

ACCIÓN DE TUTELA / CONCURSO DE MÉRITOS / INPEC / EMPLEO DE DRAGONEANTE / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A CARGOS PÚBLICOS / APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD / INHABILIDAD DE LA CONVOCATORIA / TATUAJE, MARCA O SEÑAL VISIBLE

El señor [Z] inició acción constitucional por considerar que fueron vulnerados sus derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso a cargos públicos, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al declararlo no apto para seguir dentro del concurso de méritos abierto para proveer una vacante del empleo de dragoneante en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, por tener un tatuaje en el brazo y antebrazo izquierdo, así como en la cara posterior de la pierna izquierda (...) La norma que regula las inhabilidades ocupacionales, por razones de seguridad, es clara en afirmar que estas se configuran siempre y cuando el tatuaje, marca o señal esté ubicado en un sitio visible. En la Resolución 4125 del 2 de diciembre de 2013, se establece que una vez se esté ejerciendo el cargo de dragoneante, se debe portar el uniforme correspondiente del cuerpo de custodia y vigilancia. Siendo esto así, resultaría prácticamente imposible que los tatuajes y la cicatriz del actor fueran visibles para las personas privadas de la libertad bajo su custodia o para cualquier otra. Para demostrar eso, el señor [Z] allegó una serie de fotografías suyas tomadas desde diferentes ángulos, vistiendo una camisa de manga corta, en donde no se puede advertir la presencia de una marca en su extremidad superior izquierda; y también, la constancia del tratamiento estético al que se sometió para eliminarlo. Aplicar entonces esa inhabilidad sería irracional y configuraría una situación de discriminación para el actor, pues, el tatuaje no está en un lugar visible y su presencia no guarda relación alguna con las condiciones físicas y psicológicas que debe cumplir una persona que aspire a ocupar el cargo dragoneante. A su vez la medida termina siendo inidónea para la consecución del fin de preservar la seguridad del personal de custodia y vigilancia que pudiera llegar a ser identificado convirtiéndose en blanco fácil de atentados; basta con indicar que los internos conviven con sus guardias tanto tiempo que podrían reconocerlos hasta por sus hábitos y costumbres; por ello, tal objetivo se puede alcanzar recurriendo a otros medios menos lesivos para el disfrute de los derechos fundamentales y más en casos como este, en el que el accionante está dispuesto a retirarse lo tatuado con el propósito de continuar con el proceso de selección en el concurso (...) Dado que la decisión de la Comisión Nacional del Servicio Civil se basa en una disposición contenida en un acto administrativo, la Sala considera que esta contraría la Constitución, y, por ende, es procedente inaplicarla en el caso concreto, como lo señaló el a quo, ya que vulnera los derechos fundamentales del accionante.

FUENTE FORMAL: RESOLUCIÓN 4125 DE 2013

NOTA DE RELATORÍA: Similar situación se puede consultar en la sentencia T-030 de 2004 de la Corte Constitucional

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS

Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 52001-23-33-000-2016-00630-01(AC)

Actor: JOHAN SEBASTIÁN ZAMUDIO BURBANO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Decide la Sala la impugnación formulada por la Comisión Nacional del Servicio Civil contra la sentencia del 12 de diciembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Tercera de Oralidad.

La acción de tutela

Pretensiones

El señor Johan Sebastián Zamudio Burbano solicita lo siguiente:

PRIMERO: Tutelar mis derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, al acceso y ejercicio de cargos públicos que considero están siendo vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Universidad Manuela Beltrán y Fundemos IPS.

SEGUNDO: Ordenar al ente accionado que en un término no superior a 48 horas evalúen nuevamente mi condición de "NO APTO" y me VINCULEN nuevamente al proceso de selección del concurso de méritos al cargo de dragoneante dentro de la convocatoria 335 de 2016, toda vez que queda claramente expuesto que los tatuajes no pueden ser una inhabilidad en la admisión al curso a dragoneante ni mucho menos la cicatriz a la cual hacen alusión.

Hechos de la solicitud

Se señalan en el escrito contentivo de la acción de tutela los siguientes:

La Comisión Nacional del Servicio Civil mediante el Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente 400 vacantes del empleo denominado dragoneante código 4114, grado 11, perteneciente al régimen específico de carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (inpec), dentro de la Convocatoria 335 de 2016.

El señor Johan Sebastián Zamudio Burbano inició el procedimiento establecido para participar en el concurso, adquirió el pin, se registró como aspirante y allegó los documentos requeridos. En el desarrollo del pruebas que le fueron realizadas dentro del proceso obtuvo resultados satisfactorios, exceptuando el examen médico llevado a cabo el 4 de octubre de 2016, el en que fue diagnosticado como «no apto» por inhabilidad, ya que tiene tatuajes en su cuerpo.

El 8 de noviembre de 2016 presentó reclamación a través del medio dispuesto por la Comisión Nacional del Servicio Civil para ello y el 18 de noviembre de 2016, dicha entidad confirmó la calificación inicial, alegando la existencia de «tatuaje en brazo y antebrazo izquierdo, tatuaje en cara posterior pierna izquierda, cicatriz fosa iliaca derecha de +/- 3 cm».

Por medio de la Resolución 005657 del 24 de diciembre de 2015, se modificó el profesiograma, perfil profesiográfico e inhabilidades médicas, para los empleos del cuerpo de custodia y vigilancia del inpec; en el numeral 4.1.3., se dispuso que los tatuajes son causal de inhabilidad para ejercer el cargo de dragoneante, por ello considera el actor que la reglamentación del

concurso está violando normas constitucionales y sus derechos fundamentales a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad.

En su concepto, la presencia de tatuajes no incide en las funciones que ejercen los dragoneantes al momento de desempeñar el cargo, más aun, cuando no son visibles al momento de portar el uniforme. Por ello no considera justa la respuesta que le dio la Comisión Nacional del Servicio Civil al apartarlo del concurso, de que estos constituyen inhabilidad para acceder al cargo porque permite que los internos identifiquen el personal de custodia y, resaltó también, que está sometido a un tratamiento estético para borrar el que tiene en un 80 %.

Por ultimo señaló que no cuenta con otro medio de defensa inmediato y adecuado para hacer valer sus derechos fundamentales, pues si acude a la jurisdicción ordinaria o contenciosa, terminaría el proceso de selección de la Convocatoria 335 de 2016 y no tendría sentido un pronunciamiento después de agotadas las etapas del concurso, que inicia el 17 de enero de 2017.

1.3. Trámite en primera instancia

La acción de tutela fue admitida mediante auto del 28 de noviembre de 2016[1], en el que además se ordenó notificar a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Universidad Manuela Beltrán, como demandadas, y se vinculó a la ips Fundemos, para que dentro del término legal y en uso de su derecho de defensa, rindieran el respectivo informe.

1. Intervenciones

1. Informe de la ips Fundemos

El representante legal manifestó que la etapa de valoración médica se fundamentó legalmente en las inhabilidades medicas reguladas en la Resolución 005657 del 24 de diciembre de 2015; que la presencia de tatuajes permitiría a los internos identificar al dragoneante, convirtiéndolo en objetivo fácil para atentados dentro y fuera del establecimiento carcelario; que el libre desarrollo de la personalidad del aspirante primaría en este caso si no se pusieran en peligro sus derechos a la vida y a la integridad física y; que los exámenes que se le practicaron cumplieron con todos los protocolos para un resultado óptimo según las estipulaciones de los órganos de control.

2. Informe de la Comisión Nacional del Servicio Civil

El asesor jurídico de la entidad indicó que la acción de tutela se torna improcedente por existir otro medio de defensa judicial pertinente para controvertir las actuaciones que presuntamente contrarían los derechos fundamentales del actor, teniendo en cuenta que su intención es atacar la legalidad del acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto contenido en el Acuerdo 563 de 2016; y porque no probó la existencia de un perjuicio irremediable, que permita el estudio de su pretensión por el juez constitucional.

Por una parte advirtió que los artículos 9 y 15 del Acuerdo 563 de 2016 establecen las condiciones del proceso de selección, entre ellas, la de aceptar en su totalidad las reglas de la convocatoria y por ello el actor al momento de inscribirse aceptó los términos y condiciones entre los cuales figura como causal de inhabilidad por motivos de seguridad la presencia

de tatuajes en un lugar visible en el cuerpo del aspirante.

Por otra parte, señaló que dicha inhabilidad fue determinada teniendo en cuenta las directrices contenidas en el profesiograma y los perfiles profesiográficos de cada cargo, derivados del estudio técnico de los requerimientos mínimos que deben cumplir quienes aspiren a un empleo del cuerpo de custodia y vigilancia del inpec.

Finalmente aduce que conforme a los resultados de la valoración médica entregados por la ips Fundemos y la revisión efectuada en la reclamación radicada por el accionante, no es posible modificar su estado de excluido del concurso, teniendo en cuenta que se configuró la causal de «obtener el concepto de no apto en la valoración médica».

Solicitó no tutelar derecho fundamental alguno a favor del accionante.

3. Informe de la Universidad Manuela Beltrán

El representante legal informó que la universidad fundamentó legalmente su decisión en las inhabilidades reguladas en la Resolución 005657 del 24 de diciembre de 2015, que sostiene 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».

En tal sentido para dar alcance a los conceptos técnicos expresados en el profesiograma sobre la expresión tatuajes en sitios visibles, elevó consulta ante la Comisión Nacional del Servicio Civil que fue resuelta en los siguientes términos:

Con respecto a la inquietud del concepto de «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.

Por ello, como el aspirante que ingrese y supere el curso de formación y/o complementación tendrá que asumir las funciones de contacto directo con las personas privadas de la libertad a cargo del inpec, debe acatar todas las instrucciones y protocolos de seguridad propios de esa actividad.

2. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia del 12 de diciembre de 2016, tuteló los derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, trabajo, debido proceso y acceso y ejercicio de cargos públicos del señor Johan Sebastián Zamudio Burbano.

Fundó la decisión en lo establecido en las sentencias de la Corte Constitucional T-463 de 1996, T-030 de 2004 y T-572 de 2015, teniendo en cuenta que la limitante física no tiene ninguna incidencia en el mantenimiento de la disciplina en los centros carcelarios. Indicó que no resulta ajustada a los preceptos constitucionales la calificación otorgada al accionante para justificar su salida del concurso. Igualmente estimó desproporcionada la exclusión del señor Zamudio Burbano por

la cicatriz que el argumenta tener desde su infancia y por un tatuaje que está dispuesto a retirar.

Finalmente ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que dentro de las 48 horas siguientes a la expedición de esa providencia, procediera a admitir en el proceso de selección de la Convocatoria 335 - 2016 del inpec al accionante, para que continúe realizando las pruebas correspondientes al concurso de méritos que adelanta para aspirar a ocupar el cargo de dragoneante.

3. Impugnación

La Comisión Nacional del Servicio Civil por intermedio de su asesor jurídico impugnó la decisión de primera instancia. Señaló que la acción resulta improcedente pues lo que se pretende con esta es atacar la legalidad no solo de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la Convocatoria 335 de 2016, en especial lo referido en el Acuerdo 563 de 2016 de la cnscc, sino contrariar, vía de tutela, las inhabilidades determinadas en el profesiograma.

En primer lugar señaló que según sentencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional indicó que la norma reguladora de todo concurso obliga a la administración, a las entidades contratadas para su realización y a los participantes, por ende, es claro que el señor Zamudio Burbano, no solo conocía las inhabilidades dispuestas para la convocatoria, sino que está obligado a regirse por ellas, por lo que no es dable que en sede de tutela pretenda que se dejen sin efecto las disposiciones del Acuerdo 563 de 2016.

En último lugar, afirmó que existe una reclamación presentada por el accionante y resuelta por la Universidad Manuela Beltrán, que confirmó el estado de no apto, por lo que se infiere que la acción constitucional es improcedente, toda vez que el tutelante cuenta con otro medio de defensa judicial para controvertir las actuaciones que considera contrarían a sus derechos, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho reglado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

Solicitó que se revoque la sentencia impugnada y en su lugar se denieguen las pretensiones del accionante.

1. Consideraciones

2.1. Competencia

Es competente esta Sala para revisar el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto establece que «Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente (...)».

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala analizar si la Comisión Nacional del Servicio Civil vulneró los derechos fundamentales alegados por el actor, al excluirlo del concurso de méritos previsto mediante la Convocatoria 335 de 2016 para proveer mediante concurso público el cargo de dragoneante en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario inpec, por tener un tatuaje en la cara posterior de la pierna izquierda y en el brazo y antebrazo izquierdo; y una cicatriz en la fosa iliaca derecha de aproximadamente tres centímetros.

2.3. Marco normativo y jurisprudencial

2.3.1. Procedencia de la acción de tutela para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un concurso público

La acción de tutela es un mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que tiene su origen en el artículo 86 de la Constitución Política y se caracteriza por ser residual y subsidiaria. Dichos caracteres dan cuenta del ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas en ejercicio de esta acción, ya que el ordenamiento jurídico ha establecido diversas acciones ordinarias encaminadas igualmente a la defensa de los derechos que no se pueden pasar por alto.

Por ello el artículo 6° numeral 1° del Decreto 2591 de 1991 establece como causal de improcedencia de la tutela que «existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable».

La jurisprudencia de la Corte Constitucional[2] ha reiterado que el juez de tutela debe analizar los asuntos que llegan a su conocimiento observando estrictamente el carácter subsidiario y residual de la acción. Ello quiere decir que sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios legales existentes, ninguno resulte idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue conculcado.

También tiene lugar el amparo cuando a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el ciudadano acuda a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual deberá probar. De no tener en cuenta estos parámetros se desconocería el principio de subsidiariedad de la acción de tutela y actuaría el juez constitucional en contravía del sistema jurídico.

En materia de concursos públicos, si bien en principio podría sostenerse que los afectados por una disposición tomada dentro de las etapas de este (las cuales están contenidas en actos administrativos de carácter general o particular), pueden controvertirla mediante los medios de control señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la jurisprudencia constitucional ha estimado que las vías judiciales ordinarias no son siempre idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados.

Al respecto en la sentencia T-256 de 1995, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, sostuvo:

La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, más aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales.

Recientemente, en la sentencia SU-553 de 2015, la Corte Constitucional se refirió de manera

especial a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos relacionados con la provisión de cargos en la rama judicial, cuando la persona que pretende acceder al cargo para el cual participó en un curso de méritos, se ve expuesta al riesgo de que el registro o la lista de elegibles pierda vigencia, pues no se le podría garantizar la protección de su derecho por las vías judiciales existentes, lo que generaría un perjuicio irremediable.

También reiteró la providencia que la Corte ha fijado dos subreglas para la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos: i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental.

Esta ha sido también la posición de esta Sala[3], pues en varios pronunciamientos ha sostenido que son procedentes las acciones de tutela en las que se invoque la vulneración de derechos fundamentales al interior de un concurso de méritos, a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, ya que las etapas de estos se desarrollan de manera ágil y pronta, por lo que los medios de control dispuestos por el ordenamiento jurídico, no garantizan la inmediatez de las medidas que se llegaren a necesitar para conjurar el daño ocasionado a los intereses de quien acude en tutela.

2.3.2. Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016 «por el cual se convoca a concurso – curso abierto de méritos para proveer definitivamente las vacantes del empleo denominado dragoneante, código: 4114, grado: 11 perteneciente al régimen específico de carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario inpec - Convocatoria No. 335 de 2016»

Mediante la Convocatoria 335 de 2016 regida por el Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso – curso abierto de méritos para proveer 400 vacantes del empleo de dragoneante, código 4114, grado 11, en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario inpec, perteneciente al sistema específico de carrera administrativa.

Según el artículo 4 de dicho Acuerdo, el proceso de selección de los aspirantes se estructuró de la siguiente manera:

1. Convocatoria y divulgación
2. Inscripciones
3. Verificación de requisitos mínimos
4. Fase I. Concurso (pruebas)
 - 4.1. Pruebas psicológica clínica
 - 4.2 Prueba de valores
 - 4.3 Prueba físico – atlética
 - 4.4 Entrevista
5. Valoración médica

6. Fase II: Curso (art. 93 del Decreto Ley 407 de 1994)

6.1. Curso de formación teórico y práctico para mujeres

6.2. Curso de formación teórico y práctico para Varones

6.3. Curso de complementación teórico y práctico

7. Conformación de lista de elegibles

8. Periodo de prueba

De igual forma, el artículo 6 ibídem, estableció que además del acuerdo, el proceso de selección se regiría de manera especial por las siguientes normas: 1) Ley 909 de 2004[4] y sus decretos reglamentarios, 2) Decreto Ley 407 de 1994[5]", 3) Decreto 1083 de 2015[6], 4) Resolución 003467 del 29 de octubre de 2013[7] y 5) Resolución 005657 del 24 de diciembre de 2015.

5.4. Caso concreto

El señor Johan Sebastián Zamudio Burbano inició acción constitucional por considerar que fueron vulnerados sus derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso a cargos públicos, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al declararlo no apto para seguir dentro del concurso de méritos abierto para proveer una vacante del empleo de dragoneante en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario inpec, por tener un «tatuaje en brazo y antebrazo izquierdo, tatuaje en cara posterior pierna izquierda, cicatriz fosa iliaca derecha de +/- 3 cm».

Según las alegaciones expuestas por la Comisión Nacional del Servicio Civil dentro de la impugnación, las inhabilidades ocupacionales en relación a la fisiopatología de cada una de las enfermedades están establecidas en el numeral 4.1.3. de la actualización del profesiograma del dragoneante (V3), profesiograma y perfiles profesiográficos para el Cuerpo de Custodia y Vigilancia (V2), y la actualización del documento de inhabilidades médicas (V3) reguladas por la Resolución 005657 del 24 de diciembre de 2015.

Afirmó que como exigencia necesaria para ser calificado como apto dentro del examen médico que se le debe practicar a los aspirantes, se establece que si se tienen tatuajes, estos sean en lugares no visibles, toda vez que si son perceptibles fácilmente, se podría ver afectada la integridad física y la seguridad del futuro dragoneante, consideración que el concursante debió tener en cuenta al momento de inscribirse en la convocatoria, dado que con la inscripción se entiende que aceptó los términos y condiciones de esta.

El numeral 4.1.3. del profesiograma del dragoneante (V3) dice lo siguiente:

JUSTIFICACIÓN DE LA INHABILIDAD

El personal que presente lesiones queloides extensas que generan limitación funcional tendrán restricción para realizar las funciones asignadas, si se presentan en zonas de flexión articular, limitaran la movilidad para el trote, elevación de miembros superiores, limitación para el agarre. Adicionalmente los queloides extensos pueden limitar la movilidad de la zona afectada, problemas estéticos, irritación por la fricción con la ropa u otros elementos y sufrimiento psicológico si el queleide es grande o desfigurante. Es importante adicionar 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.

Aunque aparentemente la medida persigue un objetivo constitucionalmente válido, como lo es la seguridad e integridad de un servidor público que ejerce autoridad y preserva el orden dentro de los centros de reclusión del país, (debido a que una cicatriz o tatuaje visible puede facilitar la identificación del dragoneante dentro y fuera del penal), este no se logra coartando los derechos fundamentales de los guardianes.

El señor Zamudio Burbano tiene un tatuaje en la cara posterior de la pierna izquierda y otro en el brazo y antebrazo izquierdo; así como una cicatriz en la fosa iliaca derecha de aproximadamente tres centímetros, según lo reportó la ips Fundemos, entidad encargada de realizar el examen de medicina ocupacional que se exige en el concurso. La norma que regula las inhabilidades ocupacionales por razones de seguridad es clara en afirmar que estas se configuran siempre y cuando el tatuaje, marca o señal esté ubicado en un sitio visible.

En la Resolución 4125 del 2 de diciembre de 2013[9], se establece que una vez se esté ejerciendo el cargo de dragoneante, se debe portar el uniforme correspondiente del cuerpo de custodia y vigilancia. Siendo esto así, resultaría prácticamente imposible que los tatuajes y la cicatriz del actor fueran visibles para las personas privadas de la libertad bajo su custodia o para cualquier otra. Para demostrar eso, el señor Zamudio Burbano allegó una serie de fotografías[10] suyas tomadas desde diferentes ángulos, vistiendo una camisa de manga corta, en donde no se puede advertir la presencia de una marca en su extremidad superior izquierda; y también, la constancia del tratamiento estético al que se sometió para eliminarlo.

Aplicar entonces esa inhabilidad sería irracional y configuraría una situación de discriminación para el actor, pues, el tatuaje no está en un lugar visible y su presencia no guarda relación alguna con las condiciones físicas y psicológicas que debe cumplir una persona que aspire a ocupar el cargo dragoneante. A su vez la medida termina siendo inidónea para la consecución del fin de preservar la seguridad del personal de custodia y vigilancia que pudiera llegar a ser identificado convirtiéndose en blanco fácil de atentados; basta con indicar que los internos conviven con sus guardias tanto tiempo que podrían reconocerlos hasta por sus hábitos y costumbres; por ello, tal objetivo se puede alcanzar recurriendo a otros medios menos lesivos para el disfrute de los derechos fundamentales y más en casos como este, en el que el accionante está dispuesto a retirarse lo tatuado con el propósito de continuar con el proceso de selección en el concurso.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia T-030 de 2004, ratificó la inconstitucionalidad de ese tipo de disposiciones, al indicar lo siguiente:

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.

Siguiendo el criterio de la Corte Constitucional, esta Sala considera que el actor no incurre en inhabilidad alguna que le impida continuar con el proceso de selección.

3. Conclusión

El Tribunal Administrativo de Nariño tuteló los derechos fundamentales del accionante, cuya vulneración probó, y dio las órdenes propias para lograr su garantía. Dado que la decisión de la Comisión Nacional del Servicio Civil se basa en una disposición contenida en un acto administrativo, la Sala considera que esta contraría la Constitución, y, por ende, es procedente inaplicarla en el caso concreto como lo señaló el a quo, ya que vulnera los derechos fundamentales del accionante.

Así las cosas, habrá de confirmarse la providencia del 12 de diciembre de 2016.

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

Falla

Se confirma la decisión del 12 de diciembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, de acuerdo con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

[1] Folio 97.

[2] Corte Constitucional, sentencias T-030 de 2015, T-871 de 1999, T-069 de 2001, T-1268 de 2005, T-972 de 2006, T-074 de 2009, T-954 de 2010, T-177 de 2011, T-595 de 211, T-890 de 2011 y T-205 de 2012, entre muchas otras

[3] Entre otras, pueden consultarse las sentencias de acciones de tutela radicado No. 2010 00248 01, actor: Jhon Elkin Mejía, accionado: Comisión de Carrera Administrativa de la Defensoría del Pueblo y otra; y radicado No. 2009 00425 01, actor: Alexander Gil Pachón, accionado: Sala Administrativa – Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca MP. Luis Rafael Vergara Quintero.

[4] Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

[5] Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

[6] Manual de convivencia de la Dirección Escuela de Formación del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario INPEC

[7] Por medio de la cual se modifica la Resolución 00952 del 29 de enero de 2010, la cual establece el Manual de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal del INPEC en lo relacionado con los empleos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia".

[8] Por medio del cual se modifica el profesiograma, perfil profesiográfico e inhabilidades médicas para los empleos del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC.

[9] Por la cual se aprueba y adopta la segunda versión del Manual de uniformes, insignias, distintivos y condecoraciones para el personal del INPEC.

[10] Folios 91 al 93.

[11] Folio 94.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

