha determinado que existen dos excepciones que

justifican su procedibilidad²⁷:

- i. Cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,
- ii. Cuando, a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

12. En el caso concreto, la Sala considera que la tutela procede como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales invocados por el accionante, puesto que los mecanismos ordinarios de defensa judicial a disposición del accionante no son idóneos ni eficaces.

Al respecto, la Sala considera que los 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 no son idóneos ni eficaces para el caso concreto, en el cual está involucrada la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido, los mecanismos mencionados previstos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no son adecuados para resolver las implicaciones constitucionales del caso. Lo que el accionante reclama es la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad como consecuencia de: (i) la aplicación concreta de la resolución expedida por el INPEC que fija a los tatuajes visibles como una inhabilidad médica para desempeñar el cargo de dragoneante y; (ii) el Acuerdo adoptado por la Comisión Nacional del Servicio Civil que indica a esa inhabilidad como regla aplicable al concurso. Además, pretende que se determine si efectivamente sus tatuajes son visibles o no.

Por lo tanto, contrario a lo manifestado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el análisis de la exclusión del accionante del concurso de méritos como consecuencia de la aplicación de las normas que rigen el proceso de selección no se dirige a atacar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la Convocatoria, controversia para la cual los

medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo si serían idóneos.

Pese a lo expuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema que en segunda instancia consideró que no se cumplía el presupuesto de subsidiariedad porque el accionante cuenta con la suspensión provisional, la Corte Constitucional ha señalado, en casos similares al actual, que “es claro que la existencia de la suspensión provisional del acto que ordena la exclusión de los accionantes no tiene el efecto, como se desprende de su rigor normativo²⁸, de que los demandantes pudiesen reingresar al proceso adelantado por la CNSC, lo que los pondría en la imposibilidad de obtener una respuesta inmediata frente a la resolución de su controversia”²⁹.

También la Sala toma en cuenta el hecho de que al declarar cumplido el requisito de subsidiariedad para examinar la procedencia de la presente acción de tutela no está suplantando al juez ordinario, pues sin que el juez de tutela actúe como juez abstracto del contenido de los actos administrativos que rigen el concurso de méritos, el juez que conoce del amparo puede “determinar si tales contenidos pueden lesionar derechos fundamentales en un evento particular”³⁰.

Por último, existen casos en los que la Corte ha declarado que la acción de tutela es procedente en aquellos casos en que los accionantes participaron en concursos de méritos del INPEC y fueron excluidos con base en criterios sobre la apariencia física de los aspirantes o de aptitud médica contenidos en normas de carácter general, impersonal y abstracto. La sentencia T-785 de 2013³¹ concluyó la procedencia de la tutela luego de establecer que los medios ordinarios de defensa judicial no son eficaces para dirimir la controversia. Mientras que, en las sentencias T-045 de 2011³² y T-572 de 2015³³, la Corte estimó que la tutela era procedente para evitar un perjuicio irremediable aunque también se abordó la falta de idoneidad de la vía contencioso administrativa³⁴.

En consecuencia, la Sala considera que la presente acción de tutela es procedente porque los mecanismos ordinarios ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no son idóneos y eficaces para garantizar los derechos fundamentales del accionante al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y al acceso a los cargos públicos.

Inmediatez

13. Esta Corporación ha reiterado que uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela es la inmediatez. De tal suerte que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, es decir, no tiene término de caducidad³⁵, su interposición debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo³⁶, habida cuenta de que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados³⁷. En tal sentido, la regla de inmediatez se encuentra orientada a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros³⁸.

14. En el asunto de la referencia, el requisito de inmediatez se cumple toda vez que entre la fecha en que la CNSC respondió a la reclamación efectuada por el accionante y confirmó su exclusión de la Convocatoria (18 de noviembre de 2016) y el momento en el cual se interpuso la acción de tutela (2 de diciembre de 2016), transcurrieron 14 días.

La Sala estima que el lapso que existió entre la actuación más reciente que se pronunció sobre la solicitud del accionante y la presentación de la tutela es razonable y, por consiguiente, en el presente caso se encuentra satisfecho el requisito de inmediatez.

15. Con fundamento en lo anterior, se encuentra establecida la procedencia de la acción de tutela en el presente caso. Por tanto, a continuación se presentarán los aspectos de fondo anunciados para pasar a la solución del problema jurídico formulado.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad (identidad personal) y los tatuajes. Reiteración de jurisprudencia³⁹

16. El artículo 16 de la Constitución Política reconoce el derecho de las personas a desarrollar su personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás y el orden jurídico. De conformidad con este enunciado constitucional, la Corte ha dicho que este derecho se encuentra íntimamente ligado con la dignidad humana y se encuadra en la cláusula general de libertad que le confiere a la persona natural la potestad para decidir autónomamente sobre sus diferentes opciones vitales, dentro de los límites mencionados⁴⁰.

Así, este derecho protege la adopción de las decisiones durante la existencia de los

individuos “que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo”⁴¹. Entonces, la autonomía personal garantiza y protege la elección libre y espontánea que realice una persona entorno a su estilo y plan de vida, lo cual implica la obligación de respetar la posibilidad de actuar y sentir de manera diferente, fijar sus opciones de vida acordes con las propias elecciones y anhelos⁴².

17. En este orden de ideas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad como una extensión de la autonomía indudablemente conlleva a la construcción de la identidad personal como la facultad de decidir quién se es como ser individual⁴³. Es decir, la posibilidad de autodefinirse desde la apariencia física, el modelo de vida que se quiere llevar hasta la identidad sexual o de género⁴⁴. Lo anterior incluye un amplio espectro de decisiones que abarcan desde la ropa que se lleva⁴⁵<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-246-17.htm> - _ftn⁷⁷, el peinado⁴⁶, los aretes, adornos, tatuajes o su ausencia⁴⁷, el modelo de vida que se quiere llevar hasta la determinación del género como “las identidades, las funciones y los atributos contruidos socialmente de la mujer y el hombre y [e]l significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas”⁴⁸ y el nombre.

18. Correlativamente, este derecho implica una restricción para el Estado como una obligación de no interferencia y para la sociedad del respeto de las decisiones que hacen parte del ámbito de la intimidad de cada persona, lo cual incluye la expresión exterior del sujeto en el ejercicio de la autonomía personal, siempre que ésta no afecte derechos de terceros ni los valores y principios del Estado. Así pues, el ejercicio de algunas de las libertades que se derivan del libre desarrollo de la personalidad a su vez se inscriben en las protecciones del derecho a la intimidad que “hace parte de la esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar,

sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico”⁴⁹.

19. En este sentido, el reconocimiento de la autonomía personal comprende el respeto del ámbito que le corresponde a la persona como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia, pero también acerca de su apariencia y su identidad. De ahí que decidir por éste, es “arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen”⁵⁰. Así pues, el ámbito que encierra este derecho, comprende la libertad general de acción, esto es, que la persona pueda hacer o no lo que considere conveniente. La amplitud de su objeto se explica por el propósito del Constituyente de reconocer “(...) un derecho completo a la autonomía personal, de suerte que la protección de este bien no se limite a los derechos especiales de libertad que se recogen en el texto constitucional, sino que las restantes manifestaciones bajo la forma de derechos subjetivos de autonomía ingresen en el campo del libre desarrollo de la personalidad. El mencionado derecho representa la cláusula de cierre de la libertad individual”⁵¹.

20. En conclusión, el derecho al libre desarrollo de la personalidad como una extensión de la autonomía personal protege la posibilidad para los individuos de escoger libre y espontáneamente, según sus convicciones y criterios, el modelo de vida que deseen llevar a cabo, sin interferencias indebidas. Lo anterior, significa la posibilidad de construir la identidad personal mediante la autodefinición, lo cual cubre desde la apariencia física y el modo de vida hasta la identidad sexual o de género. En concordancia, la naturaleza de estas determinaciones también está amparada por el derecho a la intimidad y de la garantía de ambas protecciones se fundamenta la prohibición de interferencia del Estado o terceros en el ejercicio de este derecho que encuentra sus límites en los derechos de los demás y el orden jurídico.

21. Al respecto del problema jurídico concreto, cabe destacar que en la Sentencia T-030 de 2004⁵², la Corporación constató que considerar como no apto “para el servicio penitenciario y carcelario a un candidato que presente tatuajes o incluso cicatrices por retiro de los mismos” es manifiestamente inconstitucional por cuanto lesiona gravemente los derechos

fundamentales a la identidad personal y a la propia imagen⁵³. Del mismo modo, la Sentencia T-717 de 2005 se refirió a las cicatrices resultantes de la remoción de tatuajes como causal de exclusión de un proceso de ingreso a la Policía Nacional y consideró que tal actuación correspondía a un aspecto estético que constituía una “vulneración de su derecho a la identidad personal y a la propia imagen”⁵⁴. En conclusión, es claro que la Corte ha establecido que existe una relación entre la presencia de tatuajes y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, acceso a cargos públicos y trabajo, susceptible de protección constitucional.

Caso concreto

22. Como fue previamente anunciado, el examen de la Corte consiste en determinar si la exclusión del accionante del concurso abierto de méritos para proveer los cargos de dragoneante del INPEC por incumplir una de las condiciones de aptitud médica establecida en las normas que rigen el concurso (“tatuaje visible” en el brazo) vulneró su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Cabe mencionar que la inhabilidad por tatuaje visible, aunque es establecida dentro del concurso de méritos en la etapa de valoración médica, no guarda relación con el funcionamiento del cuerpo, ni el INPEC o las otras entidades encargadas de adelantar las fases del concurso brindan justificaciones de índole médica de la inhabilidad por tatuajes visibles.

23. Respecto del juicio o test de proporcionalidad, cabe recordar que este es una herramienta empleada por los Tribunales constitucionales para efectos de examinar la constitucionalidad de específicas limitaciones o restricciones de derechos fundamentales⁵⁵ y establecer si “determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza”⁵⁶.

Asimismo, la Corte ha realizado el test de proporcionalidad para evaluar restricciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Al respecto, la Corporación ha expresado que “aquellas restricciones que se produzcan en la “zona de penumbra” del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad son susceptibles de ser controladas por el juez constitucional, quien deberá constatar, a través del denominado juicio de proporcionalidad, que éstas sean razonables y proporcionadas y, por ende, ajustadas a las normas de la

Carta”⁵⁷.

25. La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el test de proporcionalidad adopta diversas modalidades – leve, intermedia o estricta – según su grado de intensidad⁵⁹. En este sentido, la Corte Constitucional ha desplegado un test estricto de proporcionalidad cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos, *prima facie*, afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental⁶⁰.

26. Teniendo en cuenta que la medida de exclusión del concurso para proveer los cargos de dragoneantes del INPEC por presentar tatuajes visibles restringe el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, esta Sala desarrollará para el caso concreto un test estricto de proporcionalidad de la medida respecto de las particularidades del accionante García Narváez para determinar si su exclusión del proceso de selección es constitucionalmente admisible o, por el contrario, constituye una restricción inconstitucional por desconocer el derecho al libre desarrollo de la personalidad del accionante.

27. Sobre los pasos que componen el test estricto de proporcionalidad la Corte ha manifestado que los elementos de análisis “son los más exigentes, en la medida en que, en desarrollo del mismo, el fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso, y el medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino, además, necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, en el test estricto se incluye, como cuarto paso, la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida deben exceder claramente las restricciones impuestas por la medida sobre otros principios y valores constitucionales”⁶¹.

Finalidad

28. El INPEC adoptó la Resolución No. 005657 del 24 de diciembre de 2015 mediante la cual estableció como una de las inhabilidades médicas para los empleos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC la presencia de “tatuajes visibles”. Mediante oficio del 20 de septiembre de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil expuso que por tatuaje visible “se puede entender como partes del cuerpo de fácil identificación y visualización como lo son las manos, cara, cuello, brazos antebrazos, etc., lo cual podría vulnerar la seguridad de la persona”. El Acuerdo 563 de 2015 expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil se

refirió en su artículo 6º a esa Resolución, como una de las normas que rigen el concurso abierto de méritos y con fundamento en ella se adelantó la valoración médica al accionante que arrojó como resultado “no apto”, por tener un tatuaje en su brazo derecho, arriba del codo.

El actor consideró que la exclusión del concurso basada en la presencia del mencionado tatuaje constituía una medida discriminatoria y aseguró que con el uniforme de la institución y prendas de vestir su tatuaje no era visible, y presentó unas fotografías en las que se vestía con un uniforme similar al del INPEC y no se veían los tatuajes. Por su parte, el INPEC justificó la medida en que la presencia de tatuajes facilita la identificación de los dragoneantes dentro y fuera de las instalaciones de los centros carcelarios y, de este modo, puede afectarse la integridad y la seguridad del cuerpo de custodia. A su vez, dijo que la medida se fundamentaba en que permitía cumplir el deber del dragoneante de mantener un trato cordial con el público y llevar una adecuada presentación personal y, además, impedía que se incurriera en maltrato psicológico hacia los internos.

29. A juicio de la Sala, la finalidad de preservar la integridad y seguridad de los dragoneantes manifestada por el INPEC para la medida que fija como una inhabilidad para el cargo de dragoneante la presencia de tatuajes visibles tiene fundamento en disposiciones constitucionales. En este sentido, la Constitución determina que las autoridades públicas están instituidas para proteger la vida de todas las personas residentes en territorio colombiano⁶² y además consagra la vida como un derecho inviolable⁶³. Con base en lo anterior, es plenamente válido y constitucionalmente legítimo, a la luz de las normas constitucionales, que el INPEC adopte medidas dirigidas a garantizar la vida e integridad física de sus dragoneantes.

Adicionalmente, la Corte ha expresado que existe un deber a cargo de las autoridades públicas de “identificar y controlar todo peligro específico, cierto, importante, excepcional y desproporcionado”⁶⁴ con el fin de prevenir que se materialicen los riesgos para el accionante. Incluso, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria ha sido calificada como una actividad de alto riesgo, es decir, aquellas que “generan por su propia naturaleza la disminución de la expectativa de vida saludable del trabajador, independiente de las condiciones en las cuales se efectúe el trabajo”⁶⁵. De esta forma, la protección de la seguridad, integridad física y la

vida de las personas que se desempeñan como dragoneantes del INPEC es un fin constitucional, imperioso e importante.

Pese a que preservar la integridad y seguridad física es un fin legítimo, la Sala no puede ignorar las dos justificaciones adicionales manifestadas por el INPEC en su oficio del 20 de junio de 2017. En este sentido, los argumentos según los cuales la presencia de tatuajes visibles: (i) impediría llevar una correcta presentación personal y el buen trato al público e (ii) implicaría un maltrato psicológico a los reclusos, parten de premisas falsas y suponen un juicio de valor.

En efecto, (i) para la Sala, no se encuentra justificación para sostener, contrario a lo expuesto por el INPEC, que la presencia de tatuajes visibles en una persona impida que sea apta para llevar un trato cortés con el público con el que tenga contacto. La presencia de una forma de identificación personal en nada incide en el trato exterior o la conducta de las personas y tampoco existe una relación causal entre el argumento del INPEC y la aptitud de una persona para desempeñarse como dragoneante.

Finalmente, (ii) no se entiende cómo la presencia de tatuajes visibles representa una victimización de los reclusos. No es posible establecer en abstracto si un tatuaje determinado es ofensivo o no para un interno e, incluso en el caso de serlo, se debería hacer un juicio de razonabilidad y proporcionalidad para establecer si ese hecho conllevaría a excluir del trabajo a la persona que lo porta. Así, no existe un nexo causal entre dicha afirmación esgrimida por el INPEC y una forma de expresar la identidad en el cuerpo como los tatuajes.

Por lo tanto, estas dos justificaciones no atienden a fines constitucionales legítimos e imperiosos que permitan aceptar la interferencia del Estado en la decisión de los aspirantes a dragoneantes sobre su propia imagen.

La determinación de que la presencia de un tatuaje es una “mala presentación personal” parte de idearios acerca de la relevancia social del tatuaje y de qué tipo de personas son las que los portan. En general, éstos han sido asociados con prejuicios negativos que, por ejemplo, indican que solo los presos o las personas que cometen delitos los que portan tatuajes. Así, equiparar una forma de identificación con un juicio sobre la conducta de una persona para excluirla de una posibilidad laboral persigue una finalidad ilegítima.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad implica que los individuos puedan tomar decisiones acerca de su identidad y de su cuerpo sin que aquello tenga repercusiones en el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la igualdad y al acceso a cargos públicos. Así mismo, admite que las personas puedan definirse como les parezca, siempre que aquello no vulnere los derechos de otras personas, lo cual involucra la posibilidad de peinarse de una forma particular, tinturar el pelo, ponerse aretes, realizarse cirugías estéticas y de cambio de sexo y hacerse tatuajes, entre otros. El ámbito del cuerpo hace parte de la disposición de cada individuo, para vivirlo de acuerdo con sus valores y su forma de ver la vida e identificarse mediante el mismo. Por lo tanto, los tatuajes como una forma de expresión de la identidad no pueden ser un elemento que implique la exclusión de ámbitos sociales o laborales.

La Corte se pronunció acerca de este tema en la sentencia T-030 de 200466 en la que revisó el caso de un accionante que había sido excluido del concurso para ser dragoneante del INPEC por presentar un tatuaje en su brazo derecho. En este caso la Corte consideró la inhabilidad por presencia de tatuajes como una medida irrazonable y manifiestamente desproporcionada que vulneraba el contenido de los derechos a la identidad personal y a la propia imagen. Al respecto la Corte señaló que no persigue un objetivo constitucionalmente válido porque “la presencia de un tatuaje, o la ausencia de éste, no inciden en la vigencia de los principios de supervisión correccional”. Tampoco era razonable porque “se soporta, como se ha visto, en un simple prejuicio social, consistente en asociar los tatuajes con la criminalidad”.

En este orden de ideas, estas dos justificaciones son inadmisibles y no superan el primer paso del juicio de proporcionalidad y razonabilidad por tratarse de una exclusión discriminatoria. Lo anterior, pues la presencia de tatuajes visibles es un criterio que se basa en un juicio de valor a partir de estereotipos negativos sobre lo que es adecuado y lo que no.

La Sala ahora continuará con el juicio de razonabilidad y proporcionalidad sólo respecto de la finalidad de protección a la vida y seguridad de los dragoneantes por ser la única que ha superado el test en este paso.

Idoneidad

30. Corresponde ahora establecer si la inhabilidad médica por tatuajes visibles de la que fue objeto el accionante constituye una medida idónea y eficaz para lograr la finalidad de preservar su integridad y seguridad. En este sentido, el INPEC aportó como justificación de la inhabilidad por tatuajes visibles que tales figuras permiten la identificación y el señalamiento del personal de los establecimientos penitenciarios por parte de los internos, que “se traduce en una inhabilidad por razones de seguridad”⁶⁷. De este modo, con la ausencia de tatuajes visibles se busca evitar que el dragoneante “se convierta en objetivo de atentados dentro y fuera del establecimiento carcelario”⁶⁸.

31. Para la Sala, la medida es idónea para reducir el riesgo de identificación de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC por parte de la población reclusa de los establecimientos penitenciarios. En efecto, los tatuajes visibles pueden ser un medio para que los internos identifiquen a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia. En un ambiente uniformado como es el del conjunto de dragoneantes del INPEC, un tatuaje ubicado en el brazo incrementa la posibilidad de sea individualizado y, por ende, se exponga a un riesgo en su seguridad.

Dicho de otro modo, la medida para impedir que personas que lucen tatuajes en sus manos, brazos, cuello o cara desempeñen el cargo de dragoneantes del INPEC tiene el efecto de minimizar un factor de identificación plena dentro y fuera de los establecimientos carcelarios que incrementaría la vulnerabilidad y la amenaza a la seguridad e integridad de los dragoneantes.

Debe decirse además que el análisis de la idoneidad de la ausencia de tatuajes en lugares que en la Convocatoria se consideraron de fácil visualización como los brazos y las manos para garantizar la vida y seguridad de los dragoneantes, no puede llevarse al punto de exigir que se muestre con toda certeza que esa medida evita que éstos sean objeto de atentados contra su vida e integridad física o que si no los tienen no serán reconocidos por fuera del trabajo. Por esta razón, basta con establecer que la ausencia de tatuajes visibles es idónea en la medida que es apta para reducir la incidencia de uno de los factores asociados a la seguridad de los miembros del cuerpo de custodia del instituto penitenciario, es decir, su reconocimiento por referencia a sus tatuajes.

Por lo anterior, la Sala concluye que la exclusión del señor García Narváez por presentar

tatuajes en sus brazos es una medida apta para obstaculizar o impedir su fácil identificación en caso de que se desempeñara como dragoneante del INPEC y, por ende, es un medio idóneo para garantizar la vida e integridad física del personal del instituto penitenciario.

Necesidad

32. Pese a que la exclusión del concurso de méritos del accionante por presentar un tatuaje en su brazo obedece a un fin legítimo, importante e imperioso y a que la medida es idónea y efectivamente adecuada como una medida para garantizar su seguridad e integridad, tal exclusión no es el único medio con que cuenta el INPEC para impedir la identificación del accionante por tatuajes visibles, especialmente por el lugar en el que se encuentran los tatuajes del señor García Narváez.

En el expediente consta que el accionante tiene un tatuaje de aproximadamente 30 cm ubicado en la cara interna del brazo derecho⁶⁹. Igualmente el señor García Narváez adjuntó fotografías en las que viste un uniforme del INPEC de manga larga y en otras en las que viste una camiseta cuyas mangas cortas cubren hasta encima de sus codos⁷⁰. Con las fotografías muestra que, con las prendas de vestir mencionadas, el tatuaje ubicado en la cara interior de su brazo derecho no es visible⁷¹.

En la respuesta de la Universidad Manuela Beltrán se explica que “los dragoneantes del INPEC tendrán uniforme que puede tener manga larga o manga corta y esto también dependerá de la ciudad asignada y al clima de la misma, de manera que aun cuando en las fotografías aportadas al escrito, tiene el uniforme con manga larga, también podrá usar el siguiente uniforme⁷²”. A partir de tal consideración, para la Sala es claro que existen otras medidas que el INPEC puede adoptar para garantizar en forma adecuada la seguridad e integridad de aspirantes como el señor García Narváez que tienen tatuajes en los brazos en un lugar que sólo es visible si se lleva un uniforme sin mangas (mangas sisa), que impidan su identificación por rasgos característicos como los tatuajes visibles y que a la vez resultan menos lesivas de los derechos fundamentales al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad del accionante.

En este sentido, el INPEC puede hacer exigible que el accionante, de llegar a desempeñarse como dragoneante, porte los uniformes reglamentarios del INPEC que no permiten que su tatuaje ubicado en la cara interna del brazo derecho sea visible. Esto se refuerza con las

imágenes adjuntadas por el accionante⁷³ en las que viste con una réplica del uniforme del INPEC y donde se evidencia que tales tatuajes son imperceptibles con el uniforme de manga larga o el uniforme de clima cálido cuyas mangas llegan a la altura del antebrazo. Al respecto, cabe decir que, en este caso, a pesar de que el tutelante tiene tatuajes en el brazo derecho y así se ha establecido la causal de exclusión, el lugar en el que están situados permite que lleve los tipos de uniformes que tiene dispuestos el INPEC, sin que el tatuaje sea visible. Solamente en los casos en que el posible dragoneante tuviera que utilizar camisetas sin mangas, por el calor o por alguna circunstancia estos serían visibles. En la respuesta del INPEC no se precisó si éste era el caso, y las respuestas de otras entidades como la Universidad Manuela Beltrán muestran que los uniformes que podría usar el accionante al desempeñarse como dragoneante no permiten que el tatuaje en el brazo del accionante sea perceptible.

Incluso, si la asignación del accionante en caso de completar los demás requisitos para acceder al cargo de dragoneante condujera a ser asignado a lugares del país en donde requiere usar un uniforme con los brazos completamente descubiertos, precisamente las necesidades de seguridad y el propósito de protegerlo deberían llevar al INPEC a abstenerse de asignarlo a esos sitios.

Por lo anterior, se concluye que la medida aun cuando consigue fines imperiosos constitucionalmente y es idónea y efectivamente adecuada, en este caso no es necesaria para alcanzar su finalidad. Así pues, no se requiere proseguir con la etapa restante del juicio de proporcionalidad. Al respecto, cabe recordar que los distintos requisitos que determinan la razonabilidad y proporcionalidad de una medida restrictiva de los derechos fundamentales son concurrentes, motivo por el cual, si alguno de ellos se incumple, la medida bajo análisis se torna inconstitucional.

33. La aplicación de esta medida que, como ya se estableció, no es necesaria para garantizar la seguridad e integridad del accionante, lo excluye de la posibilidad de acceder al cargo de dragoneante y, en esa medida, viola sus derechos fundamentales al acceso a cargos públicos y al trabajo⁷⁴.

En estos términos, la exclusión del señor García Narváez del proceso de selección para

desempeñar el cargo de dragoneante del INPEC por tener un tatuaje en un lugar que no es visible con los uniformes dispuestos por la entidad, es una medida desproporcionada y, por lo tanto, tal exclusión constituye una violación de sus derechos fundamentales al trabajo, al acceso a la función pública y al libre desarrollo de la personalidad.

34. En consecuencia, se revocará la sentencia proferida por Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia del 14 de febrero de 2017, que confirmó la denegación del amparo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, mediante sentencia del 15 de diciembre de 2016; y se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que readmita al accionante en el proceso de selección del concurso, se le realicen las pruebas faltantes, y si las mismas son aprobadas, y cumple con el lleno de los demás requisitos exigidos, se le inscriba en la lista de elegibles.

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de febrero de 2017, que confirmó la denegación del amparo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, mediante sentencia del 15 de diciembre de 2016 dentro del proceso de tutela de Carlos Daniel García Narváez contra la Comisión Nacional del Servicio Civil. En su lugar, PROTEGER sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, acceso a cargos públicos y al trabajo.

Segundo.- ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que en el término de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de esta providencia, readmita al señor Carlos Daniel García Narváez al proceso de selección de la Convocatoria 335 de 2016 para proveer los cargos de dragoneantes del INPEC. Para tales efectos, se deberán agotar respecto del señor García Narváez las etapas del proceso que él no haya realizado, y en caso de aprobarlas, deberá ser incluido en la lista de elegibles.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36

del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.
Cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (e)

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIAN

Secretaria General (e)

1 El expediente de la referencia fue seleccionado y repartido a la Magistrada Sustanciadora por la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo y Aquiles Arrieta Gómez, de acuerdo con el criterio orientador del proceso de selección de carácter subjetivo denominado “urgencia de proteger un derecho fundamental”.

2 Cuaderno 1, folio 18.

3 La Comisión Nacional del Servicio Civil añadió en su respuesta que, de acuerdo con las normas de la Convocatoria, “con la inscripción en este proceso de selección, el aspirante acepta todas las condiciones contenidas en esta Convocatoria y en los respectivos reglamentos relacionados con el concurso-curso”.

4 Acuerdo 563 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, artículo 48.

5 Cuaderno 1, folio 92.

6 Cuaderno 1, folio 92.

7 El escrito de impugnación se encuentra en el cuaderno 1, folios 228 y 229.

8 Cuaderno 1, folio 229.

9 La respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil se encuentra en el Cuaderno 3, folios 31 y 32.

10 Según el artículo 4 del Acuerdo 563 de 2015 que señala la estructura de la Convocatoria, la Fase II del proceso de selección está compuesta por los cursos de formación teórico y práctico para mujeres y hombres y el curso de complementación teórico y práctico. Posterior a esta Fase procede la conformación de la lista de elegibles.

11 El oficio de respuesta del INPEC fue recibido en el despacho de la Magistrada Sustanciadora el 23 de junio de 2017. Visible en el cuaderno 3, folios 43 y 44.

13 Artículo 17, numeral 8 del Decreto Ley 407 de 1994.

14 Cuaderno 3, folio 43.

15 Cuaderno 3, folio 43.

16 La respuesta de la Universidad del Rosario es visible en el Cuaderno 3, folios 36 al 42.

17 La respuesta de la Universidad Nacional de Colombia es visible en el Cuaderno 3, folios 33 y 34.

18 La respuesta de la Universidad de los Andes es visible en el Cuaderno 3, folio 35.

19 Con el objetivo de respetar el precedente constitucional, promover una mayor eficiencia en la administración de justicia y habida cuenta de que la Corte Constitucional ha decantado un estándar para resumir de manera detallada las reglas jurisprudenciales sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela se tomarán como modelo de reiteración los

parámetros fijados por la Magistrada Sustanciadora en las sentencias T-594 de 2016, T-662 de 2016 y T-400 de 2016.

20 Sentencia T-373 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

21 Artículo 30 de la Constitución: “Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”. De este modo, la Ley 909 de 2004 establece que la Comisión “es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio”.

22 Decreto 2591 de 1991, artículo 5: “Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º de esta ley”.

23 Según la respuesta allegada por la Universidad Manuela Beltrán, cuaderno 1, folio 139. Artículo 54 del Acuerdo 563 de 2016.

24 Decreto 2160 de 1992, artículo 2: “El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa”.

25 Sentencia T-373 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; sentencia T-313 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

26 Sentencia T-315 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta oportunidad la Corte, luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996. En el mismo sentido ver las sentencias SU-458 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía y T-1998 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

27 Sentencia T-662 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

28 Ley 1437 de 2011, artículo 231.

29 En la Sentencia T-785 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, la Corte consideró procedente la acción de tutela para establecer si al excluir a los accionantes de una convocatoria pública efectuada para proveer el cargo de dragoneante, por encontrarlos “no aptos” conforme a los resultados de los exámenes médicos realizados por una firma contratada para ello, a partir de las condiciones previstas en el proceso de selección, se les trasgredió o no sus derechos fundamentales a la igualdad y al acceso a cargos públicos.

30 Sentencia T-1098 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis y Sentencia T-572 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

31 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

32 M.P. María Victoria Calle Correa.

33 M.P. María Victoria Calle Correa.

34 Sentencia T-045 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa y T-572 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

35 Sentencia T-805 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

36 Sentencias T-834 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-887 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

37 Sentencia T-246 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

38 Sentencia T-662 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

39 Este acápite reitera las consideraciones expuestas en la sentencia C-256 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

40 Sentencia T-565 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

41 Sentencia C-373 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

42 Sentencia C-639 de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto.

43 Sentencia T-086 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub en relación a la posibilidad del cambio de nombre acorde a la identidad sexual.

44 Sentencia T-622 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia T-789 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez citando Sentencia SU-641 de 1998 que dijo: “Más allá de lo anotado, el largo del cabello y la forma del peinado, el maquillaje y el adorno corporal, así como el uso de accesorios hacen parte del derecho a la propia imagen, en cuyo ejercicio toda persona está facultada para decidir de manera autónoma cómo desea presentarse ante los demás, si acepta que su figura sea captada y difundida por los medios de comunicación cuando no se halla en un lugar público o abierto al público, si usa barba o bigote, si disimula o resalta determinada característica física, si usa o no las prendas que están de moda, etc”; Sentencia T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

45 Ver entre muchas otras, sentencias: T-243 de 1999 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez y T-832 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

46 Ver, entre otras las sentencias: T-1023 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-578 de 2008 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-356 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-789 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

47 Ver entre muchas: Sentencia T-789 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez acerca de la facultad de llevar el pelo corto o largo en el colegio en el marco del derecho al libre desarrollo de la personalidad. “Esta Corporación ha resaltado la importancia de la palabra “libre” en la caracterización de este derecho, ya que ella implica la imposibilidad de exigir determinados modelos de personalidad admisibles frente a otros que se consideran inaceptables o impropios. Por ello se ha insistido en que el ejercicio de este derecho debe ser un reflejo de los intereses, deseos y convicciones de las personas, bajo el reconocimiento de una libertad general de acción, en los distintos campos de actuación del individuo”; Sentencias T-259 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-839 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

49 Sentencia C-881 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: “El derecho fundamental a la intimidad se proyecta en dos DIMENSIONES: (i) como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados, o (ii) como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada”

Reiterando las sentencias T-517 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-692 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-872 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-787 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-336 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-405 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-158A de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-303 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-708 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-916 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-044 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Martelo Mendoza; T-634 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa y C-850 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

50 Sentencia C-098 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

51 Sentencia C-387 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

52 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Tal consideración fue reiterada en la Sentencia T-717 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

53 En la referida Sentencia la exclusión de un aspirante al cargo de dragoneante por tener un tatuaje en el antebrazo fue considerada una medida irrazonable y manifiestamente desproporcionada que vulnera el contenido de los derechos a la identidad personal y a la propia imagen. Al evaluar la medida la Corte manifestó que “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”.

54 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

55 Sentencia C-113 de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

56 Sentencia C-695 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

57 Sentencia T-1023 de 2010. Juan Carlos Henao Pérez. En esta providencia, la Corte constató que la prohibición hecha por una institución privada de educación a sus estudiantes de llevar el pelo largo no cumplía con el principio de proporcionalidad, puesto que el fin pretendido con tal medida podía ser alcanzado con otros medios menos lesivos del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la entidad de los fines pretendidos era inferior al sacrificio que tal prohibición comportaba para el mencionado derecho.

58 Sentencia C-720 de 2007, M.P. Catalina Botero Marino.

59 Sentencia C-354 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y C-838 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

60 Sentencia C-354 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta providencia se enunciaron las siguientes circunstancias para ejercer un test estricto de proporcionalidad: “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, o, 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio”.

61 Sentencia C-354 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

62 Artículo 2 de la Constitución Política.

63 Artículo 11 de la Constitución Política

64 Sentencia T-694 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

65 Consideraciones del Decreto 2090 de 2003 “Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”.

66 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

67 Cuaderno 1, folio 141.

68 Cuaderno 1, folio 34.

69 Cuaderno 1, folio 38.

70 Cuaderno 1, folio 64.

71 Cuaderno 1, folio 65.

72 Las fotografías referidas por la Universidad Manuel Beltrán aluden al uniforme de dragoneantes del INPEC para clima cálido que, según el Manual de Uniformes, Insignias, Distintivos y Condecoraciones para el personal del INPEC un elemento obligatorio del uniforme de servicio es una “camisa tipo guayabera, tela azul pixelado con puño doble para clima frío y con la manga remangada a la altura del antebrazo, para climas que superen los 20 grados centígrados” (énfasis añadidos).

73 Visibles a cuaderno 1, folios 64 y 65.

74 Sentencia T-045 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.