Sentencia T-160/18

Referencia: Expediente T-6.341.488

Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor Johan Sebastián Guerrero Benavides contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y otros

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela adoptado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, correspondiente al trámite de la acción de amparo constitucional presentada por el señor Johan Sebastián Guerrero Benavidez contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y la Universidad Manuela Beltrán.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos relevantes

1.1.1. Mediante oficio No. 8100 del 5 de enero de 2016, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante INPEC) solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC) iniciar el proceso de convocatoria para proveer 400 vacantes en el empleo de dragoneante, código 4114, grado 11.

1.1.2. Con posterioridad, por medio del Acuerdo No. 563 del 14 de enero de 2016 expedido por la CNSC, se convocó un concurso abierto de méritos para proveer definitivamente las vacantes de dragoneantes perteneciente al régimen específico de carrera del INPEC, identificada como la convocatoria No. 335 de 2016.

1.1.3. El artículo 4 del citado Acuerdo determinó la estructura del proceso con las siguientes fases: (i) convocatoria y divulgación; (ii) inscripciones; (iii) verificación de requisitos mínimos; (iv) Fase I Concurso (prueba psicológica clínica, prueba de valores, prueba físico-atlética y entrevista); (v) **valoración médica;** (vi) Fase II curso; (vii) conformación de lista de elegibles; y (viii) período de prueba.

1.1.4. Dentro de las normas dispuestas para regir el *concurso-curso*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del aludido Acuerdo, se encuentra la Resolución del INPEC No. 005657 del 24 de diciembre 2015 que modificó el profesiograma, el perfil profesiográfico y las inhabilidades médicas para el empleo del Cuerpo de Custodia y Vigilancia (en adelante CCV) al mismo tiempo que se adoptó la versión 3 para el cargo de dragoneante y la versión 2 para los cargos de ascenso.

Según la mencionada Resolución, "*(…) el* ***profesiograma*** *es el documento técnico en donde se definen las tareas, responsabilidades, particularidades físicas y ambientales requeridas para el desempeño de un empleo y adicionalmente, establece los medios científicos necesarios para investigar que el empleado pueda desempeñarse en el puesto de trabajo para el cual es postulado."* A su vez, definió el **perfil profesiográfico** como *"(…) un documento en el que se indican las características, aptitudes y actitudes que debe tener una persona para desempeñar un empleo"*[1].

1.1.5. Una de las causales de exclusión de la convocatoria, regulada en el artículo 10 del Acuerdo No. 563 de 2016, es la de ser calificado como *"no apto"* en la valoración médica. Este diagnóstico sería efectuado por la entidad contratada para ello. Adicionalmente, según el artículo 48 del referido Acuerdo, se determinó que el examen médico no sería una prueba dentro del proceso de selección, sino un trámite previo y obligatorio para ingresar al *curso* de formación o complementación.

En el citado examen se estudiarían las inhabilidades médicas reguladas en la Resolución No. 005657 de 2015 del INPEC, dentro de las que se destaca, en el asunto sometido a revisión, la establecida en el numeral 4.1.3 que 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*" [2].

1.1.6. En el Acuerdo No. 563 de 2016, que convocó al *concurso-curso* para proveer definitivamente las vacantes del empleo de dragoneante, también se determinó que el único resultado médico que se aceptaría sería aquel emitido por la entidad especializada contratada previamente. Si bien podría formularse una reclamación ante ellos, después de hacerlo adquiriría carácter definitivo[3]. De suerte que, tras el concurso y el examen de aptitud, seguía la etapa del

[1] Folio 51 del segundo cuaderno.
[2] Folios 57 y 58 del segundo cuaderno.
[3] Acuerdo No. 563 de 2016, artículo 50.

curso y de allí, con observancia del mérito alcanzado en este último, se conformaría la lista de elegibles.

1.1.7. La CNSC celebró con la Universidad Manuela Beltrán el contrato No. 121 de 2016, cuyo objeto es: "*[d]esarrollar 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, iniciadas para la provisión de empleos vacantes de la planta de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa*"[4].

1.1.8. Frente a los hechos que motivaron el amparo, Johan Sebastián Guerrero Benavides manifiesta que adquirió el número de identificación personal –PIN–[5] para participar en la convocatoria No. 335 de 2016 y, posteriormente, presentó las pruebas psicológicas, físico atléticas, de valores y la entrevista, superando de manera satisfactoria las mismas[6].

1.1.9. El 4 de octubre de 2016, la CNSC citó al accionante a la IPS Fundemos, de Pasto, para realizar la prueba médica correspondiente; examen que fue realizado sin problema alguno.

1.1.10. El 4 de noviembre de 2016, la CSNC publicó los resultados de los exámenes médicos, en donde se señaló que el accionante presenta una inhabilidad médica por tener un tatuaje en el tercio inferior del antebrazo izquierdo[7].

1.1.11. El actor formuló la pertinente reclamación contra la decisión adoptada, a través del módulo dispuesto por la CNSC para dicho fin, exponiendo que hubo una serie de irregularidades en la realización del examen médico, como por ejemplo un inadecuado manejo del ayuno y un indebido proceder a la hora de crear las historias clínicas de los aspirantes y, a su vez, solicitó que se suspendiera el *concurso-curso* hasta que se resolviera la controversia planteada[8]. Posteriormente, el 18 de noviembre de 2016, la CNSC procedió a dar respuesta a la solicitud formulada, confirmando la condición de *no apto* del accionante[9].

1.1.12. Para sustentar su negativa, la CNSC expuso 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*"[10].

---

[4] Folio 80 del segundo cuaderno.
[5] Requisito necesario para participar acorde al Artículo 7 del Acuerdo No. 563 de 2016.
[6] Folios 45 a 50 del segundo cuaderno.
[7] Folios 74 y 110 del segundo cuaderno.
[8] Folios 75 a 78 del segundo cuaderno.
[9] Folios 79 a 90 del segundo cuaderno.
[10] Folio 88 del segundo cuaderno.

1.1.13. Finalmente, señala que, aproximadamente el 19 de diciembre de 2016, inició un proceso estético para retirarse el tatuaje por el cual fue declarado *no apto*[11].

1.2. Solicitud de tutela

El accionante solicita que se evalúe nuevamente su condición de "*no apto*" y, en consecuencia, se lo vincule nuevamente al proceso de selección del *concurso-curso* para el cargo de dragoneante en la convocatoria No. 335 de 2016[12], al considerar que se le están vulnerando sus derechos fundamentales a la propia imagen, a la igualdad, a la dignidad y al trabajo; para lo cual argumentó que los tatuajes no inciden en las funciones que ejercen los dragoneantes frente al control de las personas privadas de la libertad y que, en su caso, se encuentra en el antebrazo izquierdo y no en un lugar visible, además del hecho que al cumplir con las atribuciones del cargo *"se debe estar uniformado en todo momento".*

1.3. Intervención de las partes demandadas

1.3.1. Intervención del INPEC

El INPEC solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, en especial por su falta de legitimación por pasiva, ya que el concurso fue delimitado por la CNSC. En su opinión, con su actuación no se incurrió en amenaza o violación alguna de los derechos fundamentales del accionante.

1.3.2. Intervención de la CNSC

La CNSC inicialmente señaló que el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto carecía de competencia para conocer de la acción de amparo, señalando que la autoridad judicial competente para conocer el presente caso, en primera instancia, era el Tribunal Superior del Distrito Judicial o el Tribunal Administrativo en su respectiva jurisdicción, de acuerdo con el Decreto 1382 de 2000.

Por otra parte, indicó que la presente acción de amparo no cumple con el requisito de subsidiariedad, comoquiera que el accionante puede demandar la nulidad de la convocatoria, al tratarse de un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, o acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho para discutir la decisión que lo afecta directamente. Profundizando en este punto, la CNSC afirmó que, en el presente caso, no se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio.

---

[11] En el folio 92 del segundo cuaderno se anexa el certificado de la Clínica Piel y Laser, con fecha del 19 de diciembre de 2016, sin que se señale en qué momento empezó dicho tratamiento, ni cuál es la duración del mismo.
[12] Folio 5 del segundo cuaderno.

Además, la CNSC manifestó que las reglas del *concurso-curso* son obligatorias para la administración, las entidades contratadas para la realización del concurso y los participantes, por lo cual, el señor Johan Sebastián Guerrero Benavides, al inscribirse al mismo, aceptó todos los términos y condiciones de la convocatoria No. 335 de 2016[13], incluyendo la realización de una valoración médica y la inhabilidad derivada de presentar un tatuaje.

1.3.3. Intervención de la Universidad Manuela Beltrán

La Universidad Manuela Beltrán reiteró el argumento respecto de la obligatoriedad que las normas del *concurso-curso* tienen para los participantes, habiendo sido aceptadas por el accionante al momento de inscribirse.

Expone que un tatuaje visible en "*(…) partes del cuerpo de fácil identificación y visualización como lo son las manos, cara, cuello, brazos, antebrazos, etc.",* genera un alto riesgo de seguridad para la persona, tal como ocurre con el que el actor tiene en el tercio inferior del antebrazo izquierdo.

En este punto, resalta que las actividades que realiza el INPEC, específicamente a cargo de los dragoneantes, acarrea el ejercicio de actividades peligrosas que obligan a tomar medidas de seguridad.

Respecto a la posible remoción del tatuaje, el INPEC señala que el actor lo tenía al momento de realizarse el examen médico, por lo que cualquier actuación posterior le es desconocida, y no puede afectar los resultados del proceso, frente a un requisito que por él ya era conocido.

Finalmente, señala que: (i) la inhabilidad estudiada responde a una necesidad clara relacionada con las funciones del cargo; (ii) contaba con el conocimiento previo del accionante[14]; (iii) la medida busca evitar un riesgo a la vida no solo de quien desempeña el cargo, sino de su familia y de quienes hacen parte de su entorno, entre ellos el personal del cuerpo de custodia; y, por último, (iv) se ha garantizado en todo momento el respeto al derecho al debido proceso, pues hubo una adecuada publicidad, contradicción y defensa, entre otros.

II Sentencias objeto de revisión

2.1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto profirió fallo de primera instancia el 25 de enero de 2017, el cual fue

[13] Al respecto, señaló la CNSC que el artículo 9 del Acuerdo No. 563 de 2016 que regula los requisitos de participación, en su numeral séptimo consagró que es un requisito "*aceptar en su totalidad las reglas establecidas en la Convocatoria*".

[14] Para demostrar este punto anexa un pantallazo de la página Web de la CNSC, donde se puede ver que en la normatividad de la convocatoria No. 335 de 2016 se encuentra no sólo el Acuerdo No. 563 de 2017, sino también la Resolución No. 005657 de 2015, el profesiograma del dragoneante, dividido en dos partes, y el perfil del dragoneante.

impugnado y conocido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la citada ciudad que, mediante auto del 8 de marzo de 2017, declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso objeto de revisión, argumentando que el *a-quo* no vinculó al proceso a la IPS Fundemos siendo esta la entidad que realizó la valoración médica.

Una vez subsanado el yerro mencionado, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, mediante providencia del 9 de mayo de 2017, resolvió tutelar los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, ordenar a la CNSC readmitir al señor Johan Sebastián Guerrero Benavides en el proceso de selección de la convocatoria No. 335 de 2016.

Para arribar a esta decisión, el *a-quo* expuso que las acciones procedentes ante la jurisdicción contenciosa administrativa no resultaban eficaces en la solución del caso concreto, en la medida en que el *concurso-curso* se encuentra vigente y la exclusión se realizó de manera indebida.

Finalmente, consideró que la actuación de la CNSC era un acto de discriminación que lesionaba los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad del actor, por lo que, de ninguna manera, podía ser entendida como apegada a la Constitución Política.

2.2. Impugnación

La CNSC, a través de su apoderado, impugnó la decisión de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la acción de amparo promovida por el actor, tanto en lo que respecta al no cumplimiento del requisito de subsidiariedad, como a la ausencia de vulneración de un derecho fundamental.

2.3. Sentencia de segunda instancia

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, por medio de providencia del 22 de junio de 2017, decidió revocar el fallo del *a-quo* y, en su lugar, negar el amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Para llegar a esta decisión, el *ad-quem* señala que, al momento de inscribirse en el concurso, el accionante aceptó las condiciones y el reglamento al cual se sometía, normatividad que se entiende conocida previamente para aspirar al cargo de dragoneante.

El juez de segunda instancia consideró que, acorde al precedente de la Sentencia T-463 de 1996, las instituciones públicas o privadas no vulneran derechos fundamentales cuando excluyen a un aspirante por incumplir requisitos exigidos, siempre y cuando (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de tales requisitos; (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones y (iii) la decisión

correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva de las reglas aplicables; cumpliendo el *concurso-curso* del objeto bajo estudio con estos requisitos.

Por otra parte, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto consideró que la medida de excluir a los participantes que presenten tatuajes por motivos de seguridad resulta ser razonable, necesaria y proporcional, toda vez que busca salvaguardar la seguridad del personal del INPEC que ocupa el cargo de dragoneante, aspecto que guarda directa conexidad con el derecho a la vida.

El Tribunal concluye señalando que la actuación de la CNSC y demás autoridades no fue sorpresiva, se encuentra justificada y no lesiona derechos fundamentales.

III. Pruebas relevantes aportadas al proceso

- Acuerdo No. 563 del 14 de enero de 2016, por medio del cual se convoca al *concurso-curso* para proveer vacantes al cargo de dragoneante[15].

- Resultado de las pruebas realizadas al accionante donde se observa que las mismas fueron superadas[16].

-Resolución No. 005657 del 24 de diciembre de 2015, por la cual se modifica el profesiograma e inhabilidades y se adopta la versión 3 para el cargo de dragoneante[17].

- Parte del profesiograma en el cual se encuentra la inhabilidad por presentar cicatrices o tatuajes en áreas visibles[18].

- Publicación del resultado médico donde se declaró *no apto* al accionante[19].

- Reclamación presentada por el demandante contra el acto que lo declaró *no apto*[20].

- Respuesta a la reclamación del actor confirmando el estado de *no apto*[21].

- Fotografía del accionante donde se puede observar el tatuaje que presenta en el antebrazo izquierdo[22].

- Certificación del centro Piel Láser en el que se demuestra que el actor se sometió a un proceso para el borrado del tatuaje que posee[23].

[15] Folios 148 a 162 del segundo cuaderno.
[16] Folios 45 a 49 del segundo cuaderno.
[17] Folios 50 a 52 del segundo cuaderno.
[18] Folios 53 a 73 del segundo cuaderno.
[19] Folio 74 del segundo cuaderno.
[20] Folios 75 a 78 del segundo cuaderno.
[21] Folios 79 a 90 del segundo cuaderno.
[22] Folio 91 del segundo cuaderno.
[23] Folio 92 del segundo cuaderno.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

4.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 27 de octubre de 2017, proferido por la Sala de Selección Número Diez.

4.2. Actuaciones en Sede de Revisión

4.2.1 En Auto del 26 de enero de 2018, se ofició a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) para que allegara los documentos base, informes y estudios que han sido utilizados para justificar que la presencia de tatuajes o cicatrices puedan ser considerados como un factor que afecte la seguridad y que conlleve a la inhabilidad para ocupar el cargo de dragoneante.

4.2.2. En oficio allegado el 15 de marzo de 2018, a través de su apoderado, la CNSC manifestó que la convocatoria No. 335 de 2016 contempla los aspectos relacionados con la valoración médica y las inhabilidades de este tipo, de acuerdo con lo regulado en la Resolución No. 005657 del 24 de diciembre de 2015.

Reiteró que, desde el punto de vista técnico en salud ocupacional, el profesiograma es el documento en el que se especifican las características y necesidades de un cargo o puesto de trabajo, y se determinan las herramientas con las que se debe evaluar un candidato y la metodología. Y agregó que dichas herramientas se construyeron mediante un estudio técnico de investigación[24] con el fin de seleccionar el mejor perfil del dragoneante para ingresar al INPEC, debido a que es una labor calificada como de riesgo máximo (Clase Y), determinada en el Decreto-Ley 1295 de 1994, artículo 26, y establecida como de Riesgo V (Riesgo Máximo), código 7492-03, por el Decreto 1607 del 31 de julio de 2002, lo cual implica la máxima responsabilidad en la selección de personal.

Respecto a la inhabilidad generada por la presencia de tatuajes, la CNSC manifestó que "*(...) el aspirante que ingrese y supere el curso de formación y/o complementación, tendrá que asumir las funciones que implican contacto directo con personas privadas de la libertad a cargo del INPEC, siendo la presencia de un tatuaje la marca o señal que permitirá a los internos identificar al Dragoneante en el ejercicio de su cargo y fuera de esta actividad, lo cual, lo ubica en estado de indefensión, convirtiéndolo en objetivo de atentados dentro y fuera del establecimiento carcelario"*[25].

[24] Realizado por la ARL Positiva y entregado al INPEC, en el que participó un grupo multidisciplinario de profesionales especialistas en el área de Salud Ocupacional y el cual fue debidamente avalado por la Universidad Nacional de Colombia.
[25] Folio 43 del cuaderno principal.

Finalmente, expone que a través del oficio No. 2016000492342 de octubre de 2016, el INPEC aclaró la aplicación de los profesiogramas, perfiles profesiográficos y documento de inhabilidades médicas y señaló que "*(...) con respecto a la inquietud del concepto tatuaje visible"* (sic), *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 (...)*".

4.2.3 Por su parte, en oficio arribado el 23 de marzo de 2018, la Subdirectora de Recursos Humanos del INPEC también contestó al requerimiento formulado por esta Corporación. Señaló que la Resolución No. 2346 del 11 de junio de 2007, expedida por el Ministerio de Protección Social, define el examen médico de ingreso como aquellas pruebas *"que se realizan para determinar las condiciones de salud física, mental y social del trabajador antes de su contratación, en función de las condiciones de trabajo a las que estaría expuesto, acorde con los requerimientos de la tarea y perfil del cargo. El objetivo es determinar la aptitud del trabajador para desempeñar en forma eficiente las labores sin perjuicio de su salud o la de terceros, comparando las demandas del oficio para el cual se desea contratar con sus capacidades físicas y mentales; establecer la existencia de restricciones que ameriten alguna condición sujeta a modificación, e identificar condiciones de salud que estando presentes en el trabajador, puedan agravarse en desarrollo del trabajo. // El empleador tiene la obligación de informar al médico que realice las evaluaciones médicas pre–ocupacionales, sobre los perfiles del cargo describiendo en forma breve las tareas y el medio en el que se desarrollará su labor."*[26].

Posteriormente, expuso las características del profesiograma y del proceso utilizado para su elaboración en los mismos términos de la respuesta brindada por la CNSC, y finalizó señalando que, la razón de la inhabilidad por presentar un tatuaje, se debe a la búsqueda de garantizar la salud y seguridad del personal que ingrese a la institución, con el fin de evitar posibles atentados contra su integridad física.

A la respuesta brindada, el INPEC anexó un CD que contiene la actualización del profesiograma adoptado a través de la Resolución No. 005657 de 2015.

4.2.4. En oficio allegado el 3 de abril de 2018, el Subdirector del Cuerpo de Custodia del INPEC agregó, adicional a lo ya expuesto, que el objetivo de la medida adoptada no es segregar a las personas tatuadas, actuación que consideran discriminatoria, sino salvaguardar la vida e integridad física de cada uno de los funcionarios del cuerpo de custodia.

Posteriormente, expone que un tatuaje es *"una modificación permanente del color de la piel en el que se crea un dibujo, una figura o un texto y se plasma con agujas u otros utensilios que inyectan tinta o algún otro pigmento bajo la epidermis de una persona (...)"*, por lo que dichos tatuajes pueden llamar la atención y, en esa

[26] Folios 50 a 52 del cuaderno principal.

medida, la limitación que se pone es respecto de aquellos que sean visibles, entendiendo como "visible" todo aquello que resulta fácilmente perceptible por la vista.

Con su intervención también anexó un CD con el Manual del Uniforme, Insignias, Distintivos y Condecoraciones para el personal del INPEC.

4.2.5. En escrito recibido por el despacho el 12 de abril de 2018, la IPS Fundemos, a través de su apoderado, expuso que su deber como entidad contratada para realizar las valoraciones medicas de los participantes a la convocatoria No. 335 de 2016 se limita a realizar los informes pertinentes sobre el estado físico de los participantes y, con ello, señalar si presentan inhabilidades de acuerdo con la Resolución No. 5657 de 2015 "Por medio de la cual se modifica el Profesiograma, Perfil Profesiográfico e Inhabilidades Médicas para los empleos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia – CCV del INPEC y se adopta la Versión 3 para el cargo de Dragoneante"

Para la IPS, el accionante se encuentra inhabilitado por motivos de seguridad por presentar un tatuaje en el tercio inferior del antebrazo izquierdo, encuadrando dicha característica con la inhabilidad médica descrita en el artículo 4 del Profesiograma. En este sentido, manifestó que una cicatriz o tatuaje en un lugar visible es "la marca o señal que permitirá a los internos identificar al Dragoneante en el ejercicio de su cargo y por fuera de esta actividad, lo cual, lo pone en estado de indefensión, convirtiéndolo en objetivo de atentados dentro y fuera del establecimiento carcelario".

Por lo anterior, la IPS afirmó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad será garantizado mientras el mismo no ponga en riesgo la integridad física del aspirante que presente una cicatriz o tatuaje visible, ya que la actividad realizada por los dragoneantes acarrea actuaciones peligrosas que obligan a tomar medidas de seguridad propias del Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario.

Por otra parte, se señaló que acorde con la jurisprudencia de este Tribunal, plasmada en la Sentencia T-572 de 2015[27], las instituciones públicas o privadas pueden exigir requisitos para ingresar a un determinado programa y, por consiguiente, excluir del mismo a quienes no cumplan con las exigencias establecidas, siempre y cuando: (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de tales requisitos; (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables.

Por último, la IPS expone que los exámenes realizados están "debidamente calibrados y aprobados por las respectivas entidades de control", fueron adelantados por personal contratado idóneo en su área y cuentan con los

[27] M.P. María Victoria Calle Correa.

soportes probatorios para demostrar que el accionante se encuentra inhabilitado para ocupar el cargo.

4.3. Problema jurídico y esquema de resolución

4.3.1. A partir de las circunstancias que rodearon el ejercicio de la acción de tutela y de las decisiones adoptadas en las respectivas instancias judiciales, esta Corporación debe determinar, en primer lugar, si el amparo constitucional resulta procedente contra actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos, en atención a que los demandados invocan la existencia de otros medios de defensa judicial. En segundo lugar, en caso de que sea viable el amparo constitucional, es preciso establecer si la CNSC al excluir al accionante de una convocatoria pública efectuada para proveer los cargos de dragoneante, por encontrarlo "*no apto*", conforme a los resultados del examen médico practicado en donde se identificó que presenta un tatuaje en su antebrazo izquierdo, trasgredió o no sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al acceso a cargos públicos.

4.3.2. Con el fin de resolver cada uno de los citados problemas jurídicos, la Sala (i) reiterará las reglas que la jurisprudencia constitucional ha plasmado con respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en desarrollo de un *concurso-curso* y, a continuación, (ii) analizará si el caso bajo estudio cumple con dichas reglas. En caso afirmativo, (iii) la Sala examinará la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a la posibilidad de la Administración de exigir requisitos médicos dentro de los *concursos-cursos*, así como los límites constitucionales que surgen del ejercicio de dicha atribución, para luego (iv) reiterar la doctrina constitucional sobre el libre desarrollo de la personalidad y la identidad propia. Finalmente, (v) se estudiará el caso concreto.

4.4. De la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en desarrollo de un *concurso-curso*. Reiteración de jurisprudencia[28]

4.4.1. Dos de las principales características que identifican a la acción de tutela son la subsidiariedad y la residualidad. Por esta razón, dentro de las causales de improcedencia se encuentra la existencia de otros medios de

[28] Con respecto a los demás requisitos de procedencia, la Sala de Revisión observa que, en el caso concreto, los mismos se encuentran satisfechos, tal y como se explica a continuación: (i) ***Legitimación por activa***, ya que el accionante es el titular de los derechos que considera lesionados y cuya defensa invoca. (ii) ***Legitimación por pasiva*** pues, por un lado, la CNSC es una entidad pública del origen constitucional, con capacidad de ser parte, y tiene a su cargo la función de establecer las reglas generales con los cuales se desarrollan los procesos de selección para la provisión de empleos de carrera. Y, de otro lado, el INPEC es una autoridad pública de origen legal que fue la que expidió la Resolución No. 005657 de 2015, la cual estableció los tatuajes como inhabilidad para el desempeño del cargo de dragoneante. Además, la Universidad Manuela Beltrán y la IPS Fundemos (vinculada al proceso), en su calidad de instituciones privadas, tuvieron a su cargo la consolidación de resultados dentro del *concurso-curso* y la valoración médica, respectivamente, por lo que el accionante se encuentra subordinado a estos particulares, toda vez que se hayan facultados para decidir sobre su continuidad o no en el *concurso-curso*. (iii) ***Inmediatez***, porque se observa que entre el momento en que se dio respuesta al requerimiento que presentó el actor ante la CNSC (noviembre de 2016) y el momento en que se acudió a la acción de amparo (11 de enero de 2017) transcurrieron aproximadamente dos meses, siendo este un plazo razonable para acudir a la sede de tutela.

defensa judicial, cuyo examen –conforme con lo previsto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991– debe ser realizado a partir de las circunstancias de cada caso en concreto[29]. Por esta razón, se ha dicho que esta acción solo "procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección"[30]. Lo anterior, como lo ha señalado esta Corporación, obedece a la lógica de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, (i) cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o (ii) cuando no cuentan con la celeridad necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1999[31], al considerar que "en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria". La segunda posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea y eficaz, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos fundamentales[32].

En relación con el primer supuesto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible[33]. Este amparo es eminentemente temporal,

---

[29] En efecto, el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución consagra: *"(…) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".* Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 contempla: *"(…) La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (…)".*

[30] Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[31] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[32] Véanse, además, las Sentencias T-287 de 1995, T-384 de 1998, T-554 de 1998, SU-086 de 1999, T-716 de 1999, T-156 de 2000, T-418 de 2000, T-815 de 2000, SU-1052 de 2000, T-482 de 2001, T-1062 de 2001, T-135 de 2002, T-500 de 2002 y T-179 de 2003.

[33] Sentencia T-225 de 1993, Vladimiro Naranjo Mesa.

como lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: *"[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado".*

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser *inminente*, es decir, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser *urgentes*; (iii) el perjuicio debe ser *grave*, esto es, susceptible de generar un daño transcendente en el haber jurídico de una persona; y finalmente, (iv) exige una respuesta *impostergable* para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos[34]. En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008[35], se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de "presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela".

En cuanto al segundo evento, este Tribunal ha entendido que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo ni eficaz, cuando, por ejemplo, no permite decidir el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. En este sentido, esta Corporación ha dicho que "el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal[36]. La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado"[37].

4.4.2. En la medida en que las actuaciones que se cuestionan se plasman en actos administrativos, tanto de carácter general como de contenido particular, es preciso señalar que –en principio– no cabe la acción de tutela para controvertirlos, ya que para tales efectos existen los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo son la pretensión de nulidad simple o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que pueden ser acompañadas de la solicitud de suspensión provisional. En efecto, la Ley 1437 de 2011[38] dispone en el artículo 138 que *"[t]oda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se restablezca el derecho (…). Igualmente, podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo*

[34] Ver, entre otras, las Sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010.
[35] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
[36] Véase, entre otras, las Sentencias T-106 de 1993 y T-100 de 1994.
[37] Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[38] *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.

general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo (…)". Adicional a lo expuesto, el artículo 137 de la misma ley establece que: *"[t]oda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general (…)"*. Finalmente, el literal b), del numeral 4, del artículo 231 del Código en cita, consagra la procedencia de la suspensión provisional cuando *"existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios".*

4.4.3. De esta manera, en el asunto *sub-examine*, ante la existencia de tales mecanismos de defensa judicial, en principio, la acción de tutela resultaría improcedente. Por una parte, porque a través de dichas vías contenciosas se puede cuestionar el acto particular que declaró al accionante *no apto* por la existencia de un dictamen médico regido por criterios estrictamente ocupacionales; y, por la otra, porque a través del ejercicio de dichas acciones también se puede controvertir el acto genérico que incluye los supuestos, requisitos y procedimientos para realizar el citado examen a los aspirantes a ocupar el cargo de dragoneante. Incluso, en relación con esta última hipótesis, cabe recordar que el numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, establece la inviabilidad procesal de la acción de tutela *"cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto"*.

Sin embargo, en criterio de este Tribunal, el asunto ha de ser analizado de otra manera, cuando el efecto concreto de dichas normas de carácter general y, por ende, el acto particular en el cual ellas se manifiestan, afecta la situación específica de determinadas personas, concretamente, en lo que respecta a la vigencia y protección de sus derechos fundamentales. En este sentido, en la Sentencia T-1098 de 2004[39], esta Corporación expuso que "es claro que escapa de la competencia del juez de tutela la pretensión que subyace en los argumentos expresados por el accionante, de que actúe como juez abstracto del contenido de un acto administrativo de tal naturaleza. Ello, sin embargo, no impide al juez que conoce del amparo entrar a determinar si tales contenidos pueden lesionar derechos fundamentales en un evento particular, caso en el cual puede proceder ordenando su inaplicación, que no equivale en modo alguno a un pronunciamiento definitivo sobre la validez del acto"[40].

[39] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[40] En esta oportunidad, se revisó el caso de una persona que se presentó a una convocatoria realizada por el INPEC para un curso de complementación para dragoneantes; sin embargo, se le negó el acceso por no tener la estatura mínima exigida. Algunas razones brindadas por el INPEC para la necesidad de la medida suponían el impacto sicológico que, en un medio de violencia, la estatura genera. La Corte estudió la razonabilidad y proporcionalidad del citado requisito, pues –*prima facie*– no puede considerarse que requerimientos antropométricos sean inconstitucionales. Para ello, estableció que resultaba esencial tener en cuenta la función que los aspirantes cumplirían y que, para este caso, era de seguridad. A continuación, consideró que el requisito se había hecho público con antelación al ingreso de las personas a la convocatoria y que, de hecho, la altura exigida estaba por debajo del promedio nacional, lo que no la hacía irrazonable. De manera que, al no ser, en criterio de la Sala, una medida en sí misma reprochable, ni de carácter caprichoso o de incidencia específica en una franja poblacional tradicionalmente discriminada, no era viable conceder el amparo.

En todo caso, en hipótesis como la expuesta, la procedencia de la acción de tutela requiere que se cumplan los requisitos que permiten la viabilidad excepcional del amparo, ante la existencia de otros medios de defensa judicial. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-1266 de 2008[41], en la que se examinaron casos similares al que se decide en esta oportunidad, esta Corporación consideró que "[c]ontra los actos administrativos tanto de carácter general y abstracto como de índole particular, proceden las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y de simple nulidad, mediante las cuales las accionantes pudieron demandar e incluso solicitar la suspensión provisional tanto de la convocatoria que exigía una determinada estatura para aspirar al cargo de dragoneante, como del acto particular que las declaró no aptas por no alcanzar la estatura mínima requerida. No obstante, en este caso **no tendría eficacia para lograr la protección de los derechos invocados**, por cuanto existe una limitante relacionada con la edad para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC"[42]. Dicha limitante tornaba ineficaz a los otros medios de defensa judicial, en beneficio de la procedencia directa de la acción de tutela.

En efecto, en dicha oportunidad, el examen realizado por esta Corporación se enfocó en la falta de idoneidad del otro medio de defensa judicial para dar una respuesta integral al derecho comprometido. Precisamente, a pesar de reconocer la existencia de las acciones contenciosas, se determinó que las mismas carecían de eficacia, por cuanto los aspirantes no podían tener más de 25 años para el momento del nombramiento en el cargo de dragoneante[43]. De ahí que, en caso de esperar a una definición de la controversia ante la justicia administrativa, el límite de edad ya estaría superado por los accionantes, lo que conduciría a una pérdida de oportunidad en el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

4.4.4. En el asunto bajo examen, respecto de la convocatoria No. 335 de 2016, conforme aparece publicado en la página Web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, quedó conformada y adoptada la lista de elegibles. No obstante, con posterioridad, se han ido implementando nuevas listas de elegibles derivadas de la misma convocatoria, en unas ocasiones en cumplimiento de fallos judiciales y en otras como derivación de asuntos pendientes de decisión en el trámite del proceso de selección. Por esta razón el que la lista de elegibles tenga una vigencia de un año, de acuerdo con lo

---

[41] M.P. Mauricio González Cuervo. La Corte revisó varios casos en los cuales las accionantes habían sido excluidas de un concurso adelantado por la CNSC para proveer cargos en el INPEC. Para efectos de esta providencia resulta relevante destacar que, en dos de los asuntos, las accionantes habían sido excluidas del proceso por tener una estatura menor a aquella exigida como requisito. De hecho, contaban con una estatura que correspondía al promedio nacional, pero que era inferior a aquella impuesta en las condiciones del *curso-concurso*. Para resolver el caso concreto, la Sala analizó la relación existente entre los requisitos exigidos y la función principal que estarían llamadas a desempeñar. En este sentido, encontró que no existía fundamento para exigir que la estatura fuera mayor que la del promedio nacional, máxime cuando –en el caso de los hombres– si bien existía este requisito, no se esperaba que los aspirantes fueran más altos que el resto de los colombianos. Por esta razón, debido a que había una clara discriminación entre hombres y mujeres, se concedió el amparo, favoreciendo las pretensiones de las accionantes.

[42] Subrayado y resaltado por fuera del texto original.

[43] Al respecto, el numeral 2 del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994, disponía que, para ser dragoneante, se requería: "Tener más de dieciocho años y menos de veinticinco de edad, al momento de su nombramiento" (Subrayas fuera del texto).

previsto en el artículo 75 del Acuerdo No. 563 de 2016[44], no torna improcedente el amparo perseguido, pues la misma se puede reconstituir, y así se ha hecho, a partir de la resolución de controversias judiciales.

En el caso concreto, esta Sala de Revisión encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte, porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales. Esto significa que, lejos de cuestionar la validez de las reglas de la convocatoria, lo que pretende es su inaplicación, con miras a defender sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y al acceso a cargos públicos, en virtud de las circunstancias específicas en las que él se encuentra. Ello excluye, por tal razón, la idoneidad de la pretensión de nulidad simple. Dicha falta de eficacia e idoneidad también se pregona de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto este medio de control supone proteger un "derecho subjetivo amparado en una norma jurídica", circunstancia distinta a la que se plantea en esta controversia, en donde, precisamente, lo que busca es inaplicar, para el caso particular, una norma jurídica que resulta contraria, al parecer, a los derechos fundamentales vinculados con la construcción de una imagen propia.

Finalmente, 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 normativo[45], 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"[46].

4.4.5. Por las anteriores razones, a juicio de esta Sala, los medios ordinarios de defensa judicial no son eficaces ni idóneos para dirimir la controversia que suscitó la instauración de la acción de tutela de la referencia, motivo por el cual el juez constitucional puede pronunciarse de fondo sobre el asunto objeto de revisión, el cual se circunscribe a determinar, si la exclusión del aspirante al encontrarlo "*no apto*" por presentar un tatuaje en el antebrazo izquierdo, trasgredió o no sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y al acceso a cargos públicos.

4.5. De la posibilidad de la administración de exigir requisitos de aptitud física dentro de los *concursos-cursos* y de los límites constitucionales en el ejercicio de dicha atribución. Reiteración de jurisprudencia

[44] La norma en cita dispone que: *"[d]e conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del Decreto 407 de 1994, la Lista de Elegibles que se conforme tendrá una vigencia de un (1) año, contado a partir de las fechas en que se declare la firmeza de la misma".*
[45] Ley 1437 de 2011, artículo 231.
[46] Sentencia T-785 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

4.5.1. El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución de 1991, establece que *"[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (...)"*. Como manifestación de este derecho, y con miras a garantizar la participación en el ejercicio, la conformación y el control al poder político, el numeral 7 del artículo 40 del Texto Superior, dispone que: *"[Todo ciudadano tendrá derecho a] acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (...)"*.

Ahora bien, por regla general, según el artículo 125 de la Carta, *"los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera (...). El ingreso (...) y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (...)"*, para lo cual se consagra la vía del concurso público. En relación con esta disposición, en el pasado, la Corte ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de la Administración de exigir **requerimientos físicos** para acceder a cargos de carrera, al igual que sobre la viabilidad de establecer el cumplimiento de tales exigencias en los *cursos-concursos* que se desarrollen[47].

4.5.2. Así, se ha señalado que, en principio, su consagración no transgrede el ordenamiento constitucional, siempre y cuando tengan una relación con la función a desempeñar por la persona. Precisamente, en una de las primeras sentencias sobre la materia, esta Corporación indicó que: *"(...) la persona humana en su esencia es ofendida cuando, para el desempeño de actividades respecto de las cuales es apta, se la excluye apelando a un factor accidental que no incide en esa aptitud. // [Sin embargo, [las] entidades estatales y privadas, y por supuesto los cuerpos armados pueden exigir requisitos para (...) desempeñar determinadas tareas"*[48], siempre que –como ya se dijo– guarden relación con las labores del cargo.

Por lo demás, este Tribunal resaltó que la exigibilidad de cualquier requisito debe cumplir con la carga de ser dado a conocer previamente a los aspirantes. Al respecto, en la precitada sentencia, se expuso que si las entidades *"rechazan a los aspirantes que no cumplen cualquiera de los requisitos señalados, no violan los derechos de aquéllos si deciden su no aceptación, siempre que los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía, que el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones y que la decisión correspondiente se haya tomado*

[47] Véase, entre otras, las Sentencias T-463 de 1996, T-1098 de 2004, C-452 de 2005, T-1266 de 2008, C-403 de 2010, C-820 de 2010, T-045 de 2011 y T-257 de 2012.

[48] Sentencia T-463 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En esta providencia, la Corte analizó un caso en el cual la accionante demandó al Ejército Nacional por su exclusión de una convocatoria, debido al incumplimiento de un requisito de estatura. Al respecto, puso de presente que se había presentado para ingresar a la institución como suboficial del cuerpo administrativo en la especialidad de sistemas y que en todos los exámenes había ocupado uno de los mejores puestos. Sin embargo y a pesar de haberle indicado que su tamaño no era un problema, fue rechazada por medir 1.48 metros. Al analizar el caso en concreto, esta Corporación concluyó que no existía relación entre tal requerimiento y la labor a desempeñar por la demandante, por lo que concedió el amparo solicitado.

con base en la consideración objetiva en torno al cumplimiento de las reglas aplicables" (subraya fuera del original).

4.5.3. En adición de lo anterior, en la Sentencia T-045 de 2011[49], se dispuso que a la entidad accionada le asiste el deber de demostrar que la decisión de exclusión del aspirante está justificada en la relación de necesidad que existe entre la aptitud física exigida y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer. Para tal efecto, en términos de la Corte, se excluye la posibilidad de invocar razones hipotéticas, cuyo soporte sean *"hechos inciertos que pueden presentarse o no, y que no fueron respaldados por la entidad mediante conceptos médicos o científicos"*.

4.5.4. De ahí que, a *contrario sensu*, es viable exigir determinados requisitos, incluso de naturaleza física, siempre que exista un fundamento científico o médico que acredite dicha posibilidad, con miras –por ejemplo– a disminuir la probabilidad de que se presenten enfermedades o de que se dificulte el cumplimiento de las labores propias del cargo, siempre y cuando se acrediten las demás exigencias previamente expuestas. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que, a través del estudio de los distintos oficios y profesiones, es posible determinar con criterio científico, las condiciones específicas que no son compatibles con la labor que se prestará.

4.5.5. En suma, todo colombiano tiene derecho –conforme con los postulados de la igualdad– a acceder a cargos públicos. Por regla general, el acceso a los mismos está supeditado a un concurso, en el cual es viable la exigencia de requisitos físicos. Sin embargo, tales requerimientos, para no trasgredir el orden constitucional, deben guardar relación con la labor a desempeñar, a más de haber sido previamente publicitados. Toda decisión de exclusión debe estar justificada, para lo cual son válidos los fundamentos científicos, entre otras, cuando obedezcan a estudios de salud ocupacional, en los que se busca disminuir la probabilidad de que se presenten enfermedades o de que se dificulte el cumplimiento de las labores propias del cargo.

Lo anterior se explica, por una parte, porque es legítimo que el Estado planifique y prevea los riesgos a los que someterá a los futuros servidores públicos. Tanto es así que incluso el Legislador en la Ley 1562 de 2012[50], definió como uno de los componentes de la salud ocupacional, *"(…) la prevención de las lesiones y enfermedades causadas por las condiciones de trabajo (…)"*[51]*;* y por la otra, porque el Estado destinará recursos y tiempo para capacitar a las personas que ingresarán en la carrera administrativa a desempeñar un cargo, frente a lo cual es válido reducir las hipótesis que, con cierto grado de certeza, podrían conducir a que una persona no cumpla finalmente con el trabajo para el cual fue vinculado.

---

[49] M.P. María Victoria Calle Correa.
[50] *Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional.*
[51] Ley 1562 de 2012, artículo 1º.

4.6. El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la identidad personal (reiteración jurisprudencial)

4.6.1. El artículo 16 de la Constitución Política reconoce que: *"[t]odas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico".*

El libre desarrollo de la personalidad se encuentra ligado con el derecho a la dignidad humana y se encuadra en la libertad para todas las personas de decidir autónomamente sobre sus diferentes opciones de vida[52]. Esto, a su vez, conlleva a la obligación del Estado y de la sociedad de permitir y tolerar que cada persona adopte el proyecto de vida que considere adecuado, correcto y oportuno frente a sus intereses[53], sin que existan más límites que los estrictamente necesarios para la conservación de los derechos de los demás y el orden jurídico.

Esta Corporación ha resaltado la importancia de la expresión "*libre"* en la caracterización de este derecho fundamental, ya que esta conlleva la imposibilidad de exigir un modelo de persona específica, invalidando otros tipos de personalidad considerados inaceptables o inapropiados[54].

4.6.2. La Corte, igualmente, se ha pronunciado sobre la apariencia física, señalando que se trata de una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual se materializa en la exteriorización de un modelo de vida. En la Sentencia T-565 de 2013[55] este Tribunal señaló que:

> "[Es] claro que una de las formas en que se reafirma la personalidad es en la apariencia física. La extensión del pelo y la manera en que se dispone, al igual que el uso de determinadas prendas, adornos o maquillaje, no son asuntos de menor entidad, que deban quedar circunscritos al estrecho ámbito de la estética o de la moda. En cambio, son decisiones centrales acerca de cómo el sujeto se reafirma en su identidad y decide presentarse hacia los otros."

En este orden de ideas, la Corte ha reconocido que la construcción que cada individuo realiza de su propia apariencia, en desarrollo de su autonomía, es uno de los ámbitos del derecho al libre desarrollo de la personalidad que está sujeto a la garantía de no intervención del Estado o la sociedad en general.

4.6.3. Finalmente, el artículo 16 del Texto Superior solamente admite límites al libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que estos procuren garantizar el orden jurídico y los derechos de los demás. Y, en todo caso, el análisis de las limitaciones que se impongan deberá ser estudiado bajo los

---

[52] Al respecto, se puede ver la Sentencia T-413 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz.
[53] Sentencia C-309 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
[54] Entre otras, las Sentencias C-309 de 1997 y C-481 de 1998.
[55] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en procura de salvaguardar el núcleo esencial de este derecho fundamental.

4.7. Caso concreto

4.7.1. El INPEC solicitó a la CNSC iniciar una convocatoria pública para proveer 400 vacantes del empleo de dragoneante. Dicha convocatoria, que se regiría por un proceso de *concurso-curso*, se identificó como la No. 335 de 2016. Los parámetros y las reglas bajo las cuales debía desarrollarse dicho proceso de selección fueron previstas en el Acuerdo No. 563 de 2016, en el que, adicionalmente, se expusieron las funciones del cargo a desempeñar. Para tal efecto, entre otras, se dispusieron las siguientes actividades: la realización de tareas de seguridad, disciplina, autoridad, convivencia, custodia y vigilancia de las personas privadas de la libertad a cargo del INPEC, así como la custodia de las instalaciones en el desarrollo de los programas de resocialización, tratamiento integral y protección de los derechos fundamentales, cumpliendo las órdenes e instrucciones de los oficiales y suboficiales del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional.

4.7.2. Uno de los elementos claves de la convocatoria fue la consagración de un *profesiograma*, en el cual se establecieron las tareas, responsabilidades, requerimientos físicos y particularidades ambientales requeridas para el desempeño del cargo de dragoneante. Igualmente, se estableció un *perfil profesiográfico*, que se entiende como el documento que indica las características, aptitudes y actitudes que debe tener una persona para desempeñar la labor para la cual será contratada. Estos documentos técnicos fueron elaborados por el Grupo de Salud Ocupacional de la Subdirección de Talento Humano y por la ARL Positiva Compañía de Seguros, y adoptados por el INPEC mediante la Resolución No. 005657 de 2015.

La citada Resolución se constituyó en la herramienta para examinar la aptitud de los aspirantes al cargo ofertado, desde la perspectiva de la salud ocupacional, esto es, no solo como la vía para prevenir el origen de lesiones y enfermedades ocasionadas por las labores y condiciones del trabajo, sino también como el instrumento para afianzar el cabal cumplimiento de sus funciones, en aras de evitar que se frustre la vocación de permanencia que tiene una persona cuando accede a un cargo de carrera administrativa, con perjuicio del tiempo y los recursos invertidos por el Estado, en términos de preparación y capacitación en el empleo. Además, la importancia de cumplir con las citadas exigencias se encuentra en el hecho de que el cargo ofertado es considerado como una actividad de alto riesgo.

4.7.3. Una de las causales de exclusión de la convocatoria establecida en el Acuerdo No. 563 de 2016 era la de *"[s]er calificado **no apto** en la valoración médica"*[56]. Este examen no se constituía como una prueba dentro del

[56] Artículo 10.

concurso, sino como un requisito previo de ingreso al curso[57], el cual se sometía a las inhabilidades médicas determinadas, como ya se dijo, desde la perspectiva de la salud ocupacional, en la Resolución No. 005657 de 2015 del INPEC, entre las cuales se incluye la presencia de "*(…) cicatrices o tatuajes en sitios visibles que permitan la identificación y señalamiento del personal de la institución por parte de los internos*".

4.7.4. En lo que respecta a la controversia de fondo, el examen de la Corte se debe circunscribir a la determinación acerca de si la aplicación de las reglas que condujeron a la exclusión del actor del *concurso-curso*, teniendo en cuenta las particularidades del caso, produjo una violación en sus derechos a la igualdad, al acceso a cargos públicos y al libre desarrollo de la personalidad. Para ello, la Sala estudiará (i) si el requisito de la ausencia de tatuajes o cicatrices en lugares visibles fue debidamente publicitado, (ii) si se cumplió con el mandato de igualdad en su exigibilidad, (iii) si la decisión de exclusión adoptada por la Administración fue objetiva y (iv) si la misma está justificada en la relación de necesidad que debe existir entre el requisito impuesto y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer.

(i) Que se haya advertido previa y debidamente los requisitos

El Acuerdo No. 563 de 2016, en su artículo 13, regula la divulgación de la convocatoria No. 335 de 2016, señalando que la misma se hará a través de la página Web de la CNSC, como efectivamente se realizó. Igualmente, el artículo 15 de dicho Acuerdo señaló que "*el aspirante debe verificar que cumple con las condiciones y requisitos exigidos*", lo que muestra que la convocatoria en cita estableció un mecanismo para divulgar la información requerida por los aspirantes y la obligación de los mismos de verificarlos.

En las mismas normas referenciadas, en el párrafo anterior, en lo que atañe al acto de convocatoria, al consagrar las reglas del proceso de selección, se dispuso que una de las causales de exclusión era ser calificado como "*no apto*". Con tal propósito, se ordenó la práctica de un examen de aptitud médica y psicofísica a cargo de una entidad contratada para tal efecto, de acuerdo con un *profesiograma* y un *perfil profesiográfico*, previamente definidos por autoridades con experticia en el tema y adoptados por el INPEC mediante la Resolución No. 005657 de 2015. Desde un comienzo se determinó y se dio a conocer que el único resultado aceptado sería el emitido por la entidad especializada contratada para el efecto.

Por lo anterior, la Sala encuentra que el accionante siempre tuvo –o debió tener– conocimiento de su obligación de someterse a un examen médico y de la inhabilidad que conllevaba la presencia de tatuajes o cicatrices en lugares visibles. Por lo cual, a juicio de la Corte, su exclusión del proceso de selección no se trató de una actuación sorpresiva de la Administración, sino de la

[57] Al respecto, se señala que: *"**Artículo 48. Valoración médica y establecimiento de inhabilidades médicas:** la presentación de 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 (…)"*.

exigibilidad de unas reglas previamente divulgadas y dadas a conocer a todos los participantes.

(ii) Que el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones

Como se mencionó en el punto anterior, la calificación como "*no apto*" conlleva para los participantes del *concurso-curso* su exclusión. Esta decisión se da con sustento en el artículo 50 del Acuerdo No. 563 de 2016 que, entre otras cosas, señala que "*[e]l aspirante que obtenga calificación definitiva de NO APTO en la valoración médica será excluido del proceso de selección en esta instancia"*[58]. Esta misma decisión se encuentra consagrada en el numeral sexto del artículo 10 de dicho Acuerdo, en donde se regulan los efectos de la convocatoria.

Adicionalmente, es importante señalar que las inhabilidades valoradas en el examen médico se encuentran reguladas en la Resolución No. 005657 de 2015 del INPEC el cual, en el numeral 4.1.3, estableció 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 este orden de ideas, se puede observar que todo participante que fuese calificado como *"no apto"* tenía la misma consecuencia de exclusión dentro del proceso que se desarrollaba y, por consiguiente, no se evidencia que la actuación respecto al actor haya sido diferente a la de cualquier otro participante en las mismas condiciones. Es decir, la situación del accionante se circunscribe dentro de las inhabilidades previstas en la regulación previamente formulada por el INPEC y su exclusión se da de la misma forma que la de cualquier persona que presente no solo un tatuaje, sino también una cicatriz, en un lugar visible.

Por otra parte, el accionante expone que se sometió a un proceso para borrar el tatuaje. Sin embargo, de las pruebas aportadas al proceso, no se puede dilucidar que el tatuaje haya sido borrado, pues si bien se presenta un certificado de la Clínica Piel y Láser, el mismo solo señala que el accionante "*se encuentra en un tratamiento médico en la Clínica Piel y Láser borrado con Láser de tatuaje ubicado en antebrazo izquierdo*"[59], pero no indica la fecha en que finalizaría el procedimiento, ni permite corroborar si el mismo efectivamente se realizó.

En todo caso, dicho certificado tiene fecha del 19 de diciembre de 2016, es decir que es posterior en más de dos meses a la fecha del examen médico, llevado a cabo el 4 de octubre de 2016; incluso también se constata que se realizó más de un día y un mes después de la respuesta a la reclamación presentada por el actor, emitida el 18 de noviembre del año en cita; lo que indica que el accionante esperó a la publicación de los resultados del examen

[58] Ver folio 159 del segundo cuaderno.
[59] Folio 92 del segundo cuaderno.

médico, ocurrida el 4 de noviembre de 2016, presentó la reclamación procedente cuatro días después, buscando con ello su ingreso el INPEC, teniendo todavía el tatuaje en su cuerpo. Siendo entonces claro que, al momento de adoptar una decisión con respecto a la situación del accionante, él se encontraba enmarcado dentro de una de las razones de exclusión presentadas en la normatividad que regula el *concurso-curso*, por lo que darle un tratamiento diferenciado, por una circunstancia sobreviniente, aun no comprobada y persistente al momento de resolver la reclamación, conllevaría un trato diferenciado con respecto de todas aquellas personas excluidas, por ese mismo motivo y en la misma fase del proceso de selección.

En conclusión, la Sala encuentra que la determinación adoptada se da en igualdad de condiciones y, por el contrario, adoptar una medida diferente, es decir, no excluir al accionante a pesar de presentar una inhabilidad, rompe de plano con la igualdad de trato y de condiciones que debe caracterizar el proceso de selección de dragoneantes del INPEC, respecto del resto de aspirantes que pudieron llegar a ser excluidos por la misma causal.

(iii) Que la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables

Respecto a este punto, la Sala encuentra que es evidente que la decisión adoptada se da con base en la normatividad aplicable al *concurso-curso*, pues como ya se ha señalado, dicho procedimiento estableció las exclusiones e inhabilidades aplicables, incluyendo la calificación de "*no apto*" y la prohibición de presentar tatuajes en lugares visibles. Se observa entonces que la decisión adoptada se fundó en una consideración objetiva de las reglas aplicables.

(iv) Que la decisión esté justificada en la relación de necesidad que debe existir entre el requisito impuesto y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer

De acuerdo con el profesiograma adoptado a través de la Resolución No. 005657 de 2015, la existencia de tatuajes o cicatrices en lugares 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*"[60]. En este mismo sentido, la CNSC, al contestar el requerimiento hecho por esta Corporación, afirma que con la medida adoptada no se pretende vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad sino proteger *"los derechos a la vida e integridad física"* de quienes acceden a la función pública en calidad de dragoneantes, frente al conjunto de *"funciones peligrosas"* que se encuentran a su cargo[61].

De lo expuesto se puede colegir que la finalidad de la decisión de adoptar como inhabilidad la presencia de tatuajes o cicatrices en lugares visibles, no

[60] Folio 182 del segundo cuaderno. Vale la pena mencionar, nuevamente, que dicha norma es una de las que rigen el *concurso-curso* convocado. Resolución No. 563 de 2016 expedida por la CNSC, artículo 6.
[61] Folio 43 del cuaderno principal.

busca limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los aspirantes, sino garantizar la seguridad de quienes accedan al cargo de dragoneantes, a partir de un ejercicio de ponderación de riesgos por parte del Estado, tal como lo permite la Ley 1562 de 2012, previamente citada. En efecto, un tatuaje visible en el cuerpo, responde a una particularidad concreta, no sólo en la forma adoptada, sino en el lugar mismo en el que se ubica, lo que lo hace único como elemento diferenciador. Difícilmente un tatuaje se comparte por varias personas, y más difícil aún es que se ubique en el mismo lugar, compartiendo iguales rasgos de dimensión, color y tamaño.

La finalidad de la medida se relaciona entonces con las funciones propias del cargo a proveer, pues la labor de dragoneante corresponde a un oficio de aquellos que envuelven un riesgo inherente frente a la integridad física y la existencia misma de la persona, circunstancias en las cuales el deber de protección del Estado adquiere un carácter reforzado. Precisamente, acorde con el Decreto 2090 de 2003 expedido por la Presidencia de la República, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria es catalogada de alto riesgo[62], lo que necesariamente lleva a la conclusión de que la posibilidad de verse afectados en su vida es real.

Si bien sería posible pensar que, en aras de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el INPEC debería circunscribir la ubicación del accionante a aquellos lugares en donde el uniforme no pudiese dejar expuesto el tatuaje, esta medida presenta elementos que impiden su adopción: lo primero es que el recurso humano con el que cuenta el INPEC es limitado, por lo que en caso de requerir al accionante para un traslado y no permitirse el mismo se estaría ocasionando una afectación a la prestación de los servicios por parte de la entidad. Adicionalmente, una medida como la propuesta resultaría contraria a la igualdad entre los dragoneantes, pues aquellos que no tengan un tatuaje o cicatriz visible podrían ser trasladados a cualquier ubicación necesaria, mientras que el actor podría gozar de mayor estabilidad ante la necesidades de un traslado, sin que dicho trato diferenciado se encuentre justificado, respecto al tratamiento desigual que conllevaría esta medida.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que la pretensión del accionante conlleva, necesariamente, una serie de tratamientos diferenciados injustificados por cuanto, como ya se evidenció, el reincorporar al accionante al *concurso-curso* llevaría a adoptar un trato desigual con respecto de aquellas personas que también fueron calificadas como "*no apto*"; y, posteriormente, si superase el resto de las fases y fuese nombrado dragoneante, se requeriría una actuación dispar con respecto a los demás trabajadores que cumplen su misma función, en aras de garantizar su seguridad, actuaciones que, para esta Corporación, no se hallan justificadas.

[62] Decreto 2090 de 2003, artículo 2.

De igual manera, aun cuando los uniformes suelen llevar el nombre del dragoneante, tal elemento diferenciador desaparece cuando las personas se trasladan al mundo exterior. Tal circunstancia no ocurre con los tatuajes o las cicatrices visibles, pues ellas siempre son perceptibles, en su dimensión particular, tanto al interior de los centros de reclusión, como por fuera de ellos.

Finalmente, nótese que en el caso bajo examen, no se está en presencia de un elemento común de identificación, en el que caben varios sujetos, como la altura, el peso, la piel o el color del pelo, los cuales estarían prohibidos por ser lesivos del derecho a la igualdad, sino de un tatuaje visible en el cuerpo, único y diferenciador, previamente conocido y publicitado como circunstancia del exclusión del concurso, cuya aplicación se realizó en igualdad de condiciones, que tiene una connotación objetiva y que se relaciona con los riesgos propios del cargo a ejercer. Por lo demás, como ya se dijo, su exigibilidad garantiza las reglas del concurso y preserva el derecho a la igualdad de quienes, en las mismas condiciones, no participaron o fueron excluidos durante su trámite.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido el 22 de junio de 2017 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, a través del cual negó el amparo de los derechos invocados por el accionante, por los motivos expuestos.

Segundo.- Por Secretaría General, **LÍBRESE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Ausente con permiso

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General