

Bogotá, D.C., 1 de julio de 2014

Señores

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

REF: Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 2° (parcial) del art. 119 del Decreto 407 de 1994.
Demandante: Nohora Stella Benavides Plazas y otros.
Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.
Expediente No. D-10210.
Concepto No. 5790

De conformidad con lo previsto en los artículos 242, numeral 2°, y 278, numeral 5°, de la Constitución Política, procedo a rendir concepto en relación con la demanda que, en ejercicio de la acción pública prevista en los artículos 40, numeral 6 y 242, numeral 1° de la Carta, instauraron los ciudadanos Nohora Stella Benavides Plazas y otros contra el numeral 2 (parcial) del artículo 119 del Decreto 407 de 1994, cuyo texto se resalta a continuación (con lo demandado en negrillas):

“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.

[...]

TITULO 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.*
- 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.*

Concepto No. 5790

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.

1. Planteamientos de la demanda

Los accionantes solicitan se declare la inexecutable de la expresión “*al momento de su nombramiento*”, consagrada en el numeral segundo del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994.

Así mismo, le piden a la Corte Constitucional que se pronuncie sobre la validez de los actos administrativos que son adoptados en los procesos de selección respectivos, pues al establecer como condición de nombramiento ser menor de 25 años “*devienen claramente ilegales por cuanto van más allá de la situación que pretenden reglamentar, a saber el concurso de méritos para ingresar al curso de formación*”. Al respecto cabe precisar que, al no ser la Corte Constitucional competente para decidir sobre la validez de actos administrativos, lo cual le corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Ministerio Público solo examinará los cargos esgrimidos contra el Decreto Ley 407 de 1994.

Para justificar sus pretensiones, en primer lugar señalan que la disposición acusada vulnera el artículo 40 superior, pues entienden que si bien la fijación de la edad como requisito para acceder al cargo de dragoneante puede justificarse teniendo en cuenta las funciones del mismo, en todo caso no puede establecerse como condición para el nombramiento en dicho cargo tener menos de veinticinco años, cuando ya se han agotado todas las etapas para ingresar al curso de la Escuela Penitenciaria Nacional, curso que también es una condición para el nombramiento. Es decir, habiéndose demostrado el mérito para ejercer el cargo mediante la superación de las pruebas que conforman el proceso de selección, consideran que no podía el Presidente de la República, fijar como circunstancia necesaria para el

Concepto No. 5790

nombramiento el que el aspirante no haya llegado a la edad de veinticinco años, sin desconocer la autorización del Congreso.

En este orden, aducen que la disposición acusada, por un lado, riñe con el principio democrático, pues excluye sin justificación alguna a las personas que están por fuera del límite de edad establecido en ella de la posibilidad de acceder a dicho cargo por circunstancias diferentes al mérito y, por el otro, vulnera el artículo 1° superior, según el cual Colombia es un Estado social de Derecho, democrático, participativo y pluralista (art. 1 C.P.), así como desconoce los fines esenciales del Estado establecidos en el artículo 2° Superior, tales como el de garantizar la efectividad de los derechos de las personas y, fundamentalmente, el derecho de participación.

Así mismo, los actores estiman que la expresión demandada vulnera el principio-derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 13 constitucional, por cuanto en este caso el límite de edad, como condición necesaria para el nombramiento en el cargo, no es un medio adecuado para lograr el fin perseguido por la norma, pues excluye a las personas que han superados las pruebas de selección por mérito, como tampoco es un medio necesario para ello, toda vez que existen otros mecanismos alternativos, tal como dicho proceso de selección, que permiten alcanzar el objetivo propuesto sin restringir el derecho de acceso a las cargos públicos.

Finalmente, señalan que la expresión cuya constitucionalidad se cuestiona tampoco es proporcionada si se tiene en cuenta que afecta los derechos a la igualdad y al acceso a cargos públicos, así como los principios de igualdad e imparcialidad que deben gobernar la función pública.

2. Problema jurídico

De acuerdo con la demanda arriba resumida, el Jefe del Ministerio Público considera que en el presente proceso corresponde establecer si la disposición

Concepto No. 5790

acusada, al determinar que es preciso tener menos de veinticinco años para ser nombrado en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, vulnera los derechos a la igualdad y a acceder a cargos públicos, reconocidos en los artículos 13 y 40.7 de la Carta Política y, en consecuencia, los artículos 1° y 2° Superiores.

3. Análisis de constitucionalidad

De la lectura detenida de la demanda se desprende que los cargos de inconstitucionalidad que se formulan contra la expresión demandada sugieren que ésta implica una desigualdad de trato (art. 13 C.P.) y, como consecuencia de ello, una violación al derecho al acceso a cargos públicos (art. 40, numeral 7° de la C.P.).

Siguiendo la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-408-01, M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras), para resolver el problema jurídico planteado es preciso tener en cuenta tres aspectos: (i) la libertad de configuración del legislador en el establecimiento de los requisitos para el acceso a los cargos públicos; (ii) el equilibrio que debe existir entre el derecho a la igualdad y la fijación de tales requisitos; y (iii) la razonabilidad de la determinación de la edad máxima como requisito.

En relación con el primer aspecto, hay que señalar que la determinación de los requisitos para el desempeño de cargos públicos que no hayan sido establecidos directamente por el Constituyente corresponde al Legislador, cuya libertad de configuración sobre tales elementos es muy amplia, aunque está limitada por los principios de proporcionalidad, racionalidad e igualdad, así como por aquellos que gobiernan la administración pública y que tienen por objeto el nombramiento de personal adecuado y apropiado para el ejercicio de los cargos públicos.

Concepto No. 5790

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la Sentencia C-408-01 (M.P. Jaime Araujo Rentería) señaló lo siguiente:

“Con excepción de los empleos respecto de los cuales el mismo constituyente ha señalado los requisitos y calidades que deben reunir los aspirantes a ocuparlos que, generalmente son los más altos cargos del Estado, corresponde al Congreso establecerlos por medio de ley, sea cual fuere la clase o el nivel del empleo, esto es, de carrera, de libre nombramiento y remoción, o de concurso público. Sin embargo, en desarrollo de esa potestad el legislador no cuenta con una libertad absoluta, pues al determinar tales condiciones debe respetar la Constitución y, por consiguiente, no puede crear exigencias irrazonables o desproporcionadas que impidan ejercer el derecho de acceso a los cargos públicos”.

Frente al equilibrio que debe existir entre el derecho a la igualdad para acceder a los cargos públicos y los requisitos establecidos para ello con el objeto de lograr la realización de los fines de la administración pública, la Corte Constitucional en la Sentencia C-100-04 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) señaló que *“en tratándose del acceso a los cargos públicos, el legislador debe propender - en esencia- por el equilibrio entre dos principios de la función pública, a saber: (i) El derecho de igualdad de oportunidades que tienen todos los ciudadanos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas y; (ii) la búsqueda de la eficiencia y eficacia en la Administración, mediante mecanismos que permitan seleccionar aquellos trabajadores que, por su mérito y capacidad profesional, resulten los más idóneos para cumplir con las funciones y responsabilidades inherentes al cargo”.*

En cuanto a la validez de la edad como requisito para acceder a cargos públicos, esa misma Corporación, entre otras en la Sentencia C-452-05 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) concluyó que es razonable la fijación de una edad mínima o máxima para acceder a determinados cargos o beneficios. Lo anterior, por cuanto advirtió que la edad constituye un factor necesario para acceder a determinados cargos públicos, concursos, convocatorias y para ejercer el derecho al voto, entre otros derechos, sin que ello implique discriminación alguna, pues por el contrario, es un elemento primordial para determinar la madurez, experiencia y responsabilidad de los ciudadanos.

Concepto No. 5790

Sin embargo, en la misma sentencia, la Corte señaló que la edad puede constituir un criterio semi-sospechoso cuando se convierte en un factor inmodificable del sujeto. Al respecto ha dicho el Tribunal Constitucional que *“deben ser consideradas problemáticas o semi-sospechosas las categorías de diferenciación con base en la edad que establecen límites máximos a partir de los cuales una persona es excluida de una cierta actividad o de un determinado beneficio”* (Sentencia T-360 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, subrayado fuera del texto). No obstante, a juicio de la Corte, esto último solo sucede cuando se está frente a una edad límite máxima, toda vez que una vez alcanzada la edad es imposible volver atrás, lo cual hace asimilable el criterio de la edad a los tradicionalmente considerados sospechosos por razón de su inmodificabilidad. Diferente, en cambio, es la fijación de una edad mínima porque el requisito no es imposible de alcanzar y, a menos que termine la vida, éste será necesariamente cumplido. En efecto, todas las personas se encuentran, potencialmente, en condiciones de llegar a la edad requerida.

Al respecto, dijo la Corte en la Sentencia C-093-01 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) lo siguiente:

“Una diferenciación con fundamento en la edad, no puede ser tachada como sospechosa de discriminación cuando se establecen mínimos para el ejercicio de una actividad. En cambio, ella se torna más problemática si fija topes (máximos) a partir de los cuales no podrá ejercerse una actividad, sencillamente porque la edad se convierte ahora en rasgo permanente de la persona y del cual no podrá prescindir voluntariamente. Cuando la ley establece requisitos mínimos para realizar una labor o recibir un beneficio, esa regulación está sujeta a un juicio de igualdad dúctil, mientras que deben ser consideradas problemáticas o semi-sospechosas aquellas normas que establecen límites máximos a partir de los cuales una persona es excluida de una cierta actividad o de un determinado beneficio. Estas últimas regulaciones están entonces sujetas a un escrutinio de igualdad intermedio”.

En el caso que nos ocupa los actores plantean un trato discriminatorio entre las personas que a pesar de reunir los demás requisitos para para acceder al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional tienen 25 años o más al momento del nombramiento, en comparación con aquellos

Concepto No. 5790

individuos que también han cumplido con todas las condiciones para pertenecer a dicho Cuerpo y que además cumplen con el requisito de edad.

Por esta razón, para determinar si se ha vulnerado el derecho a la igualdad del primer grupo de personas citado, esta Vista Fiscal realizará un juicio intermedio de igualdad, siguiendo los pasos señalados por la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-093-01, M.P. Alejandro Martínez Caballero), así: (i) que el trato diferenciado persiga un fin legítimo y constitucionalmente importante; (ii) que el medio escogido sea legítimo frente a la Constitución y efectivamente conducente para alcanzar el fin perseguido; y (iii) que la medida sea proporcionada, es decir que no implique el sacrificio de fines constitucionales de mayor jerarquía.

Para esta Jefatura la disposición acusada persigue un fin legítimo y constitucionalmente importante, cual es 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, para lo cual la edad cobra gran importancia, pues 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.

Así mismo, el medio escogido en este caso es legítimo frente a la Constitución y efectivamente es conducente para alcanzar el fin perseguido, que no es otro que garantizar el control efectivo sobre la población privada de la libertad, así como el cumplimiento de las medidas impuestas por la autoridad judicial. De conformidad con lo señalado en el párrafo anterior, la fijación de una edad máxima en estos casos es un medio que no riñe con el ordenamiento superior, pues permite al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC o a la entidad que haga sus veces, cumplir con la misión institucional

Concepto No. 5790

relacionada con la ejecución de la pena y la privación de la libertad dentro del marco de los derechos humanos.

De igual manera, 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.

Así las cosas, en este caso concreto la edad se convierte en un requisito indispensable para ser nombrado en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia, por lo tanto, no es suficiente que se hayan superado las pruebas intelectuales relativas al mérito, sino que además de ellas es preciso cumplir con otras condiciones de carácter personal o social, tales como contar con excelentes antecedentes morales, personales y familiares.

Igual que en Colombia, en el derecho comparado Iberoamericano, la edad máxima para desempeñar ciertas funciones puede limitarse, por ejemplo, vale mencionar la Sentencia STS del 21 de marzo de 2011 (RC 626/2009), a través de la cual el Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso Administrativo, se refirió a la edad máxima para acceder a un empleo de la siguiente manera:

*“A la hora de decidir si la edad máxima de treinta años para el acceso por el turno libre a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía es conforme a ese canon de constitucionalidad, hemos de tener presente que, ciertamente, **por la naturaleza de las funciones a desempeñar en un cuerpo o escala puede ser preciso que quienes se integran en ellas no superen una edad que les haga inadecuados para cumplirlas.***

Del mismo modo, no ha de excluirse que por la configuración de esos Cuerpos y Escalas o por las características de la organización en la que se encuadren, deba limitarse esa edad máxima de ingreso para permitir que el desarrollo de la carrera administrativa de los funcionarios se concilie con las relaciones dispuestas entre los diferentes cuerpos y escalas.

Concepto No. 5790

O que sea imprescindible limitarla para hacer posible que quienes ingresen en la función pública alcancen la formación necesaria para el eficaz cumplimiento de las tareas correspondientes” (Negrillas fuera del texto).

En el mismo sentido, en otra ocasión el pleno del Tribunal Constitucional Español sostuvo:

*“Para analizar correctamente la constitucionalidad del precepto cuestionado sea menester precisar que la prohibición de discriminación [...] y concretamente en cuanto al acceso y a la permanencia en los cargos y en las funciones públicas [...] responde a uno de los valores superiores que según la Constitución han de inspirar el ordenamiento jurídico español, el valor de la igualdad [...]. El derecho a la Igualdad tiene así un carácter general que comprende los servidores públicos y actúa, en el acceso a la función pública, y a lo largo de la duración de la relación funcional, ni modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública [...]. **Pero sería equivocado inferir de aquí que todo funcionario, desde el momento del acceso a la función pública y en tanto no se haya operado la extinción conectada a la edad de jubilación, tiene abiertas cualquiera que sea su edad, las posibilidades de ocupar cualquier puesto de la organización pública, pues, por el contrario, en cuanto la edad es en sí un elemento diferenciador, será legítima una decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador y a las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos”**¹ (negrillas y subrayas fuera de texto).*

Así las cosas, hay que concluir que los cargos presentados por los demandantes no tienen vocación de prosperidad, razón por la cual se solicitará a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad de la expresión “*al momento de su nombramiento*”, consagrada en el numeral 2 del artículo 119 del Decreto 407 de 1994.

¹ Sentencia número 75/1983 de 3 agosto, 22275 PLENO. Cuestión de inconstitucionalidad número 44/82.

Concepto No. 5790

5. Conclusión

En mérito de lo expuesto, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*al momento de su nombramiento*”, contenida en el numeral 2° del artículo 119 del Decreto 407 de 1994, por los aspectos aquí analizados.

De los Señores Magistrados,

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

ABG/MLOvalleB