



Sentencia 811 de 2014 Corte Constitucional

SENTENCIA C-811/14

EXIGENCIA DE ACREDITAR LA EDAD REQUERIDA PARA INGRESAR AL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC AL MOMENTO DE NOMBRAMIENTO-Discriminación injustificada y restricción del derecho a concursar y ocupar cargos de carrera administrativa
 ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA DECLARACION DE DEROGATORIA TACITA-No es el medio idóneo/CORTE CONSTITUCIONAL-
 Definición de vigencia de norma para determinar materia sujeta a control

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Genera inhibición para emitir pronunciamiento de fondo

NORMA JURIDICA-Derogatoria

Según la doctrina reiterada y pacífica de este tribunal, "la derogación es la revocación total o parcial de un precepto por disposición del legislador". La derogación implica el cese de la vigencia de una norma jurídica como efecto de una norma posterior que se dicta en ejercicio de la libertad de configuración del legislador, y que no responde a un criterio de validez. El legislador puede decidir derogar una norma, que es un acto propio de su voluntad política, en ejercicio del principio democrático, conforme a criterios de conveniencia político-social. La derogación de una norma jurídica "no afecta tampoco ipso iure la eficacia de la norma derogada, pues en general las situaciones surgidas bajo su vigencia continúan rigiéndose por ella, por lo cual la norma derogada puede mantener su eficacia, la cual poco a poco se va extinguiendo".

DEROGACIÓN EXPRESA-Concepto/DEROGACION EXPRESA-Jurisprudencia constitucional

DEROGACIÓN TACITA-Concepto/DEROGACION TACITA-Jurisprudencia constitucional

DEROGACIÓN ORGÁNICA-Concepto/DEROGACION ORGANICA-Jurisprudencia constitucional

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA DEROGADA-Eficacia jurídica como razón de excepcionalidad de procedencia

Cuando una norma derogada continúe surtiendo efectos en el ordenamiento o pudiere llegar a producirlos en el futuro, con el propósito de garantizar la vigencia material de la Carta Política, la Corte Constitucional puede pronunciarse sobre su exequibilidad. Si bien no hay una enumeración taxativa de hipótesis de ultra actividad normativa, la doctrina de este tribunal ha identificado tres eventos arquetípicos, a saber: (i) cuando del análisis del texto de la norma derogada se concluye que existen provisiones específicas destinadas a regular asuntos futuros; (ii) cuando la norma derogada regula condiciones para reconocer prestaciones periódicas, en especial pensiones, cuya exigibilidad puede extenderse más allá de su derogatoria o su vigencia es ultra activa por haberse previsto un régimen de transición; (iii) cuando la norma derogada regula materias propias del derecho sancionador, como la estructuración de tipos o sanciones, susceptibles ser sometidas a control administrativo o judicial con posterioridad a su vigencia.

EDAD-Prohibición de que se tenga en cuenta como criterio relevante para acceso a empleo en Ley 931/04

CARRERA PENITENCIARIA Y CARCELARIA-Régimen especial

Este tribunal ha reconocido que el régimen de carrera penitenciaria y carcelaria es especial. El reconocimiento resulta de advertir que además del régimen general de carrera hay varios regímenes especiales de carrera previstos en la Constitución, como los de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, y de considerar que los regímenes especiales no son sólo los previstos en la Constitución, sino que el legislador también puede establecer carreras especiales "que aseguren el adecuado cumplimiento de los cometidos y funciones del Estado, por diversas razones técnicas, operativas y funcionales, tales como, la especificidad de las actividades, que no permite su homologación con las que desarrollan normalmente otros funcionarios o empleados estatales, la necesidad de establecer líneas de orientación, dirección y autoridad jerarquizadas, o diseñar controles y especiales tipos de responsabilidad laboral y disciplinaria, etc.". En tal contexto, la conclusión de que la carrera penitenciaria y carcelaria es especial, se funda en las siguientes razones: Era una carrera especial de origen preconstitucional. Aunque ésta sola circunstancia no avala su constitucionalidad, hay que tener en cuenta que el Constituyente de 1991, en modo alguno tuvo la intención de suprimir las carreras especiales existentes con anterioridad, pues del conjunto normativo que regula el sistema de la carrera administrativa sólo se infiere que pueden existir una carrera administrativa general y unas carreras administrativas especiales, algunas de las cuales por mandato expreso de la Constitución deben organizarse. Dicha carrera se justifica plenamente, conforme a los criterios antes expuestos, por: 1) La especialidad y la naturaleza del servicio penitenciario y carcelario que, según el artículo 2o. del decreto 407 "es preventiva, educativa y social para los reclusos y de apoyo a las autoridades penitenciarias y carcelarias para el cometido de sus fines". 2) La especialidad de las funciones que cumple el personal adscrito al ramo penitenciario y carcelario. 3) La necesidad de establecer, para el personal del ramo penitenciario y carcelario, un distinto régimen de deberes, prohibiciones e incompatibilidades e inhabilidades y de control de su actividad laboral, tanto en el interior como en el exterior de los establecimientos carcelarios, y de situaciones administrativas, causales de ingreso y de retiro del servicio, régimen disciplinario, etc. 4) La justificación, por razones funcionales, técnicas y operativas y de moralidad y eficiencia administrativa (art. 209 C.P), de que un organismo como la Junta Penitenciaria pueda, con criterios de inmediatez y de celeridad, administrar y vigilar la carrera administrativa penitenciaria y carcelaria.

EMPLEOS EN INPEC-Pueden ser de libre nombramiento y remoción y de carrera

EMPLEOS DE CARRERA EN EL INPEC-Provisión se hace por concurso, curso por nombramiento en período de prueba o ascenso

CARRERA ADMINISTRATIVA EN EL INPEC-Compuesta por personal administrativo y personal del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional

CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA NACIONAL-Etapas de selección

Esta selección comprende las siguientes etapas: convocatoria, reclutamiento, aplicación de pruebas o instrumentos de selección, conformación de lista de elegibles y período de prueba. Para ser admitido al curso el aspirante debe demostrar que cumple con los requisitos exigidos para el desempeño del empleo que es objeto de la convocatoria. Entre las diversas clases de cursos, los aspirantes a ingresar a cargos en el ramo penitenciario y carcelario deben tomar y aprobar el de formación, que se imparte en la Escuela Penitenciaria Nacional, en su sede central o en sus regionales.

CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA NACIONAL-Concepto/CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA NACIONAL-Alcance

CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA NACIONAL-Edad como factor relevante para el ingreso, ascenso y retiro
CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA NACIONAL-Causales de retiro del servicio activo

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Disposición demandada vigente

CARRERA ADMINISTRATIVA-Libertad de configuración legislativa/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Límites/CARRERA ADMINISTRATIVA-Objetivos

Este tribunal ha reconocido que el legislador tiene un amplio margen de configuración para diseñar tanto el sistema de carrera administrativa como los mecanismos para valorar los méritos de los aspirantes a ingresar a ella o a ascender dentro de ella. No obstante, este margen no es ilimitado, pues debe respetar el principio constitucional de la carrera administrativa, que es asegurar que el ingreso y la permanencia en los cargos de carrera se funden exclusivamente en el mérito, por medio de procesos de selección transparentes, objetivos y no discriminatorios. El principio constitucional de la carrera administrativa es uno de los cimientos principales de la estructura del Estado, en tanto permite realizar otros principios constitucionales como los de igualdad e imparcialidad y, al mismo tiempo, derechos fundamentales como el de todos los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. Los límites al margen de configuración del legislador en materia de carrera administrativa, conforme al principio antedicho, están fijados por tres objetivos fundamentales: (i) la búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público, ya que la administración debe seleccionar a sus servidores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional, empleando como regla para el ingreso a la carrera administrativa el concurso de méritos; (ii) la garantía de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen el mismo derecho fundamental a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas; y (iii) la protección de los derechos reconocidos por los artículos 53 y 125 de la Constitución, pues las personas vinculadas a la carrera administrativa son titulares de unos derechos adquiridos que deben ser protegidos y respetados por el Estado.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Mérito como criterio fundamental para el ingreso, ascenso y retiro

CARRERA ADMINISTRATIVA-Importancia como pilar del Estado Social de Derecho

IGUALDAD-Triple papel en el ordenamiento constitucional

La igualdad tiene un triple rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho. En tanto valor, la igualdad es una norma que establece fines, dirigidos a todas las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; en tanto principio, la igualdad es una norma que establece un deber ser específico y, por tanto, se trata de una norma de mayor eficacia que debe ser aplicada de manera directa e inmediata por el legislador o por el juez; en tanto derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que "se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para los grupos que se encuentran en debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles".

IGUALDAD-Carece de contenido material específico

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Mandatos que comprende

(i) El de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras.

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Etapas

El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución.

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Alcance

TEST DE IGUALDAD-Grados de intensidad

La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la "presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas". El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad. El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en los cuales se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en los cuales está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente, o en los cuales, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión. Para aplicar un test estricto, que es la primera y más significativa excepción a la regla, este tribunal ha considerado que es menester que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones de discriminación en el artículo 13 de la Constitución; o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental; o que se cree un privilegio. El test estricto es el más exigente, pues busca establecer que si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales. Entre los extremos del test leve y del test estricto está el test intermedio, que se aplica por este tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental o cuando hay un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia. Este test busca establecer que el fin sea legítimo e importante, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.

TEST DE IGUALDAD-Criterios para determinación de intensidad

TEST DE IGUALDAD-Edad como criterio de diferenciación

EXIGENCIA DE ACREDITAR EDAD REQUERIDA PARA INGRESAR A CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA NACIONAL AL MOMENTO DEL NOMBRAMIENTO-Test intermedio de igualdad

EXIGENCIA DE ACREDITAR EDAD REQUERIDA PARA INGRESAR A CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA NACIONAL AL MOMENTO DEL NOMBRAMIENTO-Derecho fundamental a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas, no se vulnera por la existencia de una edad límite, sino por la fijación de un momento o hito en el cual se verifica este requisito

Referencia: Expediente D-10210.

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad: en contra de una expresión del numeral

2 del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994.

Actor:

Nohora Stella Benavides Plazas y otros.

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Texto normativo demandado.

La ciudadana Nohora Stella Benavides Plazas, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión: "al momento del nombramiento", contenida en el numeral 2 del artículo 119 del Decreto 407 de 1994, cuyo texto -con lo demandado en subrayas- es el siguiente:

DECRETO 407 DE 1994

(Febrero 20)

Diario Oficial No. 41.233, de 21 de febrero de 1994

Ministerio de Justicia y del Derecho

Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 172 de la ley 65 de 1993 y oída la Comisión Asesora,

DECRETA:

(...)

LIBRO II.

CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA NACIONAL.

(...)

TÍTULO III.

INGRESO AL SERVICIO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA.

ARTÍCULO 119. *Requisitos.* Para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, se requiere acreditar los siguientes requisitos:

1. Ser colombiano.
2. Tener más de dieciocho años y menos de veinticinco de edad, al momento de su nombramiento.
3. Ser soltero y permanecer como tal durante el curso. (Este numeral fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-099 de 2007).
4. Poseer título de bachiller en cualquiera de sus modalidades y acreditar resultado de los exámenes del Icfes.
5. Tener definida su situación militar.
6. Demostrar excelentes antecedentes morales, personales y familiares.
7. No tener antecedentes penales ni de policía.
8. Obtener certificados de aptitud médica y psicofísica expedido por la Caja Nacional de Previsión Social o su equivalente.
9. Aprobar el curso de formación en la Escuela Penitenciaria Nacional.
10. Ser propuesto por el Director de la Escuela Penitenciaria Nacional con base en los resultados de la selección al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC.

2. Pretensión y cargos.

2.1. Pretensión. Se solicita a este tribunal que declare la inexecutable de la expresión: "*al momento de su nombramiento*", contenida en el numeral segundo del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994, por vulnerar los artículos 1, 2, 13, 25, 26 y 40 de la Constitución. Se solicita, además, que se conforme unidad normativa entre la norma demandada y algunos actos administrativos adoptados en procesos de selección concretos, para que este tribunal se pronuncie sobre la validez de los mismos, con el argumento de que así se aseguraría la supremacía de la Constitución y la eficacia de la declaración de inexecutable de la norma demandada.

2.2. Cargos. De la demanda se admitieron dos cargos: uno relativo al derecho político a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40.7 CP) y otro relacionado con la prohibición de adoptar medidas discriminatorias en razón de la edad (art. 13 CP), conforme pasa a verse.

2.2.1. La demanda no cuestiona que se fije una edad determinada para ingresar al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, sino que esta edad se determine al momento del nombramiento de la persona. Es posible que un ciudadano inicie el proceso necesario para ingresar a este cuerpo y, luego de cumplir con las etapas previstas para este propósito, por razones que no están bajo su control, como son las propias de las actuaciones administrativas posteriores, llegue a superar el límite de edad al momento de su nombramiento. Esta restricción al acceso a desempeñar funciones y cargos públicos, a pesar de haberse cumplido las condiciones del proceso de selección y de haberse demostrado el mérito, la capacidad y la idoneidad del aspirante, además de ser irrazonable, afecta el principio democrático, desconoce el principio del mérito e incumple los fines del Estado de garantizar la efectividad de los derechos previstos en la Constitución y de facilitar la

participación de los ciudadanos.

2.2.2. La demanda acepta que si bien, en principio, la regla que establece una edad determinada como condición para ingresar al cuerpo de custodia persigue una finalidad admisible, en tanto podría asegurar la selección de los mejores aspirantes, el medio empleado no es adecuado, necesario y proporcional. No es adecuado porque excluye a personas que, al haber superado satisfactoriamente el proceso de selección, son idóneas para ingresar a dicho cuerpo. No es necesario porque existen otros medios para lograr la referida finalidad, que son menos restrictivos de los derechos fundamentales, como es el caso del propio proceso de selección. No es proporcional porque sacrifica el derecho a la igualdad de trato y los principios con arreglo a los cuales se debe desarrollar la función administrativa, en especial los de igualdad e imparcialidad.

3. Intervenciones.

3.1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho: exequibilidad.

Afirma que para fijar los requisitos de acceso a cargos públicos existe un amplio margen de configuración, conforme a lo previsto en los artículos 125 y 150 de la Constitución y la interpretación que de ellos ha hecho este tribunal en las Sentencias C-452 de 2005 y C-099 de 2007. Agrega que el requisito de tener menos de 25 años al momento del nombramiento es igual para todos los aspirantes y no resulta en modo alguno sorpresivo para ellos. A partir del artículo 122 del Decreto Ley 407 de 1994, advierte que, luego de aprobar el curso en la escuela penitenciaria nacional y de obtener el certificado de aptitud médica y psicofísica, el alumno será nombrado como dragoneante a prueba por un período de un año y que, si al terminar el curso de formación no hubiere vacante, *“el alumno quedará en lista de elegibles hasta por el término de doce (12) meses, siempre y cuando mantenga las condiciones estipuladas en el artículo 119”*. Sobre la base de estos referentes, sostiene que:

En conclusión, en el presente caso, el establecimiento de una edad mínima y máxima para desempeñar el cargo respectivo, resulta constitucional toda vez que la fijación de requisitos para ser parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria se encuadra dentro de la libertad de configuración del legislador, y dicha previsión no vulnera el derecho a la igualdad ni establece discriminación alguna, en cuanto persigue una finalidad legítima como es la búsqueda de personal más calificado para desempeñar funciones públicas, la edad ha sido encontrada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un medio adecuado para conseguir tal fin y el medio utilizado es razonable y proporcionado.

3.2. Intervención del Ministerio del Trabajo: inhibición y, en subsidio, inexecutable. Con base en las características que permiten distinguir los criterios sospechosos de discriminación, que trae a cuento de la Sentencia T-314 de 2011, y en vista de que la *“única justificación”* para la diferencia de trato es la de la necesidad de personas *“con las mejores calidades de vigor, fuerza y energía propios de la juventud”*, considera que esta razón no es lo suficientemente idónea y válida para justificar la diferencia de trato. Reafirma esta conclusión a partir de la Ley 931 de 2004 y de la Sentencia C-724 de 2007, pues a la luz de estos referentes, asume que en la actualidad *“el requisito de la edad para acceder al empleo está vedado legalmente”*. En vista de esta circunstancia, señala que, *“siendo la Ley 931 de 2004 posterior al Decreto Ley 407 de 1994 y, considerando que reguló integralmente la materia y expresamente prohibió a empleadores públicos y privados la exigencia de un rango de edad determinado para ser tenido en cuenta en la decisión que defina la aprobación de su aspiración laboral, se considera que la norma acusada fue derogada tácitamente”*.

Por haber derogatoria tácita, solicita que este tribunal se inhíba de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma demandada. Sin embargo, en caso de que se determine que no ha ocurrido dicha derogatoria o de que la norma continúa produciendo efectos, solicita de manera subsidiaria que se declare su inexecutable, pues ésta *“viola ostensiblemente, entre otras normas, el artículo 13 de la Constitución Política”*.

3.3. Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública: exequibilidad.

A partir de la interpretación del artículo 125 de la Constitución, destaca que *“corresponde a la órbita de configuración legislativa determinar bajo qué criterios de proporcionalidad y razonabilidad se ha de desarrollar la política del Estado en materia del manejo del personal y del cumplimiento de las condiciones y requisitos para el acceso a los empleos públicos”*. Apunta que la norma que contiene la expresión demandada, al prever el requisito de tener más de dieciocho años y menos de veinticinco años de edad al momento del nombramiento, busca garantizar que las personas que aspiran a desempeñar el cargo de dragoneante cuenten con *“la capacidad física y psíquica necesaria para el cumplimiento efectivo e integral de las funciones y responsabilidades que demanda específicamente el ejercicio de este cargo”*, cuya misión se precisa en los artículos 113 a 115 del Decreto Ley 407 de 1994². Recuerda que según la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto del 23 de junio de 2005, *“consideró válida la exigencia de la edad en las convocatorias de ingreso del nuevo personal al cuerpo de custodia y vigilancia, y a los cursos de ascenso interno, toda vez que en esta situación no se posee la calidad de empleado público”*. Agrega que:

Así entonces, en el presente caso no es posible hablar de violación del principio de igualdad, por cuanto la exigencia del numeral 2 del artículo 119 del Decreto-ley 407 de 1994 no es comparable ni equiparable con el ejercicio abstracto de otras profesiones, igualmente reglamentadas por la ley, es decir, no estamos en presencia de supuestos iguales o análogos, razón por la cual la diferenciación tampoco puede tenerse como irracional o desproporcionada.

4. Concepto del Procurador General de la Nación: exequibilidad.

4.1. El Ministerio Público, por medio del Concepto 5790, solicita a este tribunal que declare executable la expresión demandada, en tanto persigue un fin legítimo y constitucionalmente importante, para lo cual se vale de un medio que es también legítimo y conducente para alcanzar dicho fin y la medida es razonable y proporcionada.

4.2. Para llegar a la anterior conclusión comienza por destacar, a partir de las Sentencias C-408 y C-093 de 2001, T-360 de 2002, C-100 de 2004 y C-452 de 2005, que *“la determinación de los requisitos para el desempeño de cargos públicos que no hayan sido establecidos directamente por el Constituyente corresponde al Legislador”*. Esta determinación está limitada por los principios de proporcionalidad, racionalidad e igualdad y por los principios con fundamento en los cuales se debe desarrollar la función administrativa. En cuanto atañe a la edad, es razonable fijar una edad mínima o máxima para acceder a determinados cargos o beneficios, en tanto ésta *“es un elemento primordial para determinar la madurez, experiencia y responsabilidad de los ciudadanos”*. Precisa que la edad puede llegar a ser un criterio semi sospechoso, cuando resulta inmodificable para la persona, como pasa con la edad como límite máximo, ya que *“una vez alcanzada la edad es imposible volver atrás”*. Cuando se trata, en cambio, de la edad como límite mínimo no habría un criterio semi sospechoso porque este *“requisito no es imposible de alcanzar y, a menos que se termine la vida, éste será necesariamente cumplido”*.

4.3. En razón de las anteriores circunstancias, propone aplicar un test intermedio en el juicio de igualdad, para verificar si (i) el trato diferente persigue un fin legítimo y constitucionalmente importante, (ii) el medio empleado es legítimo frente a la Constitución y conducente para alcanzar el fin, y (iii) la medida es proporcionada, en tanto no implique el sacrificio de fines constitucionales de mayor jerarquía.

4.3.1. El fin de *“asegurar que la custodia y vigilancia a las personas privadas de la libertad al interior y fuera de los establecimientos de reclusión, así como el control sobre la ubicación y traslado de las mismas, sea realizado por personas que estén en capacidad de garantizar su integridad, seguridad y el cumplimiento de las medidas impuestas por autoridad judicial”*, es legítimo y constitucionalmente importante.

4.3.2. El medio de fijar un rango de edad entre 18 y 25 años, en tanto *“la actividad psicomotriz de individuos menores de 25 años puede inferirse que es plena dado que, por regla general, no tienen problemas de salud, ni disminución de la agudeza sensorial”*, no riñe con el ordenamiento superior y es conducente para lograr el fin perseguido.

4.3.3. La medida es razonable y proporcionada, *“por cuanto no sacrifica fines constitucionales de mayor jerarquía que los protegidos, pues la edad máxima fijada para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia le permite a quienes logren hacerlo cumplir las funciones propias de dicho cuerpo de manera eficaz, pues cuentan con un buen estado de salud y una agudeza sensorial óptima”*.

4.4. Por último, al aplicar el método del derecho comparado, destaca que el Tribunal Constitucional Español en las Sentencia STS del 21 de marzo de 2011 (RC 626/2009)³, al ocuparse de la edad máxima de treinta años para acceder por el turno libre a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía, puso de presente que *“por la naturaleza de las funciones a desempeñar en un cuerpo o escala puede ser preciso que quienes se integran a ellas no superen una edad que les haga inadecuados para cumplirlas”*.

II. FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Este tribunal es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la expresión: *“al momento del nombramiento”*, contenida en el numeral 2 del artículo 119 del Decreto 407 de 1994, atendiendo lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 241 de la Constitución Política.

2. Cuestiones preliminares.

2.1. Vigencia del numeral 2 del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994.

2.1.1. En vista de que un interviniente considera que en este caso se configura el fenómeno de la derogatoria tácita, pues la norma que contiene la expresión demandada, el numeral 2 del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994, es incompatible con la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 931 de 2004, corresponde ocuparse de esta cuestión.

2.1.2. Si bien no es la acción de inconstitucionalidad el medio idóneo para declarar si una norma ha sido o no derogada, determinar la vigencia de la norma demandada puede ser necesario para fijar el objeto de control y realizar el juicio de validez sobre el mismo⁴, como ocurre en el caso *sub examine*. De establecerse que la norma demandada no está vigente o no está produciendo efectos, se configuraría el fenómeno de la carencia actual de objeto y, ante tal circunstancia, este tribunal debería inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo en relación con la expresión demandada⁵.

2.1.3. Según la doctrina reiterada y pacífica de este tribunal, *“la derogación es la revocación total o parcial de un precepto por disposición del legislador”*⁶. La derogación implica el cese de la vigencia de una norma jurídica como efecto de una norma posterior que se dicta en ejercicio de la libertad de configuración del legislador, y que no responde a un criterio de validez. El legislador puede decidir derogar una norma, que es un acto propio de su voluntad política, en ejercicio del principio democrático, conforme a criterios de conveniencia político-social⁷. La derogación de una norma jurídica *“no afecta tampoco ipso iure la eficacia de la norma derogada, pues en general las situaciones surgidas bajo su vigencia continúan rigiéndose por ella, por lo cual la norma derogada puede mantener su eficacia, la cual poco a poco se va extinguiendo”*⁸.

2.1.3.1. La derogación expresa ocurre cuando la nueva ley dice explícitamente que deroga la antigua⁹, de tal suerte que no es necesaria ninguna interpretación, *“pues simplemente se excluye del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo señale el legislador”*¹⁰. Para ilustrar este fenómeno conviene mencionar la Sentencia C-898 de 2009, en la cual este tribunal, luego de constatar que la expresión: *“los padres naturales casados no podrán ejercer este cargo”*, contenida en el numeral 4 del artículo 550 del Código Civil había sido derogada expresamente por el artículo 119 de la Ley 1306 de 2009, resolvió inhibirse de adoptar un pronunciamiento de fondo.

2.1.3.2. La derogación tácita ocurre cuando la nueva ley regula un determinado hecho o fenómeno de manera diferente a la ley anterior, sin señalar expresamente qué disposiciones quedan sin efectos, lo que implica que sólo pierden vigencia aquellas que sean incompatibles con la nueva regulación¹¹. En este evento es *“necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer qué ley rige la materia, o si la derogación es total o parcial”*¹². Al cuestionarse la constitucionalidad de este tipo de derogación, este tribunal puso de presente, a partir de la Sentencia C-025

de 1993, que la derogación no siempre puede ser expresa, en tanto y en cuanto ello implica confrontar cada nueva ley con todo el ordenamiento jurídico, labor dispendiosa *“que no tiene razón de ser, pues la tarea legislativa se concentra en asuntos específicos definidos por el propio Congreso, con el objeto de brindar a los destinatarios de las leyes seguridad jurídica y un adecuado marco para la interpretación y aplicación de las mismas”*¹³. Para ilustrar este fenómeno es útil destacar las Sentencias C-901 de 2011 y C-422 de 2012. En la primera se verificó que el párrafo transitorio del artículo 103 de la Ley 1438 de 2011 había sido derogado tácitamente por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, lo que conllevó una inhibición para pronunciarse de fondo sobre su constitucionalidad. En la segunda se constató que el artículo 2 del Decreto 1042 de 1978 había sido derogado tácitamente por el artículo 2 del Decreto 770 de 2005, lo que también conllevó a una sentencia inhibitoria.

2.1.3.3. La derogación orgánica ocurre cuando la nueva ley *“regula íntegramente la materia a la que la anterior disposición se refería”*¹⁴. Incluso con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, como se anota en la Sentencia C-159 de 2004, la Corte Suprema de Justicia se había ocupado de este tipo de derogación. Así, por ejemplo, en Sentencia del 28 de marzo de 1984, precisó que:

La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da es verdad cuando la nueva ley *“regule íntegramente la materia”* que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior.

Sea de ello lo que fuere, lo evidente es que hay que suponer que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que por tanto responde mejor al ideal de justicia, ideal y necesidad éstos que tornan urgente la aplicación de la nueva ley; aplicación que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva. Es un principio universalmente reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece.

La derogación orgánica, que no requiere de manera necesaria que haya incompatibilidad entre la nueva ley y la ley o leyes anteriores¹⁵, *“puede tener características de la derogación expresa y tácita, en el sentido en que el legislador puede expresamente señalar que una regulación queda sin efectos o que le corresponda al intérprete deducirla, después de un análisis sistemático de la nueva normativa”*¹⁶. Para ilustrar este fenómeno es provechoso traer a cuento las Sentencias C-823 de 2006 y C-215 de 2007. En la primera se corroboró que las materias de que tratan los artículos 223 b), 229 b), 247 y 289 del Código Sustantivo del Trabajo fueron integralmente reguladas por el sistema general de seguridad social, en la Ley 100 de 1993, el Decreto Ley 1295 de 1994 y sus decretos reglamentarios. En la segunda se advirtió que la materia del artículo 82 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 188 de 1959, había sido regulada integralmente por la Ley 789 de 2002.

2.1.4. Cuando una norma derogada continúe surtiendo efectos en el ordenamiento o pudiere llegar a producirlos en el futuro, con el propósito de garantizar la vigencia material de la Carta Política, la Corte Constitucional puede pronunciarse sobre su exequibilidad¹⁷. Si bien no hay una enumeración taxativa de hipótesis de ultra actividad normativa, la doctrina de este tribunal ha identificado tres eventos arquetípicos, a saber: (i) cuando del análisis del texto de la norma derogada se concluye que existen previsiones específicas destinadas a regular asuntos futuros¹⁸; (ii) cuando la norma derogada regula condiciones para reconocer prestaciones periódicas, en especial pensiones, cuya exigibilidad puede extenderse más allá de su derogatoria o su vigencia es ultra activa por haberse previsto un régimen de transición¹⁹; (iii) cuando la norma derogada regula materias propias del derecho sancionador, como la estructuración de tipos o sanciones, susceptibles ser sometidas a control administrativo o judicial con posterioridad a su vigencia²⁰.

2.1.5. La Ley 931 de 2004, *“por la cual se dictan normas sobre el derecho al trabajo en condiciones de igualdad en razón de la edad”*, busca evitar que las personas puedan ser discriminadas en razón de su edad, para acceder a un trabajo²¹. A fin de lograr este propósito establece una prohibición, ordena modificar otras normas y faculta al Ministerio de Protección Social -entonces- para ejercer la vigilancia y sancionar a quienes violen esta ley.

2.1.5.1. La prohibición, que está prevista en términos amplios, no prevé ninguna excepción. En efecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 931 de 2004.

Ninguna persona natural o jurídica, de derecho público o privado, podrá exigir a los aspirantes a ocupar un cargo o ejercer un trabajo, cumplir con un rango de edad determinado para ser tenido en cuenta en la decisión que defina la aprobación de su aspiración laboral.

Los requisitos para acceder a un cargo que se encuentre vacante o a ejercer un trabajo deberán referirse a méritos o calidades de experiencia, profesión u ocupación.

2.1.5.2. De manera acorde con la anterior prohibición, en el artículo 3 ibídem se ordena, por razones de equidad, modificar los reglamentos que contemplen restricciones de edad para acceder a un cargo o empleo o trabajo, para eliminar esta o cualquier otra limitante. De igual manera, se dispone que en las convocatorias públicas o privadas no se puede contemplar limitantes de edad, sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión u opinión política o filosófica.

2.1.5.3. Por último, se faculta al antedicho ministerio para vigilar el cumplimiento de la ley y, si es del caso, sancionar a quienes la violen *“con multas sucesivas equivalentes a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, a través de la jurisdicción laboral y mediante procesos sumarios, con las garantías de ley”*²².

2.1.6. Para establecer el alcance de la Ley 931 de 2004, debe considerarse la Sentencia C-724 de 2007. En esta providencia la Corte se inhibió de pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 15 de 1958, por carencia actual de objeto, ya que este artículo había sido derogado por la Ley 931 de 2004, que *“reguló, de manera general e imperativa, el derecho al trabajo en condiciones de igualdad en*

razón de la edad". De este análisis vale la pena destacar varios aspectos, como se hace enseguida.

2.1.6.1. Si bien la Ley 931 de 2004, no derogó de manera expresa ninguna norma, sino que se limita a señalar en su artículo 6 que rige a partir de su promulgación, esta circunstancia no impide que se configure la derogatoria tácita o la derogatoria orgánica de otras normas. Por ello, en la referida sentencia *"la Sala concluye que se presenta el fenómeno de la derogatoria tácita de la Ley 15 de 1958 por regulación integral de la materia"*.

2.1.6.2. Al interpretar el artículo 1 de la Ley 931 de 2004, este tribunal advirtió que, *"por regla general, la edad no puede ser considerada un factor relevante ni suficiente para justificar la desigualdad de trato jurídico. Para el legislador actual, las condiciones de acceso al empleo no pueden estar determinadas por la edad, pues se excluye de las consideraciones o políticas de la empresa"*.

2.1.6.3. Luego de transcribir el artículo 2 de la Ley 931 de 2004, se pone de presente que:

(...) esa disposición también señala una regla imperativa²³ para el empleador público y privado que limita su capacidad de libre escogencia de los trabajadores, puesto que le prohíbe tener en cuenta la edad como criterio determinante para la selección del personal. De hecho, el legislador consideró que los únicos criterios relevantes para acceder al empleo son los méritos, las calidades, la experiencia, la profesión o la ocupación del aspirante, pues expresamente excluye la edad como factor de evaluación en el desempeño laboral. Esta norma, entonces, no sólo establece criterios razonables para la escogencia de los trabajadores, sino que excluye uno que, a pesar de que no se encuentra enumerado en el artículo 13 de la Carta como "criterio sospechoso"²⁴, ha sido considerado tradicionalmente como discriminatorio.

2.1.6.4. A partir de los anteriores elementos de juicio, este tribunal concluye diciendo: *"la Ley 931 de 2004 excluye de manera clara y enfática la razón de edad como criterio relevante para el acceso al empleo, pues no sólo prohíbe exigir, por regla general, a todos los aspirantes que cumplan un rango de edad determinada, sino que excluye la edad como criterio de selección o definición de la aspiración laboral"*. Y, en la parte final de su análisis, reitera que: *"en la actualidad, el criterio de edad resulta irrelevante a la hora de distinguir los aspirantes a desempeñar trabajos públicos y privados, puesto que el requisito de edad para acceder al empleo está vedado legalmente"*.

2.1.7. Este tribunal ha reconocido que el régimen de carrera penitenciaria y carcelaria es especial²⁵. El reconocimiento resulta de advertir que además del régimen general de carrera²⁶ hay varios regímenes especiales de carrera previstos en la Constitución, como los de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación²⁷, y de considerar que los regímenes especiales no son sólo los previstos en la Constitución, sino que el legislador también puede establecer carreras especiales *"que aseguren el adecuado cumplimiento de los cometidos y funciones del Estado, por diversas razones técnicas, operativas y funcionales, tales como, la especificidad de las actividades, que no permite su homologación con las que desarrollan normalmente otros funcionarios o empleados estatales, la necesidad de establecer líneas de orientación, dirección y autoridad jerarquizadas, o diseñar controles y especiales tipos de responsabilidad laboral y disciplinaria, etc."*²⁸. En tal contexto, la conclusión de que la carrera penitenciaria y carcelaria es especial, se funda en las siguientes razones²⁹:

- Era una carrera especial de origen preconstitucional. Aunque ésta sola circunstancia no avala su constitucionalidad, hay que tener en cuenta que el Constituyente de 1991, en modo alguno tuvo la intención de suprimir las carreras especiales existentes con anterioridad, pues del conjunto normativo que regula el sistema de la carrera administrativa sólo se infiere que pueden existir una carrera administrativa general y unas carreras administrativas especiales, algunas de las cuales por mandato expreso de la Constitución deben organizarse.

- Dicha carrera se justifica plenamente, conforme a los criterios antes expuestos, por:

1. La especialidad y la naturaleza del servicio penitenciario y carcelario que, según el artículo 2o. del decreto 407 "es preventiva, educativa y social para los reclusos y de apoyo a las autoridades penitenciarias y carcelarias para el cometido de sus fines".

2. La especialidad de las funciones que cumple el personal adscrito al ramo penitenciario y carcelario.

3. La necesidad de establecer, para el personal del ramo penitenciario y carcelario, un distinto régimen de deberes, prohibiciones e incompatibilidades e inhabilidades y de control de su actividad laboral, tanto en el interior como en el exterior de los establecimientos carcelarios, y de situaciones administrativas, causales de ingreso y de retiro del servicio, régimen disciplinario, etc.

4. La justificación, por razones funcionales, técnicas y operativas y de moralidad y eficiencia administrativa (art. 209 C.P), de que un organismo como la Junta Penitenciaria pueda, con criterios de inmediatez y de celeridad, administrar y vigilar la carrera administrativa penitenciaria y carcelaria.

A las antedichas razones se agrega, en la Sentencia C-099 de 2007, que el artículo 4.2 de la Ley 909 de 2004, *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*, se considera como sistema específico de carrera administrativa el que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). Algunas de las características especiales de este sistema son relevantes para el asunto *sub examine*, como se muestra a continuación.

2.1.7.1. Los empleos en el INPEC pueden ser de libre nombramiento y remoción y de carrera³⁰. La provisión de los empleos de carrera se hace por (i) concurso, (ii) curso por nombramiento en período de prueba o (iii) ascenso³¹. Esta carrera administrativa tiene dos categorías: personal administrativo y personal del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional³². La provisión de empleos para la segunda de las antedichas categorías se hace por medio de curso, previa selección³³. Esta selección comprende las siguientes etapas: convocatoria,

reclutamiento, aplicación de pruebas o instrumentos de selección, conformación de lista de elegibles y período de prueba³⁴. Para ser admitido al curso el aspirante debe demostrar que cumple con los requisitos exigidos para el desempeño del empleo que es objeto de la convocatoria³⁵. Entre las diversas clases de cursos³⁶, los aspirantes a ingresar a cargos en el ramo penitenciario y carcelario deben tomar y aprobar el de formación, que se imparte en la Escuela Penitenciaria Nacional, en su sede central o en sus regionales.

2.1.7.2. El cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional es un organismo armado, de carácter civil y permanente, integrado por personal uniformado, jerarquizado, con régimen y disciplina especiales³⁷, que presta el servicio público esencial de mantener y garantizar el orden, la disciplina y los programas de resocialización en las prisiones, la custodia y vigilancia de los internos, la protección de los derechos y garantías de éstos, y asegurar el normal desarrollo de las actividades de tales establecimientos³⁸. Este cuerpo puede emplear medios coercitivos³⁹ para cumplir con sus funciones⁴⁰, entre las que se encuentran las de seguridad y policía judicial, el cuidado y vigilancia de los internos en los centros penitenciarios, en las remisiones, en diligencias judiciales, en hospitales y centros de salud. El personal de este cuerpo está compuesto por oficiales, suboficiales, dragoneantes, alumnos y bachilleres que presten su servicio militar en él⁴¹. Los oficiales son: comandante superior, mayor, capitán y teniente; los suboficiales son: inspector jefe, inspector y subinspector; los dragoneantes son: dragoneantes y distinguidos; y los alumnos y auxiliares de guardia son: alumnos aspirantes a dragoneantes y servicio militar de bachilleres⁴².

2.1.7.3. Por su especial conformación y jerarquía, en la regulación del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional la edad es un factor relevante para el ingreso, para el ascenso y para el retiro. Para el ingreso como alumno del curso de formación el alumno debe cumplir los mismos requisitos de edad previstos para ingresar al cuerpo⁴³, es decir, tener más de 18 años y menos de 25 años. Para el ascenso se requiere haber cumplido un tiempo mínimo de servicio en cada grado inferior: 3 años como dragoneante, 2 años como distinguido, y 4 años en cada uno de los grados de suboficiales y de oficiales⁴⁴. Ningún oficial o suboficial puede permanecer más de 6 años en un mismo grado. Dentro de las causales de retiro del servicio se encuentra la de sobrepasar la edad máxima para cada grado⁴⁵. La edad máxima para los oficiales es de 55 años para el comandante superior, 50 años para el mayor, 45 años para el capitán, 40 años para el teniente; para los suboficiales es de 50 años para el inspector jefe, 45 años para el inspector y 35 años para el subinspector; para los dragoneantes y distinguidos es de 50 años⁴⁶. Debe advertirse que los anteriores límites de edad máxima para retiro fueron declarados exequibles por este tribunal en la Sentencia C-108 de 1995. Esta conclusión se funda en el siguiente análisis:

2.4. Causales de retiro del servicio activo

Con respecto a los artículos 58-4, 64, 65 y 11 del Decreto Ley 407 de 1994, que consagran distintas causales de retiro aplicables a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia, como son la incapacidad profesional, el sobrepasar la edad máxima para cada grado, los motivos de inconveniencia evaluados por el Director del INPEC y la Junta de Carrera Penitenciaria y el tomar posesión de un empleo distinto al de carrera, esta Corporación considera que la falta de idoneidad de los servidores públicos, por cualquiera de las causas que la generen, es un justo motivo para retirar al empleado que no cumple o no puede cumplir eficientemente su función. La buena ejecutoria de la función pública, se repite, es de interés general, y el Estado no puede patrocinar la falta de idoneidad en el desempeño de un cargo o empleo público, ni una estabilidad carente de sustento ético y sin proyecciones hacia el fin propio de todo servicio público.

2.1.8. En este contexto, procede definir si la prohibición prevista en el artículo 2 de la Ley 931 de 2004⁴⁷, resulta o no incompatible con el numeral 2 del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994, a fin de establecer si se configura o no el fenómeno de la derogatoria tácita. Si bien la prohibición contenida en la Ley 931 de 2004 está prevista en términos tan amplios que no parecen admitir excepciones, este tribunal, al interpretarla, consideró que se trataba de una regla general e imperativa, lo que deja a salvo la posibilidad de que eventualmente existan excepciones a ella. Así, pues, se debe analizar si un régimen especial, como el que ahora se examina⁴⁸, puede o no considerarse como una excepción a dicha regla.

La especialidad del régimen de carrera del personal de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional está dada por el servicio que presta, por las funciones que cumple y por la naturaleza y conformación de este cuerpo. Se trata, como se acaba de ver, de un cuerpo armado, integrado por personal uniformado y jerarquizado, al punto de existir una serie de rangos y grados. Dentro de esta jerarquía, para muchos efectos relevantes, como el ingreso, el ascenso y el retiro, la edad es un factor determinante. Al apreciar estas características frente a otros regímenes especiales, reconocidos por la Constitución, se nota que el del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional estaría más próximo al régimen de las Fuerzas Militares o la Policía Nacional, que al de la Rama Judicial, la Contraloría General de la República o la Procuraduría General de la Nación. La exigencia de un rango de edad, en el caso *sub examine*, no obedece a la voluntad del INPEC, sino al mandato expreso del artículo 2 del Decreto Ley 407 de 1994, que regula un régimen de carrera que este tribunal ha reconocido como especial. No se trata, pues, de un reglamento que pueda ser modificado conforme al mandato del artículo 3 de la Ley 931 de 2004 y, por las circunstancias que se acaba de poner de presente, para este régimen de carrera especial la edad no es un elemento de juicio objetivamente irrelevante, como no lo es para la carrera militar o para la carrera policial.

2.1.9. Por lo tanto, este tribunal encuentra que, al ser una excepción a la regla general prevista en el artículo 2 de la Ley 931 de 2004, el artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994 está vigente y, en consecuencia, corresponde analizar su constitucionalidad.

2.2. La solicitud de conformar unidad normativa.

La ciudadana demandante solicita que se conforme unidad normativa entre la expresión demandada y algunos actos administrativos adoptados en procesos de selección concretos. Este tribunal encuentra que esto no es procedente, pues (i) la validez de unos actos administrativos concretos en modo alguno compromete o afecta la constitucionalidad de una norma de rango legal, como la que es objeto de la demanda; y (ii) este tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre la validez de dichos actos.

3. Problema jurídico.

Corresponde establecer si la expresión: “*al momento del nombramiento*”, contenida en el numeral 2 del artículo 119 del Decreto 407 de 1994, al fijar el hito temporal a partir del cual se debe establecer si la persona tiene más de 18 años y menos de 25 años, para efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos para ingresar al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, ¿vulnera el derecho fundamental a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40.7 CP) y constituye una discriminación injustificada por razón de la edad (art. 13 CP)?

Por razones metodológicas, dado que ambos cargos guardan una estrecha relación, su análisis se hará de manera conjunta.

4. Cargos: vulneración del derecho político a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40.7 CP) y posible existencia de una discriminación injustificada por razón de la edad (art. 13 CP).

4.1. Concepto de inconstitucionalidad.

Convine reiterar que la demanda *sub examine* no cuestiona, ni tiene por objeto censurar, que el numeral 2 del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994 fije, dentro de los requisitos para ingresar al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, el que el aspirante tenga entre 18 y 25 años de edad. Lo que se cuestiona es que ese requisito se verifique al momento del nombramiento, que es una vicisitud ajena a la voluntad del aspirante y que depende de circunstancias que no puede controlar. Sobre esta base se plantea dos cargos de inconstitucionalidad: (i) impedir el acceso al cargo a una persona que cumple con los requisitos de edad al momento de ingresar al curso de formación y que, en él, ha demostrado tener los méritos y las condiciones necesarias, vulnera el derecho fundamental a acceder a cargos públicos; (ii) esta restricción al acceso al cargo, que no se predica de los aspirantes que tienen semejantes méritos y condiciones, pero menor edad al momento del nombramiento, constituye una discriminación injustificada, pues si bien podría obedecer a una finalidad legítima emplea un medio inadecuado, innecesario y desproporcionado⁴⁹.

4.2. La libertad de configuración del legislador en materia de carrera administrativa. Reiteración de jurisprudencia.

4.2.1. Este tribunal ha reconocido que el legislador tiene un amplio margen de configuración para diseñar tanto el sistema de carrera administrativa como los mecanismos para valorar los méritos de los aspirantes a ingresar a ella o a ascender dentro de ella. No obstante, este margen no es ilimitado, pues debe respetar el principio constitucional de la carrera administrativa, que es asegurar que el ingreso y la permanencia en los cargos de carrera se funden exclusivamente en el mérito, por medio de procesos de selección transparentes, objetivos y no discriminatorios⁵⁰.

4.2.2. El principio constitucional de la carrera administrativa es uno de los cimientos principales de la estructura del Estado, en tanto permite realizar otros principios constitucionales como los de igualdad e imparcialidad y, al mismo tiempo, derechos fundamentales como el de todos los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos⁵¹.

4.2.3. Los límites al margen de configuración del legislador en materia de carrera administrativa, conforme al principio antedicho, están fijados por tres objetivos fundamentales: (i) la búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público, ya que la administración debe seleccionar a sus servidores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional, empleando como regla para el ingreso a la carrera administrativa el concurso de méritos; (ii) la garantía de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen el mismo derecho fundamental a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas; y (iii) la protección de los derechos reconocidos por los artículos 53 y 125 de la Constitución, pues las personas vinculadas a la carrera administrativa son titulares de unos derechos adquiridos que deben ser protegidos y respetados por el Estado⁵².

4.3. El acceso a la carrera administrativa. Reiteración de jurisprudencia.

4.3.1. En el acceso a los cargos públicos subyace un derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar en condiciones de igualdad en la conformación, ejercicio y control del poder político. Una de las formas de ejercer este derecho es participando en los procesos de selección propios de la carrera administrativa. Este tribunal ha reconocido que este derecho fundamental “*se deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, reconociendo la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, declara que pueden acceder a todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos*”⁵³.

4.3.2. El artículo 125 de la Constitución prevé, a modo de regla, que el acceso a los cargos públicos debe hacerse por medio de la carrera administrativa. El principal instrumento de selección para la carrera administrativa es el concurso público de méritos, pues lo que en verdad cuenta son los méritos y la capacidad del aspirante, que deben ser medidos y apreciados en condiciones de igualdad⁵⁴. El mérito es un elemento crucial para la carrera administrativa y para la propia Constitución, al punto de haber sido reconocido por este tribunal como parte de la premisa mayor en un juicio de sustitución de la Constitución y, por lo tanto, como un aspecto definitorio de la identidad de la Constitución, cuando declaró inexecutable en su totalidad, el Acto Legislativo 01 de 2008⁵⁵, por haber sustituido la Constitución. Como lo precisó en tal oportunidad este tribunal, “*desplazado el mérito, es obvio que también queda desplazado el concurso público que sólo tiene sentido cuando se trata de evaluar el mérito y las distintas calidades de los eventuales aspirantes*”.

4.3.3. En este contexto, para analizar el diseño específico de sistemas de carrera y de reglas de concurso, a partir de los parámetros antedichos, este tribunal ha precisado que:

(...) *los presupuestos normativos de los sistemas de concursos de la carrera administrativa estarán acordes con la Constitución: (i) si no se establece una distinción que disponga una regulación para el ascenso en la carrera y otra más restrictiva para el ingreso a la misma; (ii) si no se*

derivan de las normas que regulan la carrera, condiciones de desigualdad que impidan la determinación objetiva del mérito de cada concursante; (iii) si no se incluyen ítems de evaluación cuya aplicación proceda sólo para algunos concursantes y no para todos; (iv) si no se disponen criterios de selección que evalúen la idoneidad frente a ciertas actividades específicas o técnicas, en condiciones desiguales entre los aspirantes vinculados a la entidad y los no vinculados; (...) Una regulación normativa que genere una situación contraria a cualquiera de los supuestos anteriores es sin duda inconstitucional⁵⁶.

4.4. La igualdad como valor, principio y derecho. Reiteración de jurisprudencia.

4.4.1. La igualdad tiene un tripe rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho⁵⁷. En tanto valor, la igualdad es una norma que establece fines, dirigidos a todas las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; en tanto principio, la igualdad es una norma que establece un deber ser específico y, por tanto, se trata de una norma de mayor eficacia que debe ser aplicada de manera directa e inmediata por el legislador o por el juez⁵⁸; en tanto derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que “se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para los grupos que se encuentran en debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles⁵⁹”.

4.4.2. La igualdad aparece en varios textos constitucionales, como en el preámbulo, en los artículos 13, 42, 53, 70, 75 y 209. Esta múltiple presencia, como lo ha puesto de presente este tribunal⁶⁰, indica que la igualdad “carece de un contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional”.

4.4.3. Dado su carácter relacional, en el contexto de la acción pública de inconstitucionalidad la igualdad requiere de una comparación entre dos regímenes jurídicos. Esta comparación no se extiende a todo el contenido del régimen, sino que se centra en los aspectos que son relevantes para analizar el trato diferente y su finalidad. El análisis de la igualdad da lugar a un juicio complejo, pues involucra el examen del precepto demandado, la revisión del precepto respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado y la consideración del propio principio de igualdad. La complejidad de este juicio no puede reducirse a revisar la mera adecuación de la norma demandada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que requiere incluir también al otro régimen jurídico que hace las veces de término de la comparación. Ante tal dificultad este tribunal suele emplear herramientas metodológicas como el test de igualdad⁶¹.

4.4.4. En tanto principio, la igualdad es una norma que establece un deber ser específico, aunque su contenido puede aplicarse a múltiples ámbitos del quehacer humano, y no sólo a uno o a algunos de ellos. Este deber ser específico, en su acepción de igualdad de trato, que es la relevante para el asunto *sub examine*, comporta dos mandatos: (i) el de dar un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no haya razones suficientes para darles un trato diferente; y (ii) el de dar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes.

4.4.5. A partir del grado de semejanza o de identidad, es posible precisar los dos mandatos antedichos en cuatro mandatos más específicos aún, a saber: (i) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras.

4.5. Juicio integrado de igualdad: etapas de su análisis y modalidades del test de igualdad según su grado de intensidad. Reiteración de jurisprudencia.

4.5.1. El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución⁶².

4.5.2. El test de igualdad, que se aplica en el juicio integrado de igualdad, en su metodología busca analizar tres objetos: (i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin. Según su grado de intensidad, este test puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado a un caso *sub iudice*, este tribunal ha fijado una regla y varios criterios⁶³, como se da cuenta enseguida.

4.5.3. La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la “presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas”. El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad. El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en los cuales se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en los cuales está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente, o en los cuales, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie *prima facie* una amenaza para el derecho en cuestión.

4.5.4. Para aplicar un test estricto, que es la primera y más significativa excepción a la regla, este tribunal ha considerado que es menester que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones de discriminación en el

artículo 13 de la Constitución; o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; o que la diferenciación afecte de manera grave, *prima facie*, el goce de un derecho constitucional fundamental; o que se cree un privilegio.

4.5.5. El test estricto es el más exigente, pues busca establecer que si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

4.5.6. Entre los extremos del test leve y del test estricto está el test intermedio, que se aplica por este tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental o cuando hay un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia. Este test busca establecer que el fin sea legítimo e importante, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.

4.6. La diferencia de trato por razón de la edad como criterio semi sospechoso de discriminación. Reiteración de jurisprudencia.

4.6.1. Este tribunal ha fijado una serie de criterios para establecer la intensidad del análisis de igualdad⁶⁴. A la luz de estos criterios una diferencia de trato por razón de la edad, *prima facie*, no parece ser constitucionalmente problemática⁶⁵, por cuatro razones: (i) porque la edad no es un rasgo permanente de la persona, sino que cambia con el tiempo; (ii) no ha habido en la historia prácticas de discriminación sistemáticas basadas en la edad, como sí las ha habido por razón de la raza, del sexo o del origen nacional; (iii) la edad, dada su relación con la madurez y con la condición física, no parece ser un elemento de distinción arbitrario o caprichoso⁶⁶; (iv) ni el artículo 13 de la Constitución, ni los tratados humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, prevén a la edad como un criterio sospechoso de discriminación.

4.6.2. Si bien la edad no es un criterio sospechoso de discriminación, en algunos casos este tribunal ha constatado que existen discriminaciones por razón de la edad⁶⁷. En estos casos la diferencia de trato se funda en la circunstancia de que la persona supera una edad límite, valga decir, a pesar de tener los méritos y las calidades requeridas para un cargo o un oficio, se la discrimina por no ser suficientemente joven. Por ello, la edad tampoco puede considerarse como un criterio neutral de diferenciación.

4.6.3. En vista de las anteriores circunstancias este tribunal ha distinguido entre las exigencias de una edad mínima y las exigencias de una edad máxima, pues las primeras pueden superarse con el mero transcurso del tiempo y obedecen a la necesidad de verificar la madurez y el desarrollo físico de la persona, mientras que las segundas implican un obstáculo insuperable, pues el paso del tiempo no puede echarse atrás, ya que la superación de determinada edad es un rasgo permanente e irreversible. Por ello, su doctrina pacífica y reiterada ha sido la de que la edad, cuando se trata límites máximos, es un criterio semi sospechoso o problemático de diferenciación⁶⁸. Al tratarse de un criterio semi sospechoso, correspondería aplicar un test intermedio de igualdad⁶⁹.

4.7. Caso concreto.

4.7.1. Corresponde establecer si la expresión “*al momento del nombramiento*”, contenida en el numeral 2 del artículo 119 del Decreto 407 de 1994, que regula los requisitos para ingresar al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, desconoce el derecho fundamental a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y si constituye una discriminación injustificada por razón de la edad, al impedir que una persona que cumple con los requisitos de edad al momento de ingresar al curso de formación, y que ha demostrado tener los méritos y las condiciones necesarias, no pueda ingresar a dicho cuerpo. Para esto es preciso referirse a dos situaciones relevantes dentro de este régimen: el ingreso del aspirante seleccionado como alumno a la escuela penitenciaria nacional; y su ingreso al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional.

4.7.2.1. El artículo 121 del Decreto Ley 407 de 1994 prevé que para ingresar a la escuela penitenciaria nacional en calidad de alumno y para someterse al régimen interno del instituto, el aspirante seleccionado debe cumplir los requisitos previstos en el artículo 119 *ibídem*, valga decir, en lo relevante para este caso, que el aspirante debe tener más de 18 años y menos de 25 años de edad. El hito de “*al momento de su nombramiento*” sería inaplicable en este evento, pues el aspirante seleccionado no ha recibido ningún nombramiento, ya que su condición de estudiante en el curso de formación no es, en rigor, un cargo público, sino una etapa que hace parte del proceso de selección de este régimen de carrera.

4.7.2.2. Si bien el artículo 126 del Decreto Ley 407 de 1994 señala que el cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional también está integrado por los alumnos y los bachilleres que presten el servicio militar en la institución⁷⁰, y el artículo 127 *ibídem* prevé la categoría de “*alumnos y auxiliares de guardia*”, dentro de la cual están los “*Alumnos aspirantes a Dragoneantes*” y el “*Servicio militar de bachilleres*”, ninguno de ellos pertenece al régimen de carrera administrativa de dicho cuerpo⁷¹. Por lo tanto, el primer grado en la jerarquía, valga decir, el cargo al cual aspiran los alumnos es el de dragoneante.

4.7.2.3. Conforme a lo previsto en el artículo 96 del Decreto Ley 407 de 1994, una vez ha concluido el curso de formación, el Director del INPEC debe elaborar una lista de elegibles con base en sus resultados, siguiendo un riguroso orden de méritos. Esta lista tendrá una vigencia de un año para los empleos objeto del curso. En caso de no haber vacantes suficientes, los aspirantes que aprobaron el curso quedarán en la lista de elegibles por un término de hasta un año.

4.7.2.4. El artículo 122 del Decreto Ley 407 de 1994 dispone que si el aspirante (i) aprueba el curso en la escuela penitenciaria nacional, (ii) obtiene el certificado de aptitud médica y psicofísica, “*a solicitud de su Director, será nombrado como Dragoneante a prueba por un período de*

(1) año y prestará su servicio”, y agrega que si “al terminar el curso de formación el Dragoneante no hubiere vacante el alumno quedará en lista de elegibles hasta por el término de (12) meses, siempre y cuando mantenga las condiciones estipuladas en el artículo 119”.

4.7.2.5. Dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del período de prueba, se debe proceder a calificar a los servidores, según lo establecido en el artículo 97 del Decreto Ley 407 de 1994. Si la calificación no es satisfactoria se debe declarar insubsistente el nombramiento, luego de tramitar un proceso administrativo para tal efecto. El tiempo del período de prueba se tendrá como servicio de carrera penitenciaria para todos los efectos legales.

4.7.3. Como se puede apreciar en el anterior recuento, el requisito de tener más de 18 años y menos de 25 años, se exige en dos oportunidades diferentes a los aspirantes a desempeñar el cargo de dragoneante. La primera al momento de ingresar como alumno a la escuela penitenciaria nacional, para tomar el curso de formación⁷². La segunda al momento de nombrar al aspirante como dragoneante⁷³.

4.7.4. Entre los dos momentos antedichos hay una serie de acontecimientos que pueden ser relevantes. El primero es la duración del curso, tanto en lo que atañe a la formación propiamente dicha como a las calificaciones o evaluaciones de desempeño del alumno. El segundo es la elaboración por el Director del INPEC de la lista de elegibles. El tercero es el del nombramiento como dragoneante, que puede ocurrir pronto en el tiempo, si hay vacante en ese momento, o que puede ocurrir un tanto más tarde, hasta un año después, si no hubiere vacante.

4.7.5. En vista de estas circunstancias es posible que una persona cumpla con el precitado requisito al momento de ingresar como alumno a la escuela penitenciaria nacional, pero, por razones ajenas a su voluntad y que escapan a su control, como la no existencia de vacante o la demora en el acto de su nombramiento, ya no lo cumpla al momento de su nombramiento. Esta es la situación teórica posible en la cual se funda la demanda.

4.7.6. En el ámbito de las hipótesis posibles, que se puede plantear en el contexto normativo descrito, se encuentra una que es relevante para el caso *sub examine*. Esta hipótesis es la de una persona que ingresa como alumno de la referida escuela a los 24 años y 6 meses de edad, asiste y aprueba el curso de formación con calificaciones destacadas, ocupa uno de los primeros lugares de la lista de elegibles, pero no puede ser nombrado de manera inmediata por no haber vacante, sino que su nombramiento se hace durante el año de vigencia de la lista de elegibles, 7 meses después de la fecha de haber ingresado al curso. En esta hipótesis el aspirante cumplió con el requisito de la edad para ingresar como alumno al curso de formación, en desarrollo de él mostró y demostró sus méritos y calidades, al punto de obtener destacadas calificaciones, pero por circunstancias que no dependen de él, sino a factores externos que escapan a su control, es posible que al momento de su nombramiento tenga ya más de 25 años de edad.

4.7.7. La hipótesis antedicha revela que, como lo señala la demanda, en este caso el derecho fundamental a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas, no se vulnera por la existencia de una edad límite, sino por el la fijación de un momento o hito en el cual se verifica este requisito. En realidad, el motivo que impide el acceso al desempeño de cargos y funciones públicas en la situación hipotética en comento, no se funda en el mérito ni en las calidades del aspirante, ni siquiera en su edad, que se ajusta de manera objetiva a lo exigido para ingresar como alumno a la escuela penitenciaria nacional, sino en el hito temporal que la ley fija para establecer o verificar dicho requisito.

4.7.7.1. Si se trata de medir o valorar el mérito del aspirante, el mecanismo idóneo para tal propósito, según el diseño de esta carrera administrativa especial, es el curso de formación y los resultados del mismo. Luego, si el aspirante aprueba el curso y lo hace con calificaciones destacadas, no es posible afirmar que no tenga los méritos o las calidades requeridas para acceder al desempeño del cargo. Por lo tanto, la expresión demandada hace que a un aspirante que ha demostrado sus méritos y calidades, y que ha cumplido también con el requisito establecido para ingresar al curso de selección, no se le permita acceder al cargo correspondiente, por motivos ajenos a su mérito y que, menester es reiterarlo, escapan a su control y a su voluntad, lo cual vulnera el principio constitucional de la carrera administrativa⁷⁴.

4.7.7.2. El antedicho principio constitucional se vulnera porque la selección no se basa exclusivamente en el mérito y en la capacidad profesional del aspirante⁷⁵; porque en realidad no se garantiza una igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos que cumplen los requisitos para ser admitidos al curso de selección⁷⁶ y porque esta situación genera un grave sin sentido, pues se admite a una persona al proceso de selección, se la considera en razón de su mérito como elegible, lo que genera una expectativa legítima de ser nombrado y un derecho a ser elegido según el estricto orden descendente de la lista de elegibles, pero a la postre no se la elige porque hubo una demora en su nombramiento. Por tanto, al establecer la expresión demandada, el legislador desbordó su margen de configuración en materia de carrera administrativa.

4.7.8. La única razón por la cual en la situación *sub examine* se deja de nombrar a un aspirante que tiene derecho a ser nombrado, por haber demostrado tener los méritos y las calidades necesarias para ello, es que “al momento del nombramiento” ha superado una edad límite. Sus compañeros de curso, que también lo aprobaron con calificaciones destacadas y que están en la lista de elegibles en una posición posterior, no tienen mayores méritos o mejores calidades que las de la primera persona, diferentes a la circunstancia de ser unos días o unos meses más jóvenes, pero a la postre sí serán nombrados. Al aplicar el juicio integrado de igualdad⁷⁷ en este caso se encuentra lo siguiente:

4.7.8.1. Que los supuestos de hecho de los aspirantes que, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos para ello, ingresan a la escuela penitenciaria nacional como alumnos para el curso de formación, lo aprueban y, por ende, aparecen en la lista de elegibles, son susceptibles de compararse. Se encuentra también que los sujetos que hacen parte del *tertium comparationis* son de la misma naturaleza: ciudadanos que aspiran a acceder al desempeño del cargo de dragoneante.

4.7.8.2. Que en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales, pues a dos personas que aprueban el curso con las mismas calificaciones y se incorporan a la lista de elegibles, la ley les da un trato diferente por razón de la edad, verificada al momento del

nombramiento, de tal suerte que la más joven, por pocos días o meses, es nombrada y la más vieja no.

4.7.8.3. Que, al ser en este caso la edad un criterio semi sospechoso de discriminación⁷⁸, para averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada debe aplicarse un test intermedio de igualdad. Al aplicar este test se encuentra que:

4.7.8.3.1. El fin buscado por la medida es legítimo e importante, como lo reconoce la demandante y los intervinientes, pues por el servicio público esencial que el cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, por sus funciones, por su especial conformación y por su jerarquía⁷⁹, se debe seleccionar a los mejores y más capaces de los aspirantes a tales cargos y, dadas estas características especiales de la carrera, a las que debe agregarse la existencia de edades de retiro forzoso que van de los 55 años a los 35 años⁸⁰, exigir una especial condición física y una edad a los aspirantes, se enmarca dentro de este fin.

4.7.8.3.2. El medio elegido para realizar este fin: exigir dos veces en momentos diferentes del tiempo el mismo requisito de edad⁸¹, tanto para ingresar como alumno al curso de formación como para ser nombrado como dragoneante⁸², no parece ser adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin. No es adecuado porque al haberse verificado el requisito de la edad al momento en el cual el aspirante ingresa como alumno al curso de formación, ya se satisface la exigencia de seleccionar a los mejores y más capaces aspirantes a tales cargos, al menos desde el punto de vista cronológico. Tampoco es conducente, porque si, entre otras razones por cumplir con el requisito de la edad, el aspirante es admitido como alumno y demuestra tener los méritos y calidades exigidos para acceder al desempeño del cargo, el que al momento de nombrarlo tenga unos días o meses por encima de los 25 años, no descalifica dichos méritos y calidades, ni hace de él un aspirante peor o menos capaz. Para garantizar la selección de los mejores y más capaces, en este caso, es suficiente con verificar la edad de los aspirantes al momento de su ingreso como alumnos al curso de formación, pues hacerlo, como lo prevé la expresión demandada "*al momento de su nombramiento*", no es ni adecuado ni conducente para alcanzar el fin propuesto y sí constituye, por el contrario, una discriminación injustificada al aspirante que ha cumplido con los requisitos de esta carrera especial y ha demostrado en el proceso de selección sus méritos y calidades.

III. CONCLUSIONES.

1. La demanda. La Corte decide si la expresión: "*al momento del nombramiento*", contenida en el numeral 2 del artículo 119 del Decreto 407 de 1994, al fijar el momento a partir del cual se debe establecer si la persona tiene más de 18 años y menos de 25 años, para efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos para ingresar al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, ¿vulnera el derecho fundamental a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40.7 CP) y constituye una discriminación injustificada por razón de la edad (art. 13 CP)?

2. Vigencia de la norma demandada. Como cuestiones preliminares, se verificó (i) que el numeral 2 del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994 está vigente, al no haber sido objeto de derogatoria tácita por el artículo 2 de la Ley 931 de 2004, en razón de la especialidad del régimen de carrera del personal de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional⁸³, y (ii) que en este caso no se requiere conformar unidad normativa⁸⁴.

3. Examen material. En el análisis conjunto de los dos cargos planteados en la demanda se estudió (i) la libertad de configuración del legislador en materia de carrera administrativa; (ii) el acceso a la carrera administrativa; (iii) la igualdad como valor, principio y derecho; (iv) el juicio integrado de igualdad, las etapas de su análisis y las modalidades del test de igualdad según su grado de intensidad; y (v) la diferencia de trato por razón de la edad como criterio semi sospechoso de discriminación. A partir de estos parámetros se descendió al caso concreto, para examinar la expresión "*al momento del nombramiento*", contenida en el numeral 2 del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994.

4. Decisión. Encontró la Corte que la expresión "*al momento del nombramiento*" es inexecutable, por lo siguiente: (i) se vulnera el principio constitucional de la carrera administrativa al impedirle al ciudadano el acceso al desempeño del cargo de dragoneante por motivos ajenos al mérito y a las calidades del aspirante, en atención a circunstancias que escapan a su control y a su voluntad (CP 40.7 y 125); (ii) constituye una discriminación injustificada, dado que si bien persigue un fin legítimo e importante, emplea un medio que no es adecuado ni conducente para alcanzarlo, como se deduce tras realizar el juicio integrado de igualdad y, en especial, de aplicar un test intermedio de igualdad (CP 13).

5. Razones de la decisión. (i) El régimen especial de carrera del personal de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, por el servicio público esencial que presta, por las funciones que cumple y por ser un organismo armado, integrado por personal uniformado, jerarquizado, con un régimen y disciplina especiales, se enmarca dentro de las excepciones a la prohibición prevista, a modo de regla, por el artículo 2 de la Ley 931 de 2004. (ii) Exigir de un aspirante que ha superado el proceso de selección previsto en un régimen de carrera especial, tener entre 18 y 25 años al momento de su nombramiento, cuando este requisito ya se ha verificado en un momento anterior de dicho proceso, vulnera el principio de la carrera administrativa y constituye una discriminación injustificada.

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar INEXEQUIBLE la expresión "*al momento del nombramiento*", contenida en el numeral 2 del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

PRESIDENTE

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

MAGISTRADA

AUSENTE CON EXCUSA

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

MAGISTRADO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA M.

MAGISTRADO

AUSENTE CON PERMISO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

MAGISTRADO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

MAGISTRADA

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

SECRETARIO GENERAL

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. (i) Se fundamentan en rasgos permanentes y connaturales de las personas, de los cuales no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad o libre desarrollo. (ii) Históricamente han sido sometidos a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlos y/o segregarlos. (iii) No constituyen, *per se*, razonamientos con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. (iv) Cuando se acude a ellas para establecer diferencias en el trato, salvo la existencia de una justificación objetiva y razonable se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad.

2. ARTÍCULO 113. SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL Y MISION. El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional cumple un servicio público esencial a cargo del Estado, cuya misión es la de mantener y garantizar el orden, la seguridad, la disciplina y los programas de resocialización en los centros de reclusión, la custodia y vigilancia de los internos, la protección de sus derechos fundamentales y otras garantías consagradas en la Constitución Política, en pactos, tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Colombia y en general asegurar el normal desarrollo de las actividades en los centros de reclusión.

ARTÍCULO 114. EMPLEO DE LOS MEDIOS COERCITIVOS. En casos necesarios, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional emplearán sólo medios coercitivos autorizados por la ley o reglamento, pero escogerán siempre, entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y a sus bienes. Tales medios se utilizarán con racionalidad y únicamente por el tiempo indispensable para el restablecimiento del orden.

ARTÍCULO 115. PROFESIONALISMO. La actividad del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional está regulada por leyes, decretos, reglamentos y disposiciones especiales que le imponen la naturaleza de una profesión.

Sus servidores deberán recibir una educación integral, aprobar los cursos señalados por las leyes y reglamentos y además, estar identificados con el alto concepto de sus funciones.

3. También se alude a la Sentencia 75 del 3 de agosto 1983.

4. Cfr. Sentencias C-828 de 2001, C-992 de 2004 y C-823 de 2006.

5. Cfr. Sentencias C-505 de 1995, C-898 de 2009.

6. Cfr. Sentencias C-443 de 1997, C-159 de 2004, C-775 de 2010, C-901 de 2011.

7. Cfr. Sentencias C-145 de 1994, C-443 de 1997, C-159 de 2004, C-901 de 2011.

8. Sentencia C-443 de 1997.

9. Cfr. Artículo 71 del Código Civil, Artículo 3 de la Ley 153 de 1887, Sentencias C-159 de 2004, C-823 de 2006, C-898 de 2009, C-775 de 2010, C-901 de 2011.

10. Sentencia C-159 de 2004.

11. Cfr. Artículos 71 y 72 del Código Civil, Artículo 3 de la Ley 153 de 1887, Sentencias C-159 de 2004, C-823 de 2006 y C-775 de 2010.

12. Cfr. Sentencias C-159 de 2004, C-775 de 2010.

13. Sentencia C-159 de 2004.

14. Cfr. Artículo 3 de la Ley 153 de 1887, Sentencias C-558 y C-634 de 1996, C-328 y C-329 de 2001, C-653 de 2003, C-159 de 2004, C-823 de 2006 y C-898 de 2009.

15. Cfr. Sentencias C-634 de 1996, C-745 de 1999, C-1144 de 2000, C-294, C-328 y C-1066 de 2001, C-1067 de 2008 y C-898 de 2009.
16. Sentencia C-775 de 2010.
17. Cfr. Sentencias C-397 y C-505 de 1995, C-1144 de 2000, C-801 y C-1067 de 2008, C-309, C-714 y C-898 de 2009 y C-775 de 2010.
18. Cfr. Sentencias C-714 y C-898 de 2009.
19. Cfr. Sentencias C-489 de 2000 y C-898 de 2009.
20. Cfr. Sentencias C-1081 de 2002 y C-898 de 2009.
21. ARTÍCULO 1º. *Objetivo*. La presente ley tiene por objeto la protección especial por parte del Estado de los derechos que tienen los ciudadanos a ser tratados en condiciones de igualdad, sin que puedan ser discriminados en razón de su edad para acceder al trabajo.
22. Artículo 4 de la Ley 931 de 2004.
23. El artículo 4º de la Ley 931 de 2004 dispone que "a partir de la vigencia de la presente ley, los reglamentos que contemplen restricciones de edad para acceder a un cargo o empleo o un trabajo deberán ser modificados, con el propósito de eliminar esta o cualquier otra limitante que no garantice condiciones de equidad, razones que deberán ser promovidas entre todos los trabajadores. De igual forma, las convocatorias públicas o privadas no podrán contemplar limitantes de edad, sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión u opinión política o filosófica".
- Para garantizar el cumplimiento de esa obligación, el artículo 5º de la misma ley encomienda al "Ministerio de la Protección Social ejercer la vigilancia y sancionar a quienes violen las presentes disposiciones, con multas sucesivas equivalentes a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, a través de la jurisdicción laboral y mediante procesos sumarios, con las garantías de la ley".
24. La sentencia C-481 de 1998 definió los criterios sospechosos de discriminación como aquellas categorías que "(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales".
25. Cfr. Sentencias C-507 de 1995 y C-099 de 2007.
26. Cfr. Sentencias C-391 de 1993 y C-356 de 1994.
27. Cfr. Sentencia C-507 de 1995.
28. *Ibidem*.
29. *Ibid.*
30. Artículo 10 del Decreto Ley 407 de 1994
31. Artículos 12 y 76 del Decreto Ley 407 de 1994.
32. Artículo 78 del Decreto Ley 407 de 1994.
33. Artículo 80 del Decreto Ley 407 de 1994.
34. Artículo 87 del Decreto Ley 407 de 1994.
35. Artículo 88 del Decreto Ley 407 de 1994.
36. Artículo 93 del Decreto Ley 407 de 1994.
37. Artículo 117 del Decreto Ley 407 de 1994.
38. Artículo 113 del Decreto Ley 407 de 1994.
39. Artículo 114 del Decreto Ley 407 de 1994.
40. Artículo 118 del Decreto Ley 407 de 1994.
41. Artículo 126 del Decreto Ley 407 de 1994.

42. Artículo 127 del Decreto Ley 407 de 1994.
43. Artículo 121 del Decreto Ley 407 de 1994.
44. Artículo 146 del Decreto Ley 407 de 1994.
45. Artículo 49 del Decreto Ley 407 de 1994.
46. Artículo 64 del Decreto Ley 407 de 1994.
47. Supra II, 2.1.5. y 2.1.6.
48. Supra II, 2.1.7.
49. Supra I, 2.
50. Cfr. Sentencias C-110 de 1999, C-486 y C-563 de 2000, C-773, C-1122, C-1173 y C-1230 de 2005, C-753 de 2008, C-901 de 2008, C-640 de 2012 y C-288 de 2014.
51. Cfr. Sentencias C-563 de 2000, C-588 de 2009 y C-640 de 2012.
52. Cfr. Sentencias T-419 y C-479 de 1992, C-292 de 2001, C-517 de 2002, C-1230 de 2005, C-753 de 2008, C-640 de 2012 y C-288 de 2014.
53. Cfr. Sentencia 901 de 2008.
54. Cfr. Sentencias C-555 de 1994, C-507 de 1997, SU-250 de 1998 y C-741 de 1998, C-153 y C-155 de 1999, C-647 de 2000, C-292 y C-973 de 2001, C-421 de 2006, C-211 y C-1040 de 2007, C-901 de 2008, C-588 de 2009 y C-640 de 2012.
55. Cfr. Sentencia C-588 de 2009.
56. Sentencias C-1262 de 2005, C-211 de 2007, C-901 de 2008 y C-640 de 2012.
57. Sobre la diferencia entre valor, principio y derecho, ver las Sentencias T-406 de 1992, T-881 de 2002, C-818 de 2010, C-250 de 2012, C-239 y C-240 de 2014.
58. Cfr. Sentencias C-862 de 2008, C-818 de 2010, C-250 de 2012 y C-015 de 2014.
59. Cfr. Sentencia C-862 de 2008.
60. Cfr. Sentencias C-818 de 2010 y C-250 de 2012.v
61. Cfr. Sentencia C-093 de 2001.
62. Cfr. Sentencias C-093 y C-673 de 2001, C-862 de 2008, C-015, C-239 y C-240 de 2014.
63. Cfr. Sentencia C-093 de 2001.
64. Cfr. Sentencias T-230 de 1994, C-445 de 1995, C-309 de 1997, C-183 y C-481 de 1998, C-112 de 2000, C-093 de 2001.
65. Cfr. Sentencia C-093 de 2001.
66. Cfr. Sentencias C-351 de 1995, T-395 y C-563 de 1997, SU-642 y C-676 de 1998 y SU-337 de 1999.
67. Cfr. Sentencias C-071 de 1993, SU-224 de 1998, T-394 de 1999.
68. Cfr. Sentencias C-093 de 2001, T-360 de 2002, C-227 de 2004, T-564 de 2008, T-698 de 2012, C-131 de 2014.
69. Cfr. Sentencias C-093 de 2001.
70. Supra II, 2.1.7.2.
71. Ídem.
72. Supra II, 4.7.2.1.
73. Supra II, 4.7.2.4.

74. Supra II, 4.2.

75. Supra II, 4.2.3., 4.3.2. y 4.3.3.

76. Supra II, 4.2.3.

77. Supra II, 4.5.

78. Supra II, 4.6.

79. Supra II, 2.7.1.2. y 2.1.7.3.

80. Supra II, 2.1.7.3.

81. Supra II, 4.7.3.

82. Supra II, 4.7.4.

83. Supra II, 2.1.8.

84. Supra II, 2.2.

Fecha y hora de creación: 2024-11-25 11:00:10