

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
VICERRECTORÍA ACADÉMICA
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES
FACULTAD DE POSTGRADOS

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

**RESTRICCIONES DE EDAD PARA EL INGRESO AL CUERPO DE CUSTODIA Y
VIGILANCIA EN EL INPEC**

**Línea de investigación. DERECHO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRACIÓN DE
JUSTICIA Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

Presentado por: NELSON ENRIQUE BARRERA MORALES
HUGO DARIO BELTRAN ROZO
FABIO CARDENAS ORTIZ

Presentado a: Dr. JOSE IGNACIO GONZALEZ
Docente de Fundamentos de Investigación

BOGOTÁ, D.C COLOMBIA

2016

CONTENIDO

RESUMEN	4
ABSTRACT	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.	9
1.1. TÍTULO DEL PROYECTO	9
1.2. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN.	9
1.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	9
1.4. PREGUNTA PROBLEMA	14
1.5. HIPÓTESIS	14
1.6. OBJETIVOS	15
<i>1.6.1 Objetivo General:</i>	<i>15</i>
<i>1.6.2. Objetivos Específicos:</i>	<i>15</i>
1.7. JUSTIFICACIÓN	16
1.8. MARCOS DE REFERENCIA	19
<i>1.8.1. Antecedentes generales</i>	<i>19</i>
<i>1.8.2. Marco Conceptual</i>	<i>24</i>
<i>1.8.3 Marco Teórico</i>	<i>31</i>
<i>1.8.4. Marco Histórico</i>	<i>36</i>
<i>1.8.5. Marco Jurídico</i>	<i>38</i>
1.9. DISEÑO METODOLÓGICO	38

1.10. RESULTADOS ESPERADOS.....	39
CAPÍTULO 2. CARRERA ADMINISTRATIVA EN EL INPEC.....	41
2.1. ¿QUÉ ES EL INPEC?	41
2.2. POLÍTICA PENITENCIARIA Y CARCELARIA EN COLOMBIA.....	44
2.3. VINCULACIÓN LABORAL AL INPEC.	49
2.4. RÉGIMEN LABORAL EN EL INPEC.....	56
2.5. REQUISITOS Y FUNCIONES PARA EL CARGO DE DRAGONEANTE DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA.	61
CAPÍTULO 3. PERTINENCIA DE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	69
3.1. ANÁLISIS DE LA LEY 931 DE 2004.	69
3.2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-811 DE 2014.....	71
3.3. COSA JUZGADA.	74
3.4. DERECHO AL TRABAJO Y DERECHO A LA IGUALDAD.....	80
<i>3.4.1. Derecho a la Igualdad.....</i>	<i>80</i>
<i>3.4.2. Derecho al Trabajo.....</i>	<i>85</i>
3.5. MADUREZ EN LA EDAD	87
3.6. CONTRADICCIONES ENTRE EL DECRETO 407 DE 1994 Y LA LEY 931 DE 2004.....	91
CONCLUSIONES	93
REFERENCIAS	96

Resumen

El presente trabajo analiza la constitucionalidad del Decreto ley 407 de 1994, el cual contempla dentro de sus requisitos, limitantes en la edad para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, aun cuando con la ley 931 de 2004 se ordenó evitar toda forma de discriminación, principalmente en cuanto a la edad. Se enmarca en un tipo de investigación básica, aplicada y experimental. Debido a que se pretende adquirir un nuevo conocimiento que será aplicado en la vida profesional de los investigadores, descubriendo factores que pueden afectar o que son de aplicabilidad, ya que van en contravía de la misma Constitución Política Nacional. Dentro de los resultados obtenidos, se hace una exhaustiva comparación de leyes, jurisprudencia e incluso análisis de la misma Constitución Política Nacional, para así llegar a una conclusión que permita inferir la inconstitucionalidad de la norma analizada (Decreto Ley 407 de 1994 Artículo 119 numeral 2), ya que vulnera derechos fundamentales como lo son el derecho al trabajo, a no ser discriminado por razones de sexo, edad, color y raza entre otros.

Palabras claves: inconstitucionalidad, discriminación en razón de edad, INPEC, Derecho al trabajo, Derecho a la igualdad.

Abstract

This paper analyzes the constitutionality of Decree Law 407 of 1994, which contemplates within its requirements, age limits to join the Corps of Custody and Surveillance of the National Penitentiary and Prison Institute (INPEC), even though with Law 931 of 2004 was ordered to avoid all forms of discrimination, mainly in terms of age. It is part of a kind of basic, applied and experimental research. Because it pretends to acquire a new knowledge to apply in the professional life of researchers, discovering factors that may affect or perform an important role in their professional field, since they act against the Constitution National Policy itself. Within the results obtained, this research developed an exhaustive comparison of laws, jurisprudence and even analysis of the same National Political Constitution. This, in order to get the conclusion of the unconstitutionality of the analyzed norm (Decree Law 407 of 1994 Article 119 numeral 2), As it violates fundamental rights such as the right to work, not to be discriminated against on grounds of sex, age, color and race, among others.

Key words: unconstitutionality, discrimination based on age, INPEC, Right to work, Right to equality.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con lo señalado en el artículo 2º de la Constitución Política de Colombia, Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (Constitución Política, 1991, art. 2). Para cumplir con estos fines, la ley faculta al Estado de poderes especiales para llevar a cabo actividades administrativas, económicas, políticas o jurídicas, entre otras, que permitan soportar su gestión.

Una de estas actividades es la contratación o vinculación laboral de servidores públicos o trabajadores oficiales, las cuales, a pesar de los intentos por mantenerse blindadas de la corrupción, vicios o irregularidades, siempre tienden a ver afectada su naturaleza y a generar conflictos que perturban significativamente el cumplimiento de las funciones estatales.

Es el caso del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), entidad pública adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, responsable de la custodia y garante del cumplimiento de las medidas de seguridad impuestas por autoridad competente a las personas sentenciadas por la comisión de actos delictivos en el país.

Dicha entidad, en el marco del cumplimiento de sus funciones, ha reglamentado la vinculación del personal de Custodia y Vigilancia (guardianes) mediante el Decreto ley 407 de 1994, el cual establece los criterios de vinculación y, así mismo, una serie de grados (Dragoneantes, Distinguidos, Inspectores, Inspectores Jefes, Tenientes,

Capitanes, Mayores y Comandante Superior) como requisito para el ingreso al cuerpo de Custodia.

Esta situación no sería preocupante, sino evidenciara en sí misma una violación a la Carta Política, al vulnerar derechos fundamentales de los aspirantes a ocupar los cargos públicos en esta entidad, como lo son la igualdad y el derecho al trabajo. Esta situación, a todas luces inconstitucional, requiere una revisión y el establecimiento de nuevos parámetros para garantizar transparencia y equidad, en el ejercicio de esta función del Estado.

Es así como, en esta investigación, se abordan elementos de análisis jurídico, fáctico y legal, que permiten comprender la realidad que encierra la expedición de este Decreto, así como demostrar su carácter inconstitucional, para recomendar medidas que abran la puerta a procesos más justos y transparentes dentro de la vinculación laboral dentro de la entidad.

En ese orden de ideas, el primer capítulo: *Antecedentes de la investigación*, se plantea la problemática que dio origen a la investigación, las hipótesis que se pretenden despejar, los objetivos de la misma y los marcos que delimitan el objeto de estudio, tanto en el aspecto histórico, como el teórico, jurídico, conceptual y se establece un Estado del Arte de las investigaciones relacionadas con el tema.

En el segundo capítulo: *Carrera administrativa en el INPEC*, se estipulan las características de la función administrativa del INPEC. En este apartado se describen, en detalle, las políticas y normatividades relacionadas con el régimen laboral, la política penitenciaria y carcelaria en Colombia, así como los requisitos y funciones del cargo de

dragoneante, cuya forma de vinculación, determinada por el Decreto ley 407 de 1994 constituye la base del debate en el presente trabajo de investigación.

Finalmente, el tercer capítulo: *pertinencia de la acción de inconstitucionalidad* abre la discusión sobre los desafueros que revisten el Decreto ley 407 de 1994, a partir del análisis de la Ley 931 de 2004 y la Sentencia C-811 de 2014. Se interpretan conceptos claves para entender la inconstitucionalidad de la norma como cosa juzgada, derecho a la igualdad y al trabajo, madurez en la edad y otra serie de elementos que evidencian contradicciones en el desarrollo mismo del planteamiento normativo.

Así, el proyecto se enfoca en su objetivo de revisar la aplicabilidad del Decreto ley 407 de 1994, en el Artículo 119 numeral segundo, exigencia en la edad para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), como requisito para el ingreso a la carrera administrativa en el INPEC, la contravía con la Ley 931 de diciembre 30 de 2004, demás normas concordantes, su posible vigencia e inconstitucionalidad del mismo, llegando a importantes resultados y conclusiones que dan pie a una lectura distinta de la norma acusada, invitando a su discusión y reestructuración.

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1. Título del Proyecto

ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL REQUISITO DE LA EDAD PARA EL INGRESO AL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA EN EL INPEC.

1.2. Línea de Investigación.

Derecho Constitucional, administración de justicia y bloque de Constitucionalidad.

1.3. Planteamiento del Problema

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) es una entidad pública adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, creada en 1992, responsable de la ejecución de la pena y medidas de seguridad impuestas por autoridad competente a las personas que trasgredieron las leyes en Colombia. Dentro los funcionarios que integran esta institución se encuentran el personal de Custodia y Vigilancia “guardianes” quienes tienen reglamentación especial en el Decreto ley 407 de 1994 “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.” Este Decreto establece unos grados dentro del personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, como son Dragoneantes, Distinguidos, Inspectores, Inspectores Jefes, Tenientes, Capitanes, Mayores y Comandante Superior, lo anterior es para significar que quien desee ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia debe hacerlo en el grado de Dragoneante.

Es aquí donde se encuentra el motivo de esta investigación, pues el Decreto ley 407 de 1994, establece en el artículo 119 numeral segundo el siguiente requisito: “2. Tener más de dieciocho años y menos de veinticinco de edad”. Este requisito va en contravía de 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” la cual de manera puntual, en sus seis artículos, prohíbe tanto a personas naturales como jurídicas, públicas como privadas exigir a los aspirantes a ocupar o ejercer un trabajo tener un rango de edad determinado, teniendo que hacerse la elección del trabajador solo con los méritos y calidades del aspirante.

En igual sentido, la ley ordena a partir de la fecha de su expedición (diciembre 30 de 2004), modificar los reglamentos que contemplen restricciones de edad para acceder a un cargo, al igual que ordena que las convocatorias públicas o privadas no podrán contener límites de edad, sexo, raza origen nacional o familiar, lengua, religión u opinión política o filosófica.

Esta norma hoy vigente, para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, fue demandada por inconstitucionalidad en el año 2014, lamentablemente solo se demandó la expresión “al momento de su nombramiento” la cual fue declarada inexecutable por la honorable Corte en sentencia C-811 de 2014, con ponencia del Magistrado MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

De esta manera, con el presente trabajo se pretenden analizar las razones que justifican el que, a la fecha, el Decreto ley 407 de 1994 contemple dentro de sus requisitos limitantes en la edad para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia, aun

cuando con la ley 931 de 2004 se ordenó evitar toda forma de discriminación, principalmente en cuanto a la edad.

El interrogante que surge frente a esta situación, entonces, es el siguiente: ¿Es constitucional mantener una exigencia en la edad para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario? Para responder a esta pregunta, se deberá tener en cuenta varias posturas y analizar varios criterios que nos llevarán a tener una lectura planteado.

Como primera medida, se debe entender la importancia que para una institución como el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, representa tener los mejores hombres en su planta de personal. Lo cual, sin duda, facilita desarrollar la misionalidad otorgada al instituto. Esta excelencia se debe buscar en una amalgama de servidores, donde se mezcle a su vez la juventud y la madurez, así como la academia y la experiencia. Es allí donde sería importante tener jóvenes menores de 25 años como integrantes del Cuerpo de Custodia, ya que se deduciría que son personas prestas por su juventud a trabajar en las difíciles condiciones en que labora este segmento de servidores públicos.

Ahora bien, esta necesidad debe ser entendida por el Estado y el gobierno nacional como vital, lo que significaría tener a este grupo de servidores en un régimen especial, para que cumplan con la misión encomendada, como lo es la de custodiar y rehabilitar a los privados de la libertad.

Sin embargo, es precisamente en ese aspecto donde se abre una gran brecha entre la realidad de la institución y el concepto que de ella tiene el Estado. Pues no se

comprende cómo, si el sentir del gobierno nacional era tener un grupo de hombres en condiciones y regímenes especiales para que se encargaran de la problemática carcelaria y penitenciaria del país, expide el Decreto Ley 407 de 1994, donde se condiciona el ingreso a estos cargos al requisito de tener menos de 25 años de edad.

Vale recordar que, siendo el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia una regla especial y con una condición igualmente especial como tener menos de 25 años de edad, el retiro de estos funcionarios debería ser con regla especial, pero para acceder al retiro de estos funcionarios el gobierno ha optado por aplicarles la ley 100 de 1993, lo que se traduce en edad de retiro (57 y 62 años de edad) según el caso, sean mujeres u hombres. Así que la reclamada juventud del ingreso se pierde en unos años, con la edad de retiro.

Como segundo punto de análisis, se debe tener en cuenta que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, pese a ser un grupo de funcionarios jerarquizados, armados y de carácter civil, han dividido las responsabilidades y funciones en los diferentes grados que se ostentan dentro del instituto como son: Dragoneantes, Distinguidos, Inspectores, Inspectores Jefes, Tenientes, Capitanes, Mayores y Comandante Superior, sin que ello signifique que sean o pertenezcan a las fuerzas armadas de Colombia y por consiguiente, sin que su régimen se deba asimilar a estas fuerzas, que constitucionalmente tienen sus excepciones en cuanto a carrera administrativa se refiere. Este argumento utilizado por la Corte constitucional erradamente en la sentencia C-811 de 2014, nos presenta una parcialización de parte de la Corte constitucional para sustentar su decisión.

Frente a lo establecido en el Decreto ley 407 artículo 119 numeral 2, que lleva a plantear la pregunta problema, en cuanto si con este requisito se vulneran artículos de rango constitucional como el 1o, 2o, 13o, 25o, 26o y 40o, que encierran los principios fundamentales, la no discriminación o, mejor, la igualdad ante la ley y las autoridades, el derecho al trabajo y la libre escogencia del mismo y la libertad de todo ciudadano para elegir y ser elegido, es claro que con el requisito de tener menos de 25 años para ingresar al INPEC, se podrían vulnerar de frente estos mandatos constitucionales, que fueron reforzados con la ley 931 de 2004.

Aun así, luego de un control de inconstitucionalidad, se ha declarado inexecutable solo una parte del numeral motivo de estudio, sin que la Corte haya ido más allá en su análisis, partiendo del principio de la igualdad entre iguales y de la derogatoria tácita y orgánica que trae consigo la ley 931 de 2004.

Es por ello que, inconformes con este estudio realizado por el alto tribunal, planteamos la necesidad de analizar qué tan constitucional es mantener este requisito, para el ingreso de hombres y mujeres al cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, aun cuando hay normas de rango superior que prohíben toda forma de discriminación y norma específica que prohibió dicha discriminación, ordenando cambios en reglamentos y convocatorias, adicional teniendo claro que la carrera administrativa del personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, es un amalgama de normas especiales y normas general dependiendo las finanzas del gobierno nacional.

1.4. Pregunta problema

¿La aplicación del Artículo 119 numeral dos del Decreto Ley 407 de 1994 vulnera la Constitución Política Nacional de Colombia en sus artículos 1, 2, 13, 25, 26 y 40; en la exigencia con la edad para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC ?

1.5. Hipótesis

A. Lo relacionado con la aplicación de Artículo 119 numeral 2, del Decreto Ley 407 de 1994 por el INPEC, vulnera la Constitución Política Nacional, ya que va en contravía de los derechos fundamentales contemplados en ésta y está en contra de la Ley 931 de diciembre 30 de 2004, que ordena que las convocatorias públicas y privadas no podrán contener límites de edad, sexo, raza, origen nacional o familiar.

B. La aplicación de Artículo 119 numeral 2, del Decreto Ley 407 de 1994 por el INPEC, no vulnera la Constitución Política Nacional toda vez que el INPEC, es una institución que debe tener los mejores hombres en su planta de personal para garantizar la protección integral de los reclusos, más que, esto ayuda a desarrollar la misionalidad entregada al instituto, esta excelencia se debe buscar en un amalgama de servidores, donde se mezcle la juventud y la madurez, la academia y la experiencia, es allí donde sería importante tener jóvenes menores de 25 años como integrantes del Cuerpo de Custodia.

1.6. Objetivos

1.6.1 Objetivo General:

Revisar la aplicabilidad del Decreto ley 407 de 1994, en el Artículo 119 numeral segundo, exigencia en la edad para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, como requisito para el ingreso a la carrera administrativa en el INPEC, la contravía con la Ley 931 de diciembre 30 de 2004, demás normas concordantes, su posible vigencia e inconstitucionalidad del mismo.

1.6.2. Objetivos Específicos:

1. Analizar el marco legal y Constitucionalidad del Decreto ley 407 de 1994, en el Artículo 119 numeral segundo, exigencia en la edad para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, y demás normas concordantes.
2. Seleccionar y comparar diferentes leyes y jurisprudencia sobre vinculación laboral en el INPEC que nos permita dilucidar conceptos de inconstitucionalidad en la norma.

3. Analizar la aplicabilidad del Decreto Ley 407 de 1994 en su Artículo 119 numeral 2, referente al requisito de la limitación a la edad de incorporación del personal al INPEC y su posible Inconstitucionalidad.

1.7. Justificación

El interés por el tema abordado nace por el cuestionamiento que se hace a la norma: Artículo 119 numeral 2 del Decreto 407 de 1994 el cual dice: Tener más de 18 años y menos de veinticinco de edad, esto dentro de los requisitos para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional; lo cual deja entrever una posible vulneración de derechos fundamentales, así como una vulneración a la Constitución Política Nacional en sus artículos 1, 2, 13, 25, 26 y 40 entre otros.

Si bien es cierto que las capacidades requeridas por los individuos que desempeñan las actividades en este tipo de trabajo, como lo es al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria, deben garantizar la integridad, seguridad y cumplimiento de órdenes judiciales con las personas privadas de la libertad al interior y fuera del establecimiento de reclusión, esta se encuentra garantizada con un personal que dentro de este rango de edad (18 a 25 años) por lo general no presentan quebrantos de salud y gozan de una agudeza sensorial plena. Es ahí donde la Corte Constitucional genera argumentos válidos para declarar una inconstitucionalidad a la norma de incorporación de dicho personal, en la expresión “al momento de su nombramiento.”

Sin embargo, la contribución de la presente investigación es tener los argumentos jurídicos suficientes para poder demostrar que sigue siendo inconstitucional lo contemplado en el numeral 2º del artículo 119 del Decreto 407 de 1994, en el sentido de establecer un rango de edad para los aspirantes a integrar el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario INPEC. Se hace necesaria esta investigación por cuanto se convierte en un insumo para entablar una acción de inconstitucionalidad de esta norma.

Todo esto, en razón a que la Corte Constitucional declaró inconstitucional solamente una parte del numeral 2º y se necesita que sea todo el numeral; ya que el mismo va en contravía de lo expuesto en la ley 931 de 2004 en el sentido que a ninguna persona se le puede exigir un rango de edad para ocupar un cargo o ejercer un trabajo.

En este sentido, esto beneficiaría a cualquier aspirante colombiano que desee participar dentro de las convocatorias que organiza el INPEC a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Los integrantes de este Grupo de Investigación vemos viable este trabajo y no se necesitarían recursos para su ejecución.

Por otro lado, es importante analizar la derogatoria que se debe aplicar a la norma en comento, pues si bien es cierto la ley 931 de 2004, estableció reglas para evitar la discriminación en razón a la edad y la Corte Constitucional en sentencia C-724 de 2007, al referirse a un tema similar de la ley 15 de 1958 contextualizó lo siguiente:

Entonces si se tiene en cuenta que, de una parte, el principio de interpretación legal "lex posterior derogat anteriori" supone que el operador jurídico debe aplicar la última voluntad legislativa y, de otra parte, que la derogatoria tácita de la ley se

presenta cuando la nueva regulación contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las anteriores y que regulan la materia de manera integral, es fácil concluir que el artículo 1º de la Ley 15 de 1958 fue derogado tácitamente por la Ley 931 de 2004.” ... “Con todo, podría pensarse que las Leyes 15 de 1958 y 931 de 2004 pueden interpretarse en forma sistemática si se tiene en cuenta que la primera regula una medida de discriminación positiva, con carácter especial y excepcional, porque sólo está dirigida a proteger a los mayores de 40 años, mientras que la segunda normativa consagra la regla general de acceso al empleo público y privado. (Corte Constitucional, sentencia C-724 de 2007)

Sin embargo, la Corte no acepta ese argumento porque, como lo ha advertido esta Corporación en reiterada jurisprudencia, las acciones afirmativas tienen vocación temporal, pues con ellas no se busca perpetuar ni acentuar las diferencias de trato para institucionalizarlas sino, por el contrario, se pretende adoptar medidas dirigidas a remover las condiciones históricas que la originaron y a superar la discriminación existente al momento de expedirlas. Luego, es perfectamente posible que, corregidas las razones que la justificaron, la acción afirmativa se convierta en una discriminación intolerable constitucionalmente, pues una vez alcanzada la igualdad material que protege y salvaguarda la Constitución, esas medidas pierden su razón de ser.

Por consiguiente, es válido constitucionalmente entender que el legislador del año 2004 quiso remover la acción afirmativa diseñada en el año 1958 y modificarla para hacer imperativa la regla general de igualdad de trato jurídico y prohibición de discriminación en razón de la edad. De ahí 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. (Congreso de la República de Colombia, ley 15 de 1958)

Estos argumentos, expuestos por la honorable Corte Constitucional, son los que analizaremos, tratando de encontrar el por qué no se tienen en cuenta en la derogatoria del artículo 119 del Decreto ley 407 de 1994, toda vez que para la Corte Constitucional sigue vigente este artículo. Así mismo, se debe hacer un estudio de por qué, la Corte Constitucional tiene esta variedad de conceptos a la hora de evitar la discriminación para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

Todo lo anterior, considerando que, luego de la expedición de la ley 931 de 2004, han sido varias las convocatorias que el INPEC, a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil a lanzado con el fin de incorporar Dragoneantes al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, y han sido varias las personas cuyas aspiraciones han quedado truncadas por sobrepasar el límite de edad impuesto como requisitos, cuando reiteramos esta prohibición debió ser derogada por la ley 931 de 2004.

1.8. Marcos de referencia

1.8.1. Antecedentes generales

La privación de la libertad surge en la historia como un medio que permite aislar de la sociedad a aquellas personas que atentan contra su integridad y debido desarrollo, con el fin de resocializarlas. Aunque a lo largo de la historia la prisión ha sido aplicada de formas diferentes, siempre ha sido utilizada por el Estado como herramienta de su

poder coercitivo y como medio de control de la sociedad que gobierna (Galvis, 2003, P. 68)

En Colombia, al igual que en muchas partes del mundo, las cárceles y el sistema de detención o privación de la libertad se remontan a tiempos de antaño. Este afán de alejar a ser humano del núcleo social, creó espacios que en principio eran tortuosos y causaban daño a los individuos sometidos a este tipo de penas. Sin embargo, en la medida que la sociedad evoluciona, las modalidades de sanción cambian, así como las condiciones de los centros de reclusión.

Estos espacios, por ejemplo, han necesitado de personas que los custodien y vigilen, que se encarguen de atender a los privados de la libertad. Para el caso colombiano, este personal está regulado y se conoce como personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, comúnmente conocido como “guardián”. Es a ellos, a este sector de trabajadores, que está dirigido este trabajo, toda vez que como se deduce de las líneas anteriores que el sistema carcelario y penitenciario a nivel mundial y, en Colombia ha evolucionado, siendo un sistema resocializador, humanista, donde su máxima es la protección de los Derechos Humanos.

Sin embargo, retomado el tema de la evolución carcelaria, es importante señalar que ésta se remonta desde el siglo XV, época de los aborígenes. Así lo describe el INPEC en su página web, indicando además que sólo comunidades desarrolladas, como los chibchas mostraban una legislación civil y penal de gran influencia moral para su época, como por ejemplo: Pena de muerte al homicida, vergüenza pública al cobarde, tortura al

ladrón, no fue frecuente la privación de libertad y su aplicación no tuvo como criterio el castigo. (INPEC, 2014, párr.1).

En la época de la conquista, se impusieron las leyes del conquistador: delitos, guarda de presos, tormentos, penas y perdones. El Establecimiento de Reclusión se considera como un sitio previo a la ejecución o un castigo para la población española o criolla. El nativo no disponía de libertad por su carácter de vasallo. Posteriormente, en la época de la colonia, se aplicó la confiscación, multa y prisión así como medidas eclesiásticas relacionadas con abjuración, represión, suspensión de órdenes y las penitencias.

Para el cumplimiento de las penas se utilizaron las famosas mazmorras: presidios de Cartagena y Tunja; las cárceles de la Real Cárcel, la Cárcel del Divorcio, la de Zipaquirá y la de Santafé (Colegio de La Señora del Rosario), entre otras.

Más adelante, en la época de la Independencia, con el objeto de contribuir a la construcción de la idea de Estado-Nación, se importaron modelos penitenciarios franceses y españoles. Fue así como el Estatuto político del territorio colombiano contempló la abolición de la tortura, se autorizó a coartar la libertad del ciudadano y se prohibió el ingreso a la cárcel de quien no fuera legalmente conducido a ella.

Otros hitos importantes en la evolución del sistema penitenciario y carcelario colombiano, de acuerdo a lo señalado por el INPEC (2014) se describen a continuación:

1890 - Primera cárcel de mujeres: es establecida por las religiosas del Buen Pastor.

1914 - Ley 35: se crea la Dirección General de Prisiones; reglamentándose como entidad adscrita al Ministerio de Gobierno.

1934 - Primer código penitenciario colombiano: primeros lineamientos de administración penitenciaria.

1936 y 1938 - Nuevo código penal, código de procedimiento penal y ley de vagos.

1940 - Auge de construcciones penitenciarias: dispositivos de control social por el desarrollo del capitalismo. Penitenciaría nacional la Picota, Palmira y Popayán.

1940 - Reestructuración: Dirección General de Establecimientos de Detención, Penas y Medidas de Seguridad (MINJUSTICIA).

1958 - Ley de Maleantes: doctrina de la peligrosidad.

1960 - Reestructuración: División de Penas y Medidas de Seguridad (MINJUSTICIA).

1992 - Decreto No. 2160, por el cual se fusiona la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y se crea el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

1993 – Ley 65 de 1993, Artículo 15, El Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, como establecimiento público adscrito al "Ministerio de Justicia y del Derecho" con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa; por todos los centros de reclusión que funcionan en el país, por la Escuela Penitenciaria Nacional y por los demás organismos adscritos o vinculados al cumplimiento de sus fines."

Cada uno de estos hechos históricos marca un hito importante en la evolución del sistema carcelario en el país. No obstante, existen otros elementos trascendentes en la

construcción de toda la estructura penal del país, como el señalado por el artículo 125 de la Constitución Nacional, que hace referencia a que el acceso a la Administración Pública debe hacerse a través de carrera administrativa y uno de los medios de selección es el concurso público de méritos. Pues lo que se mide son las capacidades, habilidades y perfiles de los candidatos que van a ingresar a las diferentes entidades del estado, aplicando en estos concursos principios y derechos fundamentales.

Sin embargo, en el numeral 2 del artículo 119 del Decreto 407 de 1994, se establecieron unas condiciones de ingreso al cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que contempla tener más de dieciocho años y menos de veinticinco de edad, al momento de su nombramiento.

Cabe anotar que, la expresión al momento de su nombramiento fue demandada ante la Corte Constitucional, por una ciudadana solicitando se declarara inexecutable, pues vulneraba algunos artículos de la Constitución Nacional. Esta demanda no cuestionaba el que se fijara un intervalo de edad para ingresar a la carrera administrativa del INPEC, sino que cuestionaba que la edad se tuviera en cuenta al momento de nombrarse la persona.

Con respecto a la anterior demanda, la Corte Constitucional debería establecer sí el numeral 2º del artículo 119 del Decreto 407 de 1994, vulneraba principios y derechos fundamentales para el acceso a cargos públicos y sí el tema de la edad se constituía en una discriminación para las personas que entraban a hacer el curso de formación y que tenían los méritos y capacidades para ingresar a la carrera penitenciaria. Aquí se

resalta nuevamente que la Corte no controvertía el rango de edad sino la fijación de un tiempo o momento preciso para el cumplimiento de este requisito.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte Constitucional se pronuncia mediante la Sentencia C-811 de 2014 en el sentido de declarar inexecutable la expresión “al momento del nombramiento”, contenida en el numeral 2º del artículo 119 del Decreto 407 de 1994.

1.8.2. Marco Conceptual

Para el desarrollo de este marco, tendremos en cuenta los siguientes conceptos:

Constitucionalidad de la exigencia de edad: En este sentido, se entiende que la exigencia de tener menos de 25 años de edad para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC sí es constitucional. Desde el punto de vista de la carrera penitenciaria considera como constitucional por los siguientes hechos:

Carrera Especial de origen preconstitucional: Es una carrera especial de origen preconstitucional de ello da cuenta la normatividad que sobre el particular contenían los Decretos 1817 de 1964 y 1661 de 1965 y la ley 32 de 1986, vigente en parte (D-407-94 art. 185), anteriores a la Constitución de 1991. Es más, en vigencia de ésta el Decreto 2160 de 1992, que fusionó la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del mismo Ministerio, conservó su carácter de especial al disponer en el art. 29 lo siguiente:

...El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario organizará, reglamentará y administrará el sistema de carrera penitenciaria, de acuerdo con el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964 y las demás disposiciones legales vigentes, propendiendo por la eficiente utilización del recurso humano (Decreto 2160 de 1992).

- a.** La especialidad de las funciones que cumple el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.
- b.** 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.
- c.** La justificación dada por razones funcionales, técnicas y operativas, de moralidad y eficiencia administrativa (artículo 209 de la C.P)

En el mismo sentido y tras respetar los anteriores preceptos, 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”, estableció en su artículo 4 los sistemas específicos de carrera administrativa en razón a la singularidad y especialidad de las funciones, a la vez porque contienen regulaciones específicas en materia de ingreso, capacitación, permanencia ascenso y retiro del personal.

Dentro de estos sistemas específicos se encuentra el que rige para el personal que presta los servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el cual incluye el Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

Teniendo claro que, el sistema de carrera del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC tiene carácter constitucional y específico, según la ley 909 de 2004, se hace merecedor al siguiente análisis: el artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, faculta al congreso de la República para hacer leyes, encontrando en el numeral 23 el hacer leyes que regirán el ejercicio de la función pública. Así que el Decreto ley 407 de 1994, se expidió en cumplimiento de un mandato constitucional y regula el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

De otra parte, el artículo 125 superior establece que: "El ingreso a los cargos de carrera, y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (ley 407 de 1994)." En igual sentido el artículo 122 y 123 de la Constitución Política, establecen que no habrá empleo en el sector público que no tenga determinadas sus funciones y que las mismas se harán de la forma prevista en la constitución, la ley y los reglamentos.

De lo anterior, es importante resaltar que el mandato constitucional entregado al Congreso de la República, se da para propender por los fines esenciales del estado (C.P. art. 2º) es por esto que nace la disyuntiva de mantener el derecho a la igualdad que tienen los ciudadanos para acceder a los cargos públicos (C.P. art. 13 y 40) y la búsqueda de la eficiencia y eficacia de la Administración Pública, para lo cual se

requiere la búsqueda de los mejores ciudadanos, con la mayor idoneidad de donde para la especificidad de las funciones del Cuerpo de Custodia y Vigilancia la edad es importante y de especial atención. Lo anterior garantiza el interés general sobre el interés particular. Al respecto, la Corte Constitucional precisó lo siguiente en la sentencia C-739 de 2002:

La fijación de los requisitos mínimos para los empleos tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de las funciones públicas y la consecución de los fines esenciales del Estado (C.P., arts. 1, 2, 125 y 209). Por tal razón, el desempeño de los empleos públicos, sea por nombramiento o por elección, exige el cumplimiento de los requisitos y calidades exigidas por la Constitución y la ley, como mecanismo de protección del interés general y del derecho a la igualdad de oportunidades (Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2002).

Es allí donde se funda la constitucionalidad de mantener un requisito como tener menos de 25 años de edad al momento de incorporarse al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, más cuando la especial labor desarrollada por estos trabajadores requiere de las mejores condiciones físicas y psíquicas, con el fin de garantizar el cumplimiento de las funciones encomendadas al instituto, estas tareas o funciones pueden realizar en mejor forma con una edad idónea para tal fin.

Tanto así que en la sentencia C-811 de 2014, la Corte Constitucional compara el régimen del personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia al régimen de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, para excusar del alcance de la ley 931 de 2004, al Decreto ley 407 de 1994, sustentando tal argumentación en que es un régimen de

carrera especial y a juicio de la Corte la edad no es un elemento de juicio objetivamente irrelevante, como tampoco lo es para la carrera militar o policial.

1. No es constitucional el requisito de edad para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC. Como pudo verse en los argumentos de la constitucionalidad de este requisito, se afianzan en la jurisprudencia e interpretación de la línea jurisprudencial que ha venido desarrollando la Corte Constitucional. Ahora vale la pena analizar el porqué de la exclusión del artículo 119 numeral 2 del Decreto ley 407 de 1994, a pronunciamientos, pactos y normas de obligatorio cumplimiento. Para ello, es pertinente mencionar en primera instancia lo incorporado por la sentencia C-099 de 2007, la cual reza:

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en 1789 por la Asamblea Nacional Francesa, se plasmó, como derecho del ciudadano, el de ser admitido a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según sus capacidades y sin otro criterio de distinción que el derivado de sus virtudes y de sus talentos, principio ratificado por el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) cuando declaró en 1969 que todo ciudadano debe gozar del derecho y la oportunidad de “tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. El mismo principio había quedado plasmado en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que proclamó la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 y en el 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General

de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigencia el 23 de marzo de 1976 (Corte Constitucional, sentencia C-099 de 2007).

Los anteriores pactos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fueron aprobados por el Congreso de Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

Luego en el mismo sentido se encuentran los artículos 13, 25, 26 y 40 de la C.P. que regulan la no discriminación por ningún motivo y la igualdad ante la ley, al acceso al trabajo y la libre escogencia del mismo.

Por último, la ley 931 de 2004, la cual se expidió con el fin de evitar la discriminación de las personas en razón a su edad para acceder a un trabajo, no prevé ninguna excepción, por el contrario ordena modificar los reglamentos y las convocatorias en aras de garantizar la no restricción a los empleos ofertados en razón a la edad. Si bien la ley 931 de 2004, no derogó de manera expresa, tácita u organiza ninguna norma, se puede colegir que una norma de semejante importancia debe ser de obligatorio cumplimiento para las demás normas y para las entidades del Estado.

Para ello será necesario entender la derogatoria, como la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior. Así mismo, comprender las tres clases de derogatorias dentro de las cuales se tiene la derogatoria expresa, que es cuando el legislador determina de manera precisa el o los artículos que retira del ordenamiento, derogatoria orgánica, cuando la nueva ley regula integralmente la materia, que en términos de la Corte Suprema de Justicia supone 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, que torna urgente la aplicación de la nueva ley, y por último la derogatoria tácita, que es un cambio de legislación por incompatibilidad entre la ley anterior y la nueva norma.

Por todo ello, será fundamental la interpretación de ambas leyes para establecer la vigencia en la materia. Así como entender que cuando se deroga tácitamente una disposición no se está frente a una omisión del legislador, sino que al crear una nueva norma ha decidido que la anterior deje de aplicarse, siempre que no pueda conciliarse con la recientemente aprobada.

En el caso que se está analizando en el presente trabajo, es evidente este último caso de derogatoria. Pero, debe ser la Corte constitucional mediante sus pronunciamientos, quien dirima el asunto para manifestar si la ley 931 de 2004 derogó tácitamente el numeral 2 del artículo 119 del Decreto ley 407, por lo cual este requisito se debe obviar y retirar de todo ordenamiento al interior del INPEC. También si, por el contrario, se debe mantener, pese a ir en contra de pactos y tratados internacionales, de la norma positiva constitucional y de la ley 931 de 2004.

Así las cosas el debate queda abierto para al finalizar el presente trabajo llegar a una conclusión y reafirmar alguna de las dos hipótesis anteriores.

1.8.3 Marco Teórico

Dentro del marco teórico que sustenta este trabajo, se encuentran los siguientes elementos, de gran relevancia para comprender el sentido del mismo y los aspectos que contempla:

Derecho a la igualdad: Al respecto se puede tener en cuenta normas constitucionales como la establecida en el país hermano de Panamá, que al igual que el Colombiano tiene dentro de sus normas constitucionales restricciones a la discriminación y protege la igualdad ante la ley como se puede evidenciar en el artículo 19 constitucional de ese país. Ese mismo país, en el año 2004, propuso a su legislativo la expedición de una ley que evitara alguna discriminación, exclusión, restricción o preferencia basada en el color, la raza, el sexo, la edad, la religión, la clase social, el nacimiento, las ideas políticas o filosóficas, o que menoscabe el goce o ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política. Así, como de los derechos previstos en Convenios Internacionales de Derechos Humanos o en documentos que tengan como finalidad promover el desarrollo de la dignidad del ser humano.

Principio de interpretación legal: “lex posterior derogat anteriori”: Este principio tiene su asidero jurídico en la Ley 153 de 1887 y más precisamente el artículo 2º, según el cual: “La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”, lo que nos indica que la norma a aplicar es el caso de estudio sería la ley 931 de 2004.

Siguiendo a Francisco Javier Ezquiaga (2010) debe tenerse presente que la interpretación de las normas nunca debe llevarse a absurdos que impliquen que:

- El legislador ha regulado de forma diferente dos supuestos similares
- El legislador no ha previsto regulación para un caso con relevancia jurídica
- El legislador, regulado un supuesto, no extiende esa regulación a otros casos que la merecen con mayor razón
- El legislador ha extendido una regulación a casos para los que no estaba pensada
- El legislador enuncia principios contradictorios o incoherentes, y que el legislador ha dictado normas incompatibles
- El legislador no conoce las normas del ordenamiento
- El legislador no es ordenado
- El legislador no tiene una voluntad única y coherente
- El legislador se repite
- El legislador no se marca objetivos claros
- El legislador es mutable.

Por otra parte, también se encuentran diferentes teorías que se desarrollan con la discusión planteada, siendo la más importante la de la igualdad. Es evidente a todas luces que este derecho fundamental queda en tela de juicio desde cualquier punto de vista, toda vez que no se entiende el motivo por el cual se mantiene un requisito como la edad para integrar el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, lo cual se puede clasificar como discriminatorio.

Si bien es cierto, la Constitución Política de Colombia pregona en sus líneas la no discriminación y la igualdad ante la ley, no se entiende porque motivo se permiten requisitos como limitantes en la edad cuando este es un criterio discriminatorio para el ingreso a un instituto que requiere aparte de la juventud de las personas la estabilidad psicológica con el fin de rehabilitar al infractor penal.

Del mismo modo, las normas constitucionales sirven de lineamientos para que en el desarrollo normativo interno sean desarrolladas de manera puntual, en la constitución se encuentran principios no discriminatorios, protectores de la igualdad, como lo son la igualdad de género, la igualdad salarial, la igualdad en el acceso a los cargos públicos etc., que no siempre son respetados en la realidad. A propósito, se puede traer a colación el concepto del maestro Francisco Rubio Llorente, quien señala:

La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia puede ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso limite, al menos una dualidad), los “términos de comparación”, entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque solo sea espacial y temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad (Rubio, 1993, p. 640).

El aspecto relacional que nos brinda este autor es el que hace que la igualdad tenga un carácter abierto, históricamente la característica de relacional se ha utilizado para dar un trato igual o desigual a las personas, no hay una constante histórica al momento de hablar de la igualdad.

En igual sentido, la noción de igualdad desde el punto de vista jurídico está íntimamente ligada al momento social e histórico de la humanidad. Hermann Petzold Pernia, señala que la noción de la igualdad es evolutiva y tanto su significación concreta (precisa interpretación jurídica) como su significación abstracta (consagración legislativa) dependen de las estructuras políticas, jurídicas, económicas y sociales. Lo cual nos puede llevar a afirmar que las normas jurídicas que establecen desigualdad o, por el contrario suprimen una igualdad, son la expresión de una desigualdad social, o bien una reacción debida al cambio de las valoraciones sociales, que es a su vez el resultado, en gran parte, de una transformación de las estructuras sociales (Petzold, 1974, pp. 21-22).

Hay varias constituciones y países que protegen la igualdad de manera sustancial, Colombia este dentro de este rango, el artículo 13 constitucional establece:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Const., 1991, art. 13)

Como se puede observar, existe una prohibición de cualquier forma de discriminación delegando esta protección en las autoridades, dando los mismos derechos a todos los connacionales, no obstante el texto va más allá, cuando expresa:

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Const., 1991, art. 13)

De acuerdo con las líneas anteriores corresponde a los poderes públicos establecidos en la constitución colombiana, para que sean estas entidades las que remuevan los obstáculos que impidan el derecho fundamental a la igualdad. Esto se debe materializar con normas positivas, como sucedió con la ley 931 de 2004.

Es importante tener en cuenta que la idea de igualdad sustancial, como lo señala Miguel Carbonell, parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria (Carbonell, 2004, p.39).

Este razonamiento llevado al caso puntual, es de un vasto análisis, pues el requisito de tener menos de 25 años de edad para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, es algo sustancial pero que todos las personas pueden cumplirlo, la

pregunta sería ¿por qué, 25 años de edad, será algo caprichoso? Este interrogante será manejado al desarrollar el trabajo en mención.

1.8.4. Marco Histórico

El marco histórico de este trabajo se remonta a lo consagrado en la Constitución Nacional, cuando hace referencia a uno de los derechos fundamentales, como es el relacionado en el artículo 25, que protege el trabajo como un derecho y una obligación social y debe gozar de la protección del estado colombiano.

Como función pública es posible adentrarse en el artículo 125 superior, que hace referencia a la estabilidad en los empleos públicos fijándolos como cargos de carrera administrativa. El ingreso a los cargos de carrera y los ascensos se debe hacer por concurso público previo al cumplimiento de ciertos requisitos fijados por la ley en el cual se puedan escoger los mejores aspirantes por sus capacidades, habilidades y méritos.

Para la incorporación de los aspirantes al cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria se expidió el Decreto ley 407 de 1994 mediante el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y en el numeral 2º del artículo 119, es donde se le fijan unos intervalos de edad para poder ingresar a esta carrera penitenciaria. Sin embargo, 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”, protege de una manera especial al trabajador y en general a todos los ciudadanos, en el sentido de que todos deben ser tratados en condiciones de igualdad y no deben ser discriminados por razones de la edad para acceder a un cargo público.

Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-811 de 2014, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, declaró inexecutable parcialmente el numeral 2º del artículo 119 del Decreto ley 407 de 1994, en cuanto a la exigencia de acreditar la edad requerido para ingresar al cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC al momento de nombramiento. La ciudadana que demandó no cuestionaba el tema de la edad para ingresar al INPEC sino que hacía referencia al momento exacto en que se iba a nombrar al seleccionado.

Entre las consideraciones que tuvo en cuenta la Corte Constitucional para declarar inexecutable dicho numeral, estaba el que no se debía tener en cuenta la edad al momento de nombrarse la persona, porque era algo ajeno al concursante y que no podía controlar. Cuando la persona entraba a hacer el curso de formación cumpliendo con los requisitos de edad, habiendo aprobado el curso por sus méritos, se le debía nombrar porque de lo contrario se le estaba violando un derecho fundamental como es el poder acceder a la administración pública.

La jurisprudencia reitera que, para ingresar a la administración pública prevalece un derecho fundamental de las personas como lo es la igualdad, y que una forma de ejercer este derecho es que puedan las personas participar en concursos públicos. Además, la Corte también hace referencia a que el derecho fundamental de la igualdad también está respaldado en la Declaración universal de los Derechos Humanos.

1.8.5. Marco Jurídico

En cuanto al marco jurídico, la presente investigación tomó como referentes, en un orden estricto, los siguientes:

- a. La Constitución Política Nacional, como norma de normas.
- b. El Decreto 407 de 1994.
- c. La Jurisprudencia como fallos de Consejo de Estado y Sentencias de la Corte Constitucional.
- d. Reglamentos de incorporación al sistema de Vigilancia Carcelarios Demás normas vigentes.

1.9. Diseño Metodológico

Dado que el propósito de la presente investigación será demostrar hasta dónde el Decreto Ley 407 de 1994, Artículo 119 numeral 2, es inconstitucional, en la medida que vulnera derechos fundamentales como lo son el derecho al trabajo, a no ser discriminado por razones de sexo, edad, color y raza entre otros. Se hará una revisión de la jurisprudencia existente relacionada con la temática, como es el caso de la Sentencia C-811 de 2014, mediante la cual se emite un fallo que declara inconstitucional parte del numeral 2 del Artículo 119 del Decreto Ley 407 “en el momento del nombramiento” y la vigencia del resto de la Ley.

De otra parte, se interpretará la Ley 931 de diciembre 30 de 2004, por la cual se dictan normas sobre el derecho al trabajo en condiciones de igualdad en razón a la edad y ordena modificar reglamentos que contemplen restricciones de edad para acceder a un cargo, al igual que ordena que las convocatorias públicas y privadas no podrán contener límites de edad, sexo, raza, origen nacional o familiar. Esto con el fin de establecer su concordancia o contrariedad con las anteriores.

Como enfoque metodológico, dado que se trata de una investigación jurídica, esta se enmarca en un tipo de investigación básica, aplicada y experimental. Debido a que se pretende adquirir un nuevo conocimiento que será aplicado en la vida profesional de los investigadores, descubriendo factores que pueden afectar o que son de aplicabilidad, ya que van en contravía de la misma Constitución Política Nacional.

La población sujeto de estudio, que a su vez será beneficiada, son los llamados en las convocatorias que hace el INPEC, con una muestra específica de quienes se presenten y participen en la selección.

Se realiza un análisis de la Constitución, de la jurisprudencia, Leyes y Decretos que permitan llegar a un conocimiento por medio del cual se pueda validar una de las hipótesis planteadas y llegar al discernimiento de inconstitucionalidad o no, de la norma en estudio.

1.10. Resultados Esperados

En la presente investigación se pretende hacer una exhaustiva comparación de leyes, jurisprudencia e incluso análisis de la misma Constitución Política Nacional, para

así llegar a una conclusión que permita inferir que la norma analizada (Decreto Ley 407 de 1994 Artículo 119 numeral 2), vulnera derechos fundamentales como lo son el derecho al trabajo, a no ser discriminado por razones de sexo, edad, color y raza entre otros.

También el hecho que, a pesar de que la norma fue demandada Constitucionalmente y la Corte Constitucional emite un fallo limitado a las solicitudes del demandante, en cuanto a cumplimiento de requisitos, tanto en el momento de la convocatoria, como en el momento del nombramiento, dejando en firme los primeros; sigue siendo inconstitucional ya que hay leyes que orientan y precisan en la no exigencia de la edad en convocatorias que hagan los particulares como el estado, es una de ellas la Ley 931 de diciembre 30 de 2004.

Los resultados servirán de base para demostrar la inconstitucionalidad del Artículo 119 numeral 2 del Decreto Ley 407.

CAPÍTULO 2. CARRERA ADMINISTRATIVA EN EL INPEC.

2.1. ¿Qué es el INPEC?

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, creado mediante el decreto 2160 de 1992, nace tras la fusión de dos entidades del estado como fueron la Dirección General de Prisiones Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

Esta institución tiene como objeto ejercer la vigilancia, custodia, atención y tratamiento de las personas privadas de la libertad; la vigilancia y seguimiento del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado, impuestas como consecuencia de una decisión judicial, de conformidad con las políticas establecidas por el Gobierno Nacional y el ordenamiento jurídico, en el marco de la promoción, respeto y protección de los Derechos Humanos.

Dentro de las principales funciones del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, está la de ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta a través de una sentencia penal condenatoria, el control de las medidas de aseguramiento, del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado, igualmente según el decreto 4151 de 2011, se encuentran:

1. Coadyuvar en la formulación de la política criminal, penitenciaria y carcelaria.

2. Ejecutar la política penitenciaria y carcelaria, en coordinación con las autoridades competentes, en el marco de los Derechos Humanos, los principios del sistema progresivo, a los tratados y pactos suscritos por Colombia en lo referente a la ejecución de la pena y la privación de la libertad.

3. Diseñar e implementar los planes, programas y proyectos necesarios para el cumplimiento de la misión institucional.

4. Diseñar e implementar sistemas de seguimiento, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos mencionados en el numeral anterior.

5. Crear, fusionar y suprimir establecimientos de reclusión, de conformidad con los lineamientos de la política penitenciaria y carcelaria.

6. Custodiar y vigilar a las personas privadas de la libertad al interior de los establecimientos de reclusión para garantizar su integridad, seguridad y el cumplimiento de las medidas impuestas por autoridad judicial.

7. Vigilar a las personas privadas de la libertad fuera de los establecimientos de reclusión para garantizar el cumplimiento de las medidas impuestas por autoridad judicial.

8. Garantizar el control sobre la ubicación y traslado de la población privada de la libertad.

9. Autorizar a la fuerza pública para ejercer la vigilancia interna de los establecimientos de reclusión, en casos excepcionales y por razones especiales de orden público.

10. Gestionar y coordinar con las autoridades competentes las medidas necesarias para el tratamiento de los inimputables privados de la libertad.

11. Realizar las acciones necesarias para garantizar el cumplimiento de las modalidades privativas de la libertad que establezca la ley.

12. Prestar los servicios de atención integral, rehabilitación y tratamiento penitenciario a la población privada de la libertad.

13. Definir y gestionar estrategias para la asistencia pospenitenciaria en colaboración con otras entidades públicas o privadas.

14. Desarrollar y consolidar el Sistema Nacional de Información Penitenciaria y Carcelaria.

15. Implementar el Sistema de Carrera Penitenciaria y Carcelaria, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.

16. Determinar las necesidades en materia de infraestructura, bienes y servicios para cumplir con sus objetivos y funciones, y requerir su suministro a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, SPC.

17. Proponer y ejecutar las políticas, planes, programas y proyectos institucionales en materia de inducción, formación, capacitación, actualización y especialización del talento humano de la entidad.

18. Coordinar sus actividades con las entidades que ejerzan funciones relacionadas con la gestión penitenciaria y carcelaria, todo ello en coordinación con el Ministerio de Justicia y del Derecho.

19. Impulsar y realizar investigaciones y estudios sobre la ejecución de la política y el funcionamiento del sistema penitenciario y carcelario, encaminados a la formulación de planes, proyectos y programas, en lo de su competencia.

20. Asesorar a las entidades territoriales en materia de gestión penitenciaria y carcelaria, en lo de su competencia.

21. Coadyuvar en la elaboración de proyectos de ley y demás normatividad a que haya lugar, en las materias relacionadas con los objetivos, misión y funciones de la entidad, en coordinación con el Ministerio de Justicia y del Derecho.

22. Gestionar alianzas y la consecución de recursos de cooperación nacional o internacional, dirigidos al desarrollo de la misión institucional, en coordinación con las autoridades competentes.

23. Definir e implementar estrategias de atención y participación del ciudadano.

24. Las demás que le correspondan de acuerdo con la naturaleza de la entidad.

Por otra parte, también es necesario señalar que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario tiene un Director General, que es el agente del Presidente de la Republica. Este cargo es de libre nombramiento y remoción, es a la vez el representante legal del Instituto. Igualmente, la entidad cuenta con un Consejo Directivo de acuerdo a lo establecido en la ley 489 de 1998.

2.2. Política penitenciaria y carcelaria en Colombia.

La política penitenciaria y carcelaria en Colombia está bajo la tutoría y responsabilidad del estado Colombiano, quien a través de la ley 65 de 1993, en el artículo 167, estableció el Consejo Superior de Política Criminal, que es un organismo colegiado asesor del Gobierno Nacional en la implementación de la política criminal del Estado.

Este consejo, tiene una vigencia de cuatro años y tiene como principal función el diseño del Plan Nacional de Política Criminal, adicional el Consejo deberá presentar concepto previo no vinculante sobre todos los proyectos de ley y de acto legislativo que en materia penal. Los miembros del Consejo Superior de Política Criminal son los siguientes:

1. El Ministro de Justicia y del Derecho quien lo presidirá.
2. El Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
3. El Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.
4. El Fiscal General de la Nación.
5. El Ministro de Educación.
6. El Procurador General de la Nación.
7. El Defensor del Pueblo.
8. El Director General de la Policía Nacional.
9. El Director General de la Agencia Nacional de Inteligencia Colombiana (ANIC).
10. El Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).
11. El Director General de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec).
12. El Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).
13. El Director General del Departamento Nacional de Planeación.
14. Dos (2) Senadores y cuatro (4) Representantes a la Cámara pertenecientes a las Comisiones Primera y Segunda, es decir, un Senador (1) y dos (2) Representantes de cada Comisión respectivamente, elegidos por esas células legislativas.

Paralelamente ha sido el Ministerio de Justicia y del Derecho, el encargado de liderar tan titánico proceso, la política criminal y penitenciaria en Colombia tiene varias dolencias como:

- “...1. Una política criminal reactiva, sin adecuada fundamentación empírica, con incoherencias y falta de perspectiva clara de Derechos Humanos.
2. Una tendencia al endurecimiento punitivo, que parece expresión de formas de “populismo punitivo”
3. Una política criminal poco reflexiva frente a los particulares desafíos del contexto colombiano
4. La tendencia a la subordinación de la política criminal por la política de seguridad (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p.)”

Adicional a lo anterior, se puede aseverar que Colombia ha carecido de una política criminal seria, planeada y acorde con la realidad del país. Lamentablemente las cárceles en Colombia, se han convertido en bodegas de hombres que la sociedad ha llevado allí por quebrantar los lineamientos sociales.

Es fundamental recordar que las cárceles son el reflejo de la sociedad y, en ellas, se encuentra un sin número de aberraciones y violaciones a los Derechos Humanos tanto de los privados de la libertad, como de sus familiares. La política criminal y penitenciaria ha fracasado, pues la falta de planeación y coordinación entre el sistema punitivo y la política criminal son evidentes, el aparato legislativo responde a los clamores de la sociedad, con medidas de aseguramiento intramurales, las cuales son presionadas y

solicitadas a través de los medios de comunicación, que se han convertido en un segundo legislador por sus presiones constantes para que se penalicen conductas, que de una u otra manera afectan la política criminal.

Cuando se decide penalizar una conducta no se piensa en el impacto que la decisión tendrá en las cárceles, no se analiza cuantas personas nuevas llegaran a los establecimientos penitenciarios y carcelarios. Es más, no se evalúan medidas alternativas para penalizar acciones delictivas menores, como la inasistencia alimentaria. Simplemente se toma la decisión de crear una nueva conducta penal y de castigar a sus infractores, sin tener en cuenta donde serán reclusos, ni qué profesionales los ayudaran a su rehabilitación, como se obtendrá el presupuesto para su sostenimiento y manutención al interior de la cárcel, o el daño que se causa al entorno familiar del sindicado, como consecuencia de la medida de aseguramiento intramural.

Igualmente, no se tienen estudios serios de la idiosincrasia de la sociedad colombiana, lo cual ayudaría a observar los niveles de reincidencia y los delitos de mayor impacto social, toda vez que el preso colombiano es único y ha llegado a considerar la cárcel como un estilo de vida.

De igual forma la falta de personal, tanto uniformado como administrativo, hacen que al interior de sistema penitenciario y carcelario haya un total abandono por parte del estado, que es soberano al momento de restringir la libertad, pero luego es un estado ciego e indolente con las personas detenidas.

Así, hablar de política penitenciaria y carcelaria en Colombia, se ha traducido en los últimos años en construcción de cárceles, las cuales están divididas en cárceles de primera, segunda y tercera generación. Esta clasificación se ha otorgado por los años y las épocas de su construcción, consideramos que esta política penitenciaria y carcelaria de construir cárceles para almacenar las personas es errada y no ataca el verdadero problema. De hecho se creía que con la construcción de más centros carcelarios se terminaría el hacinamiento, el cual se ha convertido en el mayor problema de la política criminal y penitenciaria, lo cual resulto errado, pues hoy en día el hacinamiento de los establecimientos carcelarios y penitenciarios en Colombia supera el 55%, siendo el más alto en toda la historia del país.

De otro lado, se tiene que la política penitenciaria y carcelaria está dada en la prevención y la no reincidencia en el delito, situación que no ha sido abordada por ningún gobierno, toda vez que las cárceles han sido olvidadas a través de los últimos años, y solo son recordadas cuando algún interno se fuga de las mismas o cuando algún funcionario penitenciario comete actos de corrupción, muestra de ello, es la falta de presupuesto y la sistemática violación de los derechos de las personas privadas de la libertad.

Ha sido tanto el olvido y el fracaso de la política penitenciaria y carcelaria, que ha sido la Corte Constitucional a través de tres (3) sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2015, la que ha declarado el Estado de Cosas Inconstitucional (E.C.I) al interior de las prisiones en Colombia, y ha obligado mediante acciones judiciales al

estado Colombiano, para que cumpla con la constitución, principalmente en lo referente a la dignidad humana.

Así las cosas, la política penitenciaria y carcelaria ha sido un total fracaso. Tanto así que fue a través de la última reforma al Código Penitenciario y Carcelario Colombiano, ley 1709 de 2014, que se logró formar un grupo de personas o entidades que responden de manera seria frente a tan vital necesidad. Se espera que cumplan con su misión y que el Estado Colombiano apropie tanto los recursos presupuestales como humanos para recuperar a los colombianos que están en el ECI, dentro de las prisiones Colombianas.

2.3. Vinculación laboral al INPEC.

La vinculación al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario se debe estudiar desde dos puntos de vista. El primero es la vinculación del personal administrativo y la segunda es la vinculación del personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia. Dentro de estas dos clasificaciones, se encuentra el personal administrativo, que tiene diferentes formas de vinculación como son: carrera administrativa, temporales, libre nombramiento y remoción y contratistas vinculados con orden de prestación de servicios.

Frente al segundo grupo en el cual está el Cuerpo de Custodia y Vigilancia “uniformados”, se tiene que ellos son vinculados mediante carrera administrativa, cuyo proceso de vinculación se describe a continuación: El Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, es un

...organismo que cumple un servicio esencial del Estado, armado, de carácter civil y permanente, al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, e integrado por personal uniformado, jerarquizado, con régimen y disciplina especiales. Sus miembros recibirán formación, capacitación, complementación, actualización y especialización en la Escuela Penitenciaria Nacional. No podrán tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio y observarán siempre la más absoluta imparcialidad política en el ejercicio de sus funciones. PARAGRAFO. Para la formación, capacitación y actualización del personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, podrá establecer centros docentes en los Departamentos que estime necesarios para estos fines. Así mismo, firmar convenios con instituciones similares extranjeras, previa autorización del Consejo Directivo, para que sus miembros adelanten dichos cursos, los cuales serán convalidados si cumplen con los requisitos del curriculum debidamente aprobados (Ministerio de Justicia, Decreto 407 de 1994, art. 117).

Este Cuerpo de Custodia y Vigilancia (CCV) está regulado por Leyes, Decretos Reglamentos y disposiciones especiales, que le impone la naturaleza de su profesión, esta profesión, es catalogado como un servicio público esencial, y su 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 (Ministerio de Justicia, Decreto 407 de 1994, art. 113)". Dentro de las principales funciones y deberes de los miembros del CCV, están:

- a) Velar por la seguridad, vigilancia y disciplina de los establecimientos penitenciarios y carcelarios;
- b) Cumplir las órdenes impartidas por las autoridades competentes del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC;
- c) Servir como auxiliares en las labores de trabajo y educación de los internos, y en general, en su resocialización;
- d) Cumplir las funciones de seguridad y policía judicial en los términos señalados por la ley;
- e) Cumplir las órdenes y requerimientos de las autoridades judiciales, con respecto a los internos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios;
- f) Observar una conducta seria y digna;
- g) Cooperar con la Dirección en todo lo que tienda a la resocialización de los reclusos, suministrando los informes que estime conveniente para esta finalidad;

- h) Custodiar y vigilar constantemente a los internos en los centros penitenciarios y carcelarios, en las remisiones, diligencias judiciales, hospitales y centros de salud, conservando en todo caso a la vigilancia visual;
- i) Requisar cuidadosamente a los detenidos o condenados, sus celdas y sitios de trabajo conforme al reglamento;
- j) Custodiar a los condenados o detenidos que vayan a trabajar fuera del establecimiento y emplear todas las precauciones posibles para impedir violencias, evasiones y conversaciones o relaciones de ellos con los extraños, exceptuando los casos previstos en el Código Penitenciario y Carcelario y en el Reglamento General;
- k) Realizar los ejercicios colectivos que mejoren o mantengan su capacidad física; participar en los entrenamientos que se programen para la defensa, orden y seguridad de los centros de reclusión; tomar parte en las ceremonias internas o públicas para realce de la institución; asistir a las conferencias y clases que eleven su preparación general o la específica penitenciaria;
- l) Mantener la disciplina con firmeza, pero sin más restricciones de las necesarias, para conservar el orden en el establecimiento penitenciario o carcelario;
- m) Ejecutar las demás funciones relacionadas con el cargo, asignadas por la ley o reglamento;

n) Entregar el uniforme, insignias y demás elementos a su cargo al almacén general del establecimiento carcelario respectivo, una vez retirado del servicio o cuando sea suspendido de sus funciones y atribuciones legalmente, respondiendo por aquellos que falten para podersele expedir el respectivo paz y salvo;

ñ) Garantizar la prestación de los servicios y el normal desarrollo de las actividades en las dependencias del Instituto;

o) Velar por el estricto cumplimiento del Régimen Penitenciario y Carcelario, Reglamento General e Interno, Planes de Seguridad y de defensa y en general de todas aquellas disposiciones que garanticen los objetivos de la justicia, y la misión.

Así las cosas, se tiene que el cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional es un cuerpo uniformado, jerarquizado, de carrera administrativa especial, que tiene su fundamento legal en el Decreto 407 de 1994, “por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario” que tiene dentro de sus categorías y grados algunos como:

a) Categoría de oficiales:

1. Comandante Superior.

2. Mayor.

3. Capitán.

4. Teniente;

b) Categoría de Suboficiales:

1. Inspector Jefe.
2. Inspector.
3. Subinspector;

c) Categoría de Dragoneantes:

1. Dragoneantes.
2. Distinguidos;

d) Categoría de alumnos y auxiliares de guardia:

1. Alumnos aspirantes a Dragoneantes.
2. Servicio militar de bachilleres.

De lo anterior se colige que, al ser un cuerpo jerarquizado y uniformado, vinculado laboralmente mediante carrera administrativa, se deben cumplir los requisitos establecidos para tal vinculación, como son, el proceso de selección y aprobación del curso, el cual se adelanta en la Escuela Penitenciaria Nacional “Enrique Low Murtra” ubicada en Funza Cundinamarca.

En este orden de ideas, para ser Dragoneante del INPEC, se debe previamente cumplir y ganar el concurso, que es realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, para luego pasar hacer el curso, que es realizado por la escuela penitenciaria nacional.

Igualmente el Decreto 407 de 1994, impone en su artículo 119, algunos requisitos como son:

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. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Tener más de dieciocho años y menos de veinticinco de edad, ~~al momento de su nombramiento.~~
3. <Numeral INEXEQUIBLE> ~~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 expedidos 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 (Ministerio de Justicia, Decreto 407 de 1994).

Cumplidos con los requisitos, el aspirante debe realizar todo el proceso de inscripción, a través de la CNSC, que es la entidad encargada por ley de adelantar los concursos para suplir las vacantes con el estado Colombiano. Una vez terminado el proceso de concurso la CNSC, califica de acuerdo al mérito a los aspirantes, entregando la lista de candidatos a la Escuela Penitenciaria Nacional, con el fin que sean llamados a adelantar el respectivo curso de formación, el cual tiene una duración de ocho (8) meses, para los aspirantes que no son reservistas del INPEC, y cuatro (4) meses para los aspirantes que son reservistas del INPEC.

Luego de adelantar el respectivo curso en la Escuela Penitenciaria, se entrega de nuevo el listado de los aspirantes a la CNSC, para que sean unidas las calificaciones de los dos etapas (concurso y curso), siendo nuevamente posicionados de acuerdo a la meritocracia demostrada en ambas etapas.

El último paso para ser empleados de carrera administrativa es ser nombrados en periodo de prueba por un (1) año. Tiempo durante el cual son calificados por sus respectivos jefes, para luego ser inscritos en carrera administrativa.

2.4. Régimen Laboral en el INPEC.

En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario se tienen varios regímenes laborales. El principal de ellos es el que tiene el personal del Cuerpo de Custodia y

Vigilancia CCV, el cual tiene su fundamento en el Decreto 407 de 1994. Esta norma regula en gran parte la carrera penitenciaria y carcelaria de los empleados del instituto, consagra sus obligaciones, deberes y derechos.

Adicionalmente, se tiene el Decreto 446 de 1994, por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC.

Estas dos normas encierran en si la carrera penitenciaria, adicional en lo no establecido en ellas se debe remitir a las normas de carácter general como son el Código Sustantivo del Trabajo, que regula toda la parte de asociación sindical, derecho que tienen los funcionarios del sistema penitenciario y carcelario, Decreto 1045 de 1978, que ayuda a complementar el decreto 446 de 1994, en cuanto a las prestaciones sociales de los funcionarios. Dentro de las diferentes formas de contratación se hallan las siguientes:

Carrera administrativa: es un sistema técnico sobre la administración de personal en el Estado, que tiene consagración constitucional y legal, con el objeto de ofrecer igualdad de oportunidades para acceder a la función pública, lograr la eficiencia de la administración, el buen servicio a la sociedad y la profesionalización o estabilidad en los empleos. La carrera administrativa es un sistema de administración de personal que regula deberes y derechos, de la administración y del empleado, en el cual el ingreso y el ascenso están determinados por la capacidad o el mérito, sin consideraciones de raza, religión, sexo, filiación política o cualquier otra circunstancia que incida en los procesos de selección.

El principio que rige la carrera administrativa es el de economía o ley del mejor, el cual garantiza la eficacia y la eficiencia de la administración, por lo que el sistema de carrera es contrario al clientelismo corruptor. Con el sistema de carrera se busca lograr no solo la eficacia sino también la honestidad en el desempeño de cargos públicos, para lo cual el Estado debe contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen con sus resultados su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública (González, 2010, p. 148). En carrera administrativa se encuentra todo el personal del CCV, y parte del personal administrativo que labora en el instituto.

Libre nombramiento y remoción: Según la sentencia C-540 de 1998, se tiene que:

La Constitución prevé los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, cuya situación es completamente distinta a los de carrera, pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.

A diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones. Cuando no lo son, el Estado, que debe cumplir con sus fines de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecuen a los requerimientos institucionales.

Esta forma de vinculación en el INPEC, se da para los directores de establecimiento y cargos de manejo y confianza, muy cercanos a la Dirección General del Instituto (Corte Constitucional, sentencia C-540 de 1998).

Provisionalidad: Según la sentencia T-147 de 2013, se tiene que:

La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”. Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad. La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción.

Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera. Los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan

de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros.

Pero tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución.

En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación (Corte Constitucional, sentencia T-147 de 2003).

Con esta forma de contratación están algunos funcionarios administrativos del Instituto, los cuales fueron afectados recientemente, cuando el INPEC, decidió adelantar la convocatoria 250, la cual desvinculo a más de 2.200 trabajadores que se encontraban en provisionalidad.

Orden de prestación de servicios: Bajo esta forma de vinculación el INPEC, tiene gran cantidad de trabajadores, los cuales se ubican principalmente en los cargos directivos, pese haber una prohibición legal de utilizar esta forma de contratación que era excepcional, hoy lamentablemente es la habitualidad, violando la premisa

constitucional de quien cumpla funciones públicas, ingrese por concurso de méritos o por elección según los cargos descritos en la Constitución Nacional.

Por otro lado, se debe mencionar lo concerniente a la jornada laboral de los trabajadores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en cuanto al personal de funcionarios administrativos, se tiene que su jornada laboral es de lunes a viernes de 7:00 AM a 5:00 PM, teniendo en el mismo tiempo su espacio para almorzar. Para el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, no se tiene una jornada laboral como tal, llevando la costumbre a que estos funcionarios laboren en turnos de 24 horas de trabajo continuas por 24 horas de descanso, las cuales dependen de la novedades del día, esto hace referencia a que el día de descanso no es exacto de 24 horas, toda vez que el personal del CCV, no siempre sale a las 7:00 AM, pues ser generalmente se presentan situaciones propias de la actividad de custodia como requisas, operativos, remisiones etc. Que dificultan cumplir con este supuesto horario.

2.5. Requisitos y Funciones para el cargo de Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

El personal de CCV, tiene que dentro de la planta global del INPEC, 11.320 empleos en el cargo de Dragoneantes, teniendo estos como propósito principal realizar las disposiciones relacionadas con el orden, la seguridad, disciplina, autoridad, convivencia, custodia y vigilancia de las personas privadas de la libertad a cargo del INPEC, así como la vigilancia de las instalaciones en el desarrollo de los programas de resocialización, tratamiento integral y protección de los derechos fundamentales, cumpliendo las ordenes e instrucciones de los oficiales y suboficiales del CCV.

Para desempeñar el cargo de Dragoneante del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, se deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. Ser colombiano.
2. Tener más de dieciocho años y menos de veinticinco de edad.
3. Poseer título de bachiller en cualquiera de sus modalidades y acreditar resultado de los exámenes del ICFES.
4. Tener definida su situación militar.
5. Demostrar excelentes antecedentes morales, personales y familiares.
6. No tener antecedentes penales ni de policía.
7. Obtener certificados de aptitud médica y psicofísica expedidos por la Caja Nacional de Previsión Social o su equivalente.
8. Aprobar el curso de formación en la Escuela Penitenciaria Nacional.
9. 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.

Los anteriores requisitos se encuentran establecidos en el Decreto 407 de 1994, en su artículo 119, el cual establece los parámetros para el ingreso al servicio de custodia y vigilancia, se debe recordar cómo se explicó en líneas anteriores que para pertenecer al CCV, hay que adelantar previamente un concurso y curso, en la Escuela Penitenciaria Nacional, el cual tiene una duración de ocho (8) o tres (3) meses, según

sea el caso, si corresponde a curso de formación o curso de complementación, respectivamente.

Cumplidos con los anteriores requisitos, el Dragoneante debe cumplir con las siguientes funciones, establecidas en el Decreto 407 de 1994, artículo 118, así:

- a) Velar por la seguridad, vigilancia y disciplina de los establecimientos penitenciarios y carcelarios;
- b) Cumplir las órdenes impartidas por las autoridades competentes del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC;
- c) Servir como auxiliares en las labores de trabajo y educación de los internos, y en general, en su resocialización;
- d) Cumplir las funciones de seguridad y policía judicial en los términos señalados por la ley;
- e) Cumplir las órdenes y requerimientos de las autoridades judiciales, con respecto a los internos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios;
- f) Observar una conducta seria y digna;
- g) Cooperar con la Dirección en todo lo que tienda a la resocialización de los reclusos, suministrando los informes que estime conveniente para esta finalidad;
- h) Custodiar y vigilar constantemente a los internos en los centros penitenciarios y carcelarios, en las remisiones, diligencias judiciales, hospitales y centros de salud, conservando en todo caso a la vigilancia visual;

- i) Requisar cuidadosamente a los detenidos o condenados, sus celdas y sitios de trabajo conforme al reglamento;
- j) Custodiar a los condenados o detenidos que vayan a trabajar fuera del establecimiento y emplear todas las precauciones posibles para impedir violencias, evasiones y conversaciones o relaciones de ellos con los extraños, exceptuando los casos previstos en el Código Penitenciario y Carcelario y en el Reglamento General;
- k) Realizar los ejercicios colectivos que mejoren o mantengan su capacidad física; participar en los entrenamientos que se programen para la defensa, orden y seguridad de los centros de reclusión; tomar parte en las ceremonias internas o públicas para realce de la institución; asistir a las conferencias y clases que eleven su preparación general o la específica penitenciaria;
- l) Mantener la disciplina con firmeza, pero sin más restricciones de las necesarias, para conservar el orden en el establecimiento penitenciario o carcelario;
- m) Ejecutar las demás funciones relacionadas con el cargo, asignadas por la ley o reglamento;
- n) Entregar el uniforme, insignias y demás elementos a su cargo al almacén general del establecimiento carcelario respectivo, una vez retirado del servicio o cuando sea suspendido de sus funciones y atribuciones legalmente, respondiendo por aquellos que falten para podersele expedir el respectivo paz y salvo;
- ñ) Garantizar la prestación de los servicios y el normal desarrollo de las actividades en las dependencias del Instituto;

o) Velar por el estricto cumplimiento del Régimen Penitenciario y Carcelario, Reglamento General e Interno, Planes de Seguridad y de defensa y en general de todas aquellas disposiciones que garanticen los objetivos de la justicia, y la misión y los objetivos penitenciarios y carcelarios.

Adicional a las anteriores funciones emanadas de la ley, los Dragoneantes deben cumplir con las siguientes funciones, según el manual de funciones y competencias laborales del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, así:

1. Ejercer funciones de base, seguridad, resocialización, disciplina y orden de los establecimientos penitenciarios carcelarios, con la obligación de cumplir las órdenes relativas al servicio y a las funciones de los Directores Regionales del Instituto, Subdirectores de centros de reclusión , de los oficiales y suboficiales del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria.

2. Cumplir con las actividades de seguridad, custodia y vigilancia en las garitas, pabellones, puestos de acceso control, áreas comunes, remisiones, patrullas, detención prisión domiciliaria, vigilancia electrónica, grupos especiales y demás instalaciones penitenciarias, conforme a lo dispuesto en los reglamentos y procedimientos.

3. Custodiar y vigilar a los internos al interior de los establecimientos de reclusión, en los traslados, remisiones y en el trabajo al aire libre, garantizando la seguridad e integridad e impidiendo la fuga o evasión de los internos, violencia o conversación con extraños.

4. Identificar a las personas, bienes, elementos y vehículos al ingreso y salida de las instalaciones, dependencias y del establecimiento de reclusión, garantizando el debido cumplimiento de los protocolos de seguridad penitenciaria y carcelaria.
5. Controlar a los internos y visitantes en el desarrollo de las diferentes actividades administrativas, judiciales, sociales, de atención o tratamiento y de bienestar, preservando la seguridad, el orden, la disciplina y la convivencia.
6. Requisar a las personas, vehículos, paquetes, carga, instalaciones y elementos al ingreso y salida del establecimiento, así como en los diferentes espacios y lugares donde deba permanecer el interno, de conformidad con la normatividad vigente, los procedimientos e instrucciones impartidas.
7. Decomisar los elementos, objetos, sustancias o productos ilícitos, prohibidos o restringidos y los elementos materiales con los cuales se haya realizado una conducta punible en las áreas de responsabilidad del Instituto, haciendo entrega material de los mismos al superior inmediato.
8. Dar el adecuado uso a los bienes, instalaciones, elementos de seguridad, de defensa, de restricción, enseres, electrónico, comunicaciones y vehículos recibidos en la prestación del servicio, de acuerdo con su diseño, naturaleza y destinación.
9. Realizar revistas periódicas verificando el estado, funcionamiento, cantidad y calidad de las instalaciones, bienes, elementos, equipos y enseres dispuestos para la prestación del servicio.

10. Contar los internos al inicio y finalización de cada jornada laboral así como en las demás circunstancias dispuestas en el Reglamento General e Interno, verificando su presencia y la condición de éstos.

11. Informar a su superior inmediato y cuando lo requieran las autoridades administrativas y judiciales los hechos relacionados con la seguridad penitenciaria y carcelaria, la custodia y vigilancia de los internos, los decomisos realizados y demás actividades relacionadas con el servicio de acuerdo con el conocimiento por razones del desempeño de su empleo.

12. Realizar las tareas y actividades de seguridad, custodia, vigilancia y de tratamiento penitenciario, protección de los derechos fundamentales de los internos, visitantes y empleados, la vida, la integridad personal, la honra, los bienes, las creencias y las libertades, dentro del marco de la normatividad vigente.

13. Colaborar en las tareas y actividades relacionadas con la naturaleza y ejercicio de su empleo de conformidad con las necesidades del servicio cuando su superior o jefe inmediato así lo requiera.

14. Tramitar las respuestas a cartas, oficios, memorandos y demás documentos radicados en la dependencia de acuerdo con las instrucciones del jefe inmediato.

15. Apoyar en la planeación, programación, organización, ejecución y el control de los procesos de la dependencia para dar cumplimiento a las metas propuestas.

16. Realizar previa autorización, las labores de conducción y mantenimiento de vehículos automotores para el desplazamiento de internos o funcionarios cumpliendo con las normas de seguridad y las señales de tránsito.

17. Desempeñar las demás funciones asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño de cada cargo.

CAPÍTULO 3. PERTINENCIA DE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

3.1. Análisis de la Ley 931 DE 2004.

Ley 931 de diciembre 30 de 2004, dicta normas sobre el derecho al trabajo en condiciones de igualdad en razón de la edad, inicio su trayectoria con el proyecto de Ley N° 68 de 2003, por medio del cual se dictan normas tutelando el derecho al trabajo y la igualdad de las personas mayores de 30 años, tiene un origen congresional, en el Honorable Senador Rafael Orlando Santiestéban Millán. El objetivo de dicho proyecto es la protección especial por parte del Estado a los ciudadanos mayores de 30 años de edad en el momento de acceder a un empleo, Argumentaba el ponente que en las convocatorias que se realizaban en el momento se colocaba como límite hasta treinta años (30) de edad, discriminando así a los que ya habían cumplido esa edad.

Por lo anterior se prohíbe a las empresas públicas o privadas exigir una edad determinada para ocupar un empleo y recae sobre la modificación de reglamentos y convocatorias y dispone que los requisitos se refieran a condiciones de méritos o calidades de tipo profesional, personal o salud física o mental, ordenando a los empleadores las modificaciones pertinentes en los respectivos reglamentos de trabajo, finalmente, determina la aplicación de unas sanciones pecuniarias y su destinación a la divulgación y promoción de los derechos de los trabajadores.

Se enfatiza en la ponencia, la vulneración de normas constitucionales, tales como el Artículo 13- que trata de la igualdad de las personas ante la ley...; el Artículo 25 lo relacionado con la protección del Estado al derecho de trabajar; el Artículo 54 la

obligación del Estado y de los empleadores en la formación de los trabajadores. Cabe mencionar que dicha ley no presenta derogatoria expresa ni tácita sobre el retiro forzoso de los servidores públicos.

La Ley 931 de diciembre 30 de 2004 se promulga con el espíritu único de brindar protección especial por parte del Estado a todos los ciudadanos, a que éstos sean tratados con igualdad y no ser discriminados por razones de su edad para acceder a un trabajo; es tan así, que prohíbe la exigencia de edad por parte de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o derecho privado; pone fin a la limitación que tenían algunos reglamentos institucionales de exigir un rasgo de edad para poder acceder a un trabajo, ordenando su modificación y ordena el cubrimiento de vacantes por medio de selección de méritos o calidades de experiencia en la profesión a ocupar, al igual ordena a las entidades públicas o privadas que en sus convocatorias no podrán contemplar limitaciones de ningún índole (edad, sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión u opinión política o filosófica).

La misma indica que el Ministerio de la Protección Social será el encargado de ejercer la inspección y vigilancia, señalándole las multas con una destinación específica y la jurisdicción a seguir en el caso de incumplimiento y la aplicabilidad, brindándoles garantías en la ley.

De lo anterior, se puede deducir que, con base en La Ley 931 de 2004, todo ciudadano tiene derecho a ejercer una profesión u oficio sin que se le exija límites de edad para ingresar a ello, bien sea en el orden Estatal o privado; pero no es así, para el caso en estudio existe en la Ley 407 de 1994 en su Artículo 119 Numeral segundo:

Requisitos. Para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, se requiere acreditar los siguientes requisitos: ... 2. Tener más de dieciocho años y menos de veinticinco de edad, al momento de su nombramiento”, cabe denotar que parte de este numeral “al momento de su nombramiento” ya tuvo una demanda de inconstitucionalidad en el año 2014 siendo declarado inexecutable por la Corte en Sentencia C- 811 de 2014, con ponencia del Magistrado Dr. MAURICIO GÓNZALEZ CUERVO (Congreso de la República, Ley 407 de 1994).

Se puede afirmar que la ley 931 de 2004, reguló el ingreso de las personas al desempeño de un oficio, prohibiendo que en los reglamentos y convocatorias públicas y privadas excluyan ciertas personas por tener determinada edad, dejando a salvo las normas de carácter legal que consagra este requisito y ordenando la modificación de los mismos. Tampoco se pronunció a la edad de retiro general o forzoso, dejando las normas de rango legal vigentes.

3.2. Análisis de La Sentencia C-811 De 2014.

La sentencia C-811 de 2014 de la Corte Constitucional primero que todo reconoció que la carrera penitenciaria y carcelaria es especial, como lo son otras carreras entre otras la de la Procuraduría General de la Nación, las fuerzas militares y la rama judicial, pues tienen un régimen y un tratamiento específico que vienen de la Constitución Nacional y estas operan de acuerdo al cometido y funcionamiento del estado. La carrera penitenciaria como régimen especial se mantiene porque su naturaleza es de

carácter preventivo, educativo y social para los reclusos y es un soporte para las autoridades penitenciarias.

La demandada es instaurada por la Ciudadana Nohora Stella Benavides quien ejerciendo su derecho interpone una acción de inconstitucionalidad contra el numeral 2º del artículo 119 del decreto 407 de 1994, contra la expresión “al momento del nombramiento”. Esta demanda no cuestionó en ningún momento la edad como requisito para poder ingresar al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria, sino que esta se tuviera en cuenta al momento de nombrarse a la persona. Es posible que una persona supere todas las fases de selección y por cuestión de tiempo al momento de su nombramiento ya no cumplía con la edad y esto es lo que la Corte se pronuncia al respecto.

Es importante tener en cuenta las intervenciones de algunas entidades como la del Ministerio de Justicia y del Derecho, mencionó que el requisito de tener menos de 25 años al momento del nombramiento es igual para todos los aspirantes y que superando todas las pruebas quedara en lista de elegibles por un periodo de 12 meses siempre y cuando cumpla con los requisitos del artículo 119 del decreto 494 de 1994.

El Procurador General de la Nación expuso que la medida es razonable y proporcionada por cuanto la edad máxima para ingresar al cuerpo de custodia y vigilancia, permite que los aspirantes cumplan sus funciones de manera eficaz, pues a esta edad tienen buen estado de salud y una agudeza sensorial óptima.

En la intervención del Ministerio de Trabajo señaló que siendo la ley 931 de 2004 posterior al decreto ley 407 de 1994, la norma acusada fue derogada tácitamente,

también expuso que se declare inexecutable la norma porque viola el artículo 13 de la Constitución Nacional. Al contrario el Departamento Administrativo de la Función Pública solicita la executable de la norma demandada pues a tenerse en cuenta la edad se busca que los aspirantes a dragoneante tengan la capacidad física y psíquica necesaria para el cabal cumplimiento de sus funciones.

El problema jurídico para la Corte Constitucional era establecer sí la expresión: “al momento del nombramiento”, expuesta en el numeral 2 del artículo 119 del decreto 40 de 1994, vulneraba el derecho fundamental para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y sí constituía una discriminación injustificada por razón de la edad.

La Corte Constitucional no se cuestionaba sí el aspirante al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria, estaba entre los 18 y 25 años, sino que esta edad se tuviera en cuenta al momento de nombrarse al aspirante, porque esta condición era ajena a la persona y que depende de circunstancias que el mismo no puede controlar.

Adicionalmente, la Corte dice que la base fundamental para acceder a cargos públicos es el principio de la igualdad y que este derecho fundamental se deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que declara la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. También resalta que el artículo 125 de la Constitución Nacional prevé que para acceder a la administración pública debe hacerse por el concurso de méritos.

De otra parte, la Constitución Nacional colombiana establece que el acceso a la administración pública se debe hacer mediante carrera administrativa, esto hace que el

proceso de selección del aspirante cumpla con un proceso de convocatoria o concurso público para la escogencia de los candidatos mediante el sistema de mérito.

Esto lo confirma la Corte Constitucional en su sentencia C-811 del 5 de noviembre de 2014 declarando inexecutable la expresión “al momento del nombramiento”, contenida en el numeral 2º del artículo 119 del Decreto Ley 40 de 1994. Como se puede evidenciar la Corte se quedó corta en haber declarado inexecutable la totalidad del numeral pues como se ha descrito anteriormente es inconstitucional porque va en contravía de la propia Constitución, contradice lo preceptuado en la ley 931 de 2004 y también está lejos de aplicar otras jurisprudencias.

Es importante resaltar que un caso similar al que estamos analizando se presentó para el acceso a la carrera consular, donde el literal b) del artículo 17 del decreto ley 010 de 1992, exigía como requisito para poder ingresar a dicha carrera que los aspirantes deberían ser menores de treinta años. La Corte encontró que este literal iba en contra de la Constitución Nacional básicamente por vulnerar el principio de la igualdad y por eso lo declara inexecutable mediante la sentencia C-071 de 1993.

3.3. Cosa Juzgada.

Cuando se hace referencia al término de cosa juzgada, se habla de la imposibilidad de medios de impugnación ante la firmeza de una sentencia judicial que permita modificarla.

Su definición quedó muy clara en la Sentencia C- 164 de 2015, en la que la Corte Constitucional ha señalado que:

La categoría de cosa juzgada constitucional es una figura jurídica procesal a través de la cual se define la fuerza vinculante de las decisiones adoptadas en sentencias de constitucionalidad como inmutables, vinculantes y definitivas"... "La Corte ha señalado que la institución de la cosa juzgada cumple al menos dos funciones: una negativa, que consiste en prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo ya resuelto, y una función positiva, que es proveer seguridad a las relaciones jurídicas (Corte Constitucional, Sentencia C- 164 de 2015)

En la misma sentencia aclara las diferentes clases de cosa juzgada que al analizarlas darán cabida a alguna de ellas para el caso en estudio. De tal modo que se puede observar, como la Corte Constitucional ha definido los tipos de cosas juzgadas:

Cosa Juzgada Constitucional

En varios pronunciamientos la Corte Constitucional ha sido reiterativa, dando a conocer la finalidad de la administración de justicia en el ejercicio que hacen los jueces, con el objetivo de dirimir conflictos sociales, cuyas decisiones buscan dar un fin a estas controversias y dar tránsito a cosa juzgada.

En la Sentencia C-687 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, por ejemplo, define la cosa juzgada Constitucional, como: "la categoría de cosa juzgada constitucional es una figura jurídica procesal a través de la cual se define la fuerza vinculante de las decisiones adoptadas en sentencias de constitucionalidad como inmutables, vinculantes y definitivas (Corte Constitucional, Sentencia C-687 de 2014)"

En la Constitución Política Nacional de 1991 en los Artículos 241 encarga la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución a la Corte Constitucional, el Artículo 243 indica que “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. También el Artículo 244 otorga a los pronunciamientos de este Tribunal un carácter inmutable, vinculante y definitivo, de manera que el juez constitucional no puede volver a conocer y decidir sobre lo resuelto. (Sentencia C-287 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.)

Cosa Juzgada Constitucional Formal

Existe cosa juzgada Constitucional formal cuando hay un pronunciamiento previo frente a una misma norma jurídica y cuya pretensión sea volver a presentarla a un análisis de la corporación.

En las Sentencias: C-287 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y Sentencia C-489 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz, aclaran que la cosa juzgada ocurre “cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su estudio”, o también en aquellos casos que “se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual”. Para estos casos no puede darse ningún estudio, ya que hay en fallo ejecutoriado (Corte Constitucional, C-287 de 2014).

Cosa Juzgada Material

La cosa juzgada material se presenta “cuando existen dos disposiciones distintas que, sin embargo, tienen el mismo contenido normativo, de manera que frente a una de ellas existe ya un juicio de constitucionalidad por parte de este Tribunal.”

La Corte Constitucional estableció una serie de requisitos para que se configure la cosa juzgada material, estos son:

“(i) que el contenido de la norma haya sido declarado inexecutable de manera previa; (ii) que, en efecto, exista reproducción de dicho contenido normativo, esto es, que el contenido material del texto acusado sea igual al que fue declarado inconstitucional. Esta reproducción no necesariamente se refiere a una identidad gramatical de textos, pues, aunque esta varíe, si el contenido material es el mismo entendido dentro del contexto, no hay duda de que ello ha ocurrido. Al contrario, si la redacción de la disposición es idéntica pero el contexto en el que se reproduce es diferente, no podría afirmarse que el legislador desconoció la prohibición consagrada en el inciso segundo del artículo 243 Superior a la que se hizo referencia en el párrafo precedente; (iii) que el contenido normativo frente al cual se realiza la respectiva comparación, haya sido declarado inconstitucional por razones de fondo, no de forma y; (iv) que sigan vigentes en el ordenamiento jurídico las disposiciones constitucionales que fundamentaron la declaratoria de inexecutableidad.” (Sentencia C-687 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. _ Sentencia C-532 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Sentencia C-030 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis).

Cosa Juzgada Constitucional Absoluta y Relativa

Estas dos categorías pueden definirse mediante las siguientes características:

Cosa Juzgada Constitucional Absoluta: Se está frente a la cosa juzgada absoluta “cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional.” (Corte Constitucional, Sentencia C-287 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia C-310 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Ahora bien, si en la decisión tomada por la Corte no establece límites, se entiende que la norma analizada se confrontó con toda la Constitución, lo cual se está ante la cosa juzgada Constitucional absoluta.

Cosa Juzgada Constitucional Relativa: Se dice que se está frente a una cosa juzgada relativa cuando: “el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro “se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado (Corte Constitucional, Sentencia C-332/13” En este caso, el pronunciamiento permite espacio para que se presenten nuevos juicios de constitucionalidad con respecto a cargos diferentes a los que ya fueron analizados por la Corte Constitucional.

No obstante, en casos de inexecutable parcial o de executable puede haber lugar al fenómeno de la cosa juzgada constitucional relativa, en los eventos en los cuales la Corte hubiese limitado o restringido su pronunciamiento al análisis de ciertos cargos, admitiendo la posibilidad de nuevos juicios de constitucionalidad frente al mismo enunciado normativo, por cargos diversos de los ya estudiados.

(Sentencia C-287 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Retomando el caso del Decreto Ley 407 de 1994 en su Artículo 119 numeral 2.” Tener más de dieciocho años y menos de veinticinco de edad, al momento de su nombramiento”, cabe denotar que parte de este numeral “al momento de su nombramiento” ya tuvo una demanda de inconstitucionalidad en el año 2014 siendo declarado inexecutable por la Corte en Sentencia C- 811 de 2014, con ponencia del Magistrado Dr. Mauricio González Cuervo.

Si bien es cierto, estamos ante una **Cosa Juzgada Constitucional Relativa**, ya que la Corte hace unos pronunciamientos como son: se debe tener que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, pese a ser un grupo de funcionarios jerarquizados, armados y de carácter civil, han dividido las responsabilidades y funciones en los diferentes grados que se ostentan dentro del instituto como son: Dragoneantes, Distinguidos, Inspectores, Inspectores Jefes, Tenientes, Capitanes, Mayores y Comandante Superior, sin que ello signifique que sean o pertenezcan a las fuerzas armadas de Colombia y por consiguiente, sin que su régimen se deba asimilar a estas fuerzas, que constitucionalmente tienen sus excepciones en cuanto a carrera administrativa se refiere; pero para acceder al retiro de estos funcionarios el gobierno

ha optado por aplicarles la ley 100 de 1993 lo que se traduce en (57 y 62 años de edad) según, sean mujeres u hombres. Así que la reclamada juventud del ingreso se pierde en unos años y se pierde con la edad de retiro. Dando cabida así al sometimiento de la norma a una nueva demanda de inconstitucionalidad por el incumplimiento a adoptar sus reglamentos y convocatorias a los mandatos de la Ley 931 de 2004.

3.4. Derecho al Trabajo y Derecho a la Igualdad.

3.4.1. Derecho a la Igualdad.

Una definición sencilla y pertinente, frente al Derecho a la Igualdad, fue publicada en el Diario El Universal del 08 de junio de 2016. Allí se expone lo siguiente: “El derecho a la igualdad en los contratos, tratos y condiciones en el empleo es un derecho contemplado en convenios internacionales suscritos por Colombia ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT), es Constitucional (artículo 13) y en el artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo, es del siguiente tenor: “Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen las mismas protección y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la Ley”; asunto tratado por la Corte Constitucional Colombiana en sentencia SU-510 del 9 de Noviembre de 1995, Magistrado Ponente, Doctor FABIO MORN DIAZ. Concluye este diario que la Constitución no autoriza el que las condiciones o las circunstancias

particulares del empleador se conviertan en factores de tratos desiguales, en perjuicio de los trabajadores.

Según lo expuesto en la Constitución Nacional en especial los artículos 13 y 25 todas las personas tienen iguales derechos de acceder a un trabajo digno y justo sin ninguna discriminación, de lo anterior debe resaltarse la especial protección que le debe brindar el estado al trabajador donde se le debe garantizar los derechos, principios y deberes y uno de ellos es la igualdad.

En el escrito “el derecho fundamental a la igualdad laboral. Jurisprudencia constitucional de Eduardo Fernández Alonso -Discriminación por la edad del trabajador- La Corporación afirmó que no existe una característica especial que posean las personas menores de treinta (30) años de edad respecto de las que superan esa edad, para reservar el ingreso a la carrera diplomática para aquéllas.

Por tanto para la Corte Constitucional el requisito fijado en el literal b) del artículo 17 del Decreto Ley 010 de 1992 es contrario a la Carta, ya que viola el principio de igualdad de las personas, en la medida que establece discriminaciones no razonables para efectos del ingreso a cierta edad a la carrera diplomática y consular, el derecho al trabajo, y a la libertad de escoger profesión u oficio, y en última instancia el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior está debidamente sustentado en la sentencia C-071/93. Expediente D-113. Norma acusada: Literal b) del artículo 17 del decreto ley 010 de 1992, Actor: Camilo Paredes Restrepo.

Analizando la jurisprudencia anterior se colige que previamente existían normas que hacían referencia a la edad como requisito para entrar a la carrera consular, pero que la jurisprudencia en su sabiduría las declaró inexecutable por vulnerar el derecho a la igualdad.

La sentencia C-071 de 1993 comienza con hacer una descripción del artículo 13 de la Constitución Nacional sobre el derecho a la igualdad, así: (...) Dice así el artículo 13 de la Constitución colombiana:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ella se cometan (Constitución Política, 1991, art. 13).

Se observa que la norma objeto de revisión constitucional desarrolla igualmente el derecho a la igualdad material, en el sentido de que consagra limitaciones de ingreso para un sector de la población, otorgándole un trato desigual en función de la edad. Constituida la igualdad como una obligación de tratar por igual a los idénticos, la igualdad arroja, así mismo, otra característica: la de ser un límite a la actuación de los poderes públicos.

Como en los demás derechos subjetivos, el reconocimiento constitucional de la igualdad supone un acotamiento de la actuación de los poderes públicos que éstos no pueden franquear. Las ramas y órganos del poder público disponen de una esfera de actuación cuyos límites no cabe traspasar, y esos límites no son otros que los derechos constitucionalmente consagrados. En cuanto tal, la igualdad se configura, también, como un límite a la actuación de los poderes públicos.

Al establecer la Constitución que todas las personas son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita a los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas.

Ahora bien, la igualdad permite además el desarrollo de la dignidad que surge de la persona humana a partir de la paridad social entre los seres humanos. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad (...). La cosa juzgada es una figura jurídica procesal, resultante del requisito de procedibilidad positivo, mediante la cual hay una fuerza vinculante para las partes e imposibilidad de medios de impugnación ante la firmeza de una sentencia judicial que permita modificarla. Igualmente prohíbe a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo ya resuelto.

En la Sentencia C- 164 de 2015, la Corte Constitucional ha señalado que “la categoría de cosa juzgada constitucional es una figura jurídica procesal a través de la

cual se define la fuerza vinculante de las decisiones adoptadas en sentencias de constitucionalidad como inmutables, vinculantes y definitivas"... "La Corte ha señalado que la institución de la cosa juzgada cumple al menos dos funciones: una negativa, que consiste en prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo ya resuelto, y una función positiva, que es proveer seguridad a las relaciones jurídicas".

En la misma sentencia aclara las diferentes clases de cosa juzgada, que al analizarlas darán cabida a alguna de ellas; en este caso específicamente, se refiere a la Cosa Juzgada Relativa, ya que en Sentencia C- 811 de 2014, con ponencia del Magistrado Dr. Mauricio González Cuervo, la Corte Constitucional declara inexecutable la parte demandada del Decreto 407 de 1997 de su Artículo 119 numeral 2"en el momento del nombramiento" la Corte Constitucional ha limitado o restringiendo esta decisión y ha dejado la posibilidad para que se formulen nuevos casos de inconstitucionalidad contra la misma norma; de igual forma sucede cuando en el análisis de una norma demandada sea declarada Exequible pero la Corte Constitucional hubiese limitado o restringido su pronunciamiento al análisis de ciertos cargos, dándose la misma situación de paso a una nueva demanda contra la norma ya demandada por cargos diversos de los ya estudiados.

Si bien es cierto, se trata de una Cosa Juzgada Constitucional Relativa, ya que la Corte hace unos pronunciamientos como son: se debe tener que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, pese a ser un grupo de funcionarios jerarquizados, armados y de carácter civil, han dividido las responsabilidades y funciones en los diferentes grados que se ostentan dentro del instituto como son: Dragoneantes, Distinguidos, Inspectores, Inspectores Jefes, Tenientes, Capitanes, Mayores y

Comandante Superior, sin que ello signifique que sean o pertenezcan a las fuerzas armadas de Colombia y por consiguiente, sin que su régimen se deba asimilar a estas fuerzas, que constitucionalmente tienen sus excepciones en cuanto a carrera administrativa se refiere; pero para acceder al retiro de estos funcionarios el gobierno ha optado por aplicarles la ley 100 de 1993 lo que se traduce en (57 y 62 años de edad) según, sean mujeres u hombres.

Así que la reclamada juventud del ingreso se pierde en unos años y se pierde con la edad de retiro. Dando cabida así al sometimiento de la norma a una nueva demanda de inconstitucionalidad por el incumplimiento a adoptar sus reglamentos y convocatorias a los mandatos de la Ley 931 de 2004.

Frente al caso tratado como lo es la incorporación del personal al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, si bien es cierto, ya tuvo una demanda de inconstitucionalidad, con respecto al Decreto Ley 407 de 1997 en su Artículo 119 numeral 2 “en el momento del nombramiento” la Corte Constitucional ha limitado o restringiendo esta decisión y ha dejado la posibilidad para que se formulen nuevos casos de inconstitucionalidad contra la misma norma ya que no trató de fondo lo relacionado con la edad de vinculación y retiro de este personal, dejando así, una cosa juzgada relativa y dando paso a futuras demandas.

3.4.2. Derecho al Trabajo

El derecho al trabajo es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Nacional, que textualmente en su artículo 25, expone lo siguiente: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial

protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

La sentencia C-071 de 1993 hace relación a lo siguiente: (...) Entre los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo se encuentra "la igualdad de oportunidades para los trabajadores... y la remuneración... proporcional a la cantidad y calidad del trabajo", de conformidad con el artículo 53 superior (...).

De igual forma la sentencia C-071 de 1993 menciona que: (...) El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: "los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna", cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental (...).

De lo anterior se resume que sobre el derecho al trabajo existen muchas normas, jurisprudencia y convenios internacionales que tratan sobre la igualdad de oportunidades como un derecho fundamental. Por tal razón, para el acceso a la Administración Pública se ha establecido un sistema de reclutamiento de personal a través de convocatorias o concursos públicos que tratan de seleccionar a los aspirantes mediante el sistema de méritos.

3.5. Madurez en la Edad

La madurez en la edad, es una condición para determinar la plena capacidad que tienen los individuos para obrar con madurez intelectual y física, es lograr la plena capacidad de adquirir responsabilidades y obligaciones, consiste en alcanzar una edad cronológica establecida por la Ley, dependiendo el país donde se encuentre.

Que el C138 de la OIT, Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo entro en vigor el 19 junio 1976 y fue ratificado por Colombia el 02 de febrero de 2002, el cual en su Atículo 3, literal uno dice: “La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años”.

Con la Ley 27 de 1977 Octubre 26, el Congreso de Colombia, decreta: que la mayoría de edad en Colombia es a los 18 años de edad, edad en la cual el individuo obtiene la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, siendo uno de ellos el acceso a un trabajo digno sin discriminación de edad, sexo, raza en igualdad de condiciones.

No obstante, algunas instituciones, como la Aero civil y específicamente el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, en el decreto 407 de 1994 en su Artículo 119 numeral 2 exige límites edad tanto para el ingreso como para el ascenso de su personal; teniendo un respaldo con el Concepto del Consejo de Estado 1764, donde aclara que debido al cumplimiento de las funciones

especiales encomendadas a este grupo de servidores, que el legislador ha evaluado indispensables en un cuerpo caracterizado por ser armado, de carácter civil y permanente, e integrado por personal uniformado, jerarquizado, con régimen y disciplina especiales. Igualmente lo hace la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C- 811 de 2004.

Lo anterior ayuda a desarrollar la parte misional entregada a esta Institución, ya que requiere una excelencia y una amalgama de servidores, donde se mezcle la juventud y la madurez, la academia y la experiencia. Es allí donde sería importante tener jóvenes menores de 25 años como integrantes del Cuerpo de Custodia, ya que se deduciría que son personas prestas por su juventud a trabajar en las difíciles condiciones en que labora este segmento de servidores públicos. Lo cual justifica en régimen especial y tener su propia legislación.

Se pueden tomar varios países como referentes de exigencia en edad para ingreso a ciertas instituciones. Por ejemplo:

1. VENEZUELA.

Mayoría de edad 18 años.

Guardia Nacional de Venezuela o Guardia Nacional Bolivariana, es uno de los cuatro componentes (conforme al artículo 328 de la Constitución) que conforman la Fuerza Armada Nacional Bolivariana de Venezuela. Fundada el 4 de agosto de 1937. Teniendo requisitos, entre otros:

Específicos para los Aspirantes a Oficial de Comando:

1.- Edad comprendida entre 16 y 20 años.

Barrera, Beltrán, Cárdenas.

2.- Estatura mínima de 1.65 mts. (Masculino) y 1,60 mts. (Femenino) y peso proporcional a la talla. (Dirección de Educación, Edif.1 Comandancia General, El Paraíso, Caracas - Venezuela | Telf. (0212) 4063714 – 3749)

2. CHILE.

Mayoría de edad 18 años.

Gendarmería de Chile (GENCHI), es la institución penitenciaria de Chile encargada del orden, seguridad, reinserción social, cumplimiento de condenas en las prisiones y el resguardo de los Tribunales de Justicia. Creada el 30 de noviembre de 1921.

Requisitos de admisión (entre otros)

Aspirante a oficial

- Estatura mínima mujeres 1,58 metros
- Estatura mínima hombres 1,65 metros
- Edad entre 18 y 23 años (al momento del ingreso al plantel)

3. ESPAÑA.

Mayoría de edad 18 años.

Para ser admitido a la realización de las pruebas selectivas de ingreso en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias hombres y mujeres, los aspirantes deberán reunir los siguientes requisitos: (entre otros)...

- .Tener la nacionalidad española.
- .Tener cumplidos 16 años y no haber alcanzado la edad máxima de jubilación forzosa.

4. ARGENTINA

Mayoría de edad 18 años.

El Servicio Penitenciario Federal (SPF) es la institución del Estado argentino que tiene a su cargo el gerenciamiento y la administración de los establecimientos penitenciarios federales, y la ejecución de los programas criminológicos destinados a disminuir la reincidencia, a desalentar la criminalidad y a contribuir a la seguridad pública.

Actualmente, su funcionamiento se rige por las previsiones de la Ley Orgánica respectiva N° 20.416, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660 y reglamentos complementarios.

Los requisitos, entre otros son: ser argentino, tener entre 19 y 35 años de edad y poseer estudios primarios completos.

Como conclusión de este aparte, se puede mencionar que la edad mínima es una condición para determinar la plena capacidad que tienen los individuos para obrar con madurez intelectual y física, es lograr la plena capacidad de adquirir responsabilidades y obligaciones en el desempeño de sus labores. Esta se enmarca en parámetros que mediante la firma de convenios viene regulada por organizaciones como lo es la Organización Internacional del Trabajo OIT que regula, orienta y vigila a nivel mundial los derechos de los trabajadores.

En cada país, mediante la Constitución Política, se adopta una edad mínima como parámetro de mayoría de edad y como se evidencia en las instituciones citadas, cada una de ellas mediante sus reglamentos traza los parámetros de selección del personal requerido, siempre y cuando no vulnere los mandatos legales.

3.6. Contradicciones entre el Decreto 407 de 1994 y la Ley 931 de 2004

La sentencia C-811 de 2014 hace alusión a 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”, exponiendo que esta ley busca evitar que las personas puedan ser discriminadas en razón a su edad, para acceder a un trabajo. Sigue explicando que a fin de lograr este propósito establece una prohibición, ordena modificar otras normas y faculta al Ministerio de Protección Social para ejercer la vigilancia y sancionar a quienes violen esta ley. De igual manera, hace referencia a que la prohibición es tan amplia que no contempla ninguna excepción.

Por lo anterior es tan evidente que existe una gran contradicción entre lo expuesto en la ley 931 de 2004 y el decreto 407 de 1994, al tenor del artículo 2º de esta ley (...) 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 (...). Es tan amplio el alcance de la ley 931 de 2004 en el tema de la edad que la sentencia C-724 de 2007, se abstuvo de pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 1º de la ley 15 de 1958, por cuanto la ley 931 de 2004 derogó cualquier norma relacionada con requisitos de edad por regulación integral de la materia así en su contenido no lo haya expresado abiertamente. Por consiguiente y por sustracción de

materia es evidente que también quedaría derogado todo el enunciado del artículo 119 del decreto 407 de 1994.

La legislación colombiana ha prescrito que los factores decisivos para el reclutamiento y selección de los trabajadores son el mérito, capacidades, calidades, experiencia, profesión, entre otros y no es la edad el factor determinante en un proceso de convocatoria de personal.

La sentencia C-071/93 expone que la regla general en materia de función pública es la carrera, también dice que: (...) La ratio iuris de una carrera no es otra que la de racionalizar la administración mediante una normatividad que regule el mérito para el ingreso, el ascenso, los concursos, la capacitación, las situaciones administrativas y el retiro del servicio (...). En resumen lo que la Corte le dio importancia fue al sistema de mérito y dejar por fuera la selección de personal con factores subjetivos y al contrario ser más objetivos.

De otra parte, la sentencia C-071/93 trató de evidenciar que el estado no puede menospreciar o subvalorar la experiencia en la formación de una persona, pues las decisiones son más acertadas y prudentes y no son tomadas por impulsos. Como conclusión podemos acentuar que la ley 931 de 2004 fue expedida con el fin de evitar la discriminación por razones de edad en la búsqueda de trabajo por parte de las personas tanto en empresas privadas o entidades públicas.

Esta ley es muy importante porque dispuso que los reglamentos de todas las entidades deben eliminar las discriminaciones por concepto de edad. De igual forma tanto las convocatorias públicas o privadas no podrán imponer limitaciones o rangos de edad, sexo, raza, entre otros, de tal manera que se respete el principio de la igualdad y el derecho al trabajo y también que se valoren los méritos y calidades de las personas.

CONCLUSIONES

Dando respuesta a la pregunta si ¿la aplicación del artículo 119 numeral dos del Decreto Ley 407 de 1994, vulnera la Constitución Política Nacional de Colombia en sus artículos 1, 2, 13, 25, 26 y 40; en la exigencia con la edad para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC? desde nuestro punto de vista y a través de la investigación realizada consideramos que si vulnera derechos la limitante en la edad que trae consigo el Decreto 407 de 1994 en su artículo 119, numeral 2, por cuanto la ley 931 de 2004, en su esencia lo que quiso evitar y erradicar toda forma de discriminación, el limitante en la edad es una discriminación para las personas que aspiran a ser vinculadas al INPEC, ahora no se encontró la justificación del porque los 25 años, solo se tiene de forma caprichosa por parte del legislador, valga la pena recordar que este decreto es del año 1994, pero luego el mismo legislador corrigió estos yerros con la expedición de la ley 931 de 2004, entre otras formas de protección y no discriminación.

Así las cosas y retomando una de las hipótesis, en lo relacionado con la aplicación de Artículo 119 numeral 2 del Decreto Ley 407 de 1994 por el INPEC, esta aplicación normativa, vulnera la Constitución Política Nacional, toda vez que va en contravía de los derechos fundamentales contemplados en ésta y va en contra de la Ley 931 de 2004, que ordena que las convocatorias públicas y privadas no podrán contener límites de edad, sexo, raza, origen nacional o familiar.

Frente al cumplimiento de los objetivos propuestos tales como; analizar el marco legal y Constitucionalidad del Decreto ley 407 de 1994, en el Artículo 119 numeral segundo, exigencia en la edad para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia, del

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, y demás normas concordantes. Se puede decir que se cumplió a cabalidad, pues en el trabajo se realizó diferentes comparaciones y análisis no solo de la normatividad vigente y acorde en el tema, si no de diferentes sentencias que ayudaron a dar claridad y afianzar nuestra conclusión.

Frente al seleccionar y comparar diferentes leyes y jurisprudencia sobre vinculación laboral en el INPEC, que nos permita dilucidar conceptos de inconstitucionalidad en la norma, es un objetivo igualmente cumplido, toda vez que con el análisis y los conceptos que trae la sentencia C-811 de 2014, que abordó el tema estudiado, pero que lamentablemente no fue al fondo del asunto, se plasma con claridad que si hay, una contrariedad entre la edad exigida en el INPEC, para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia y la no discriminación de las personas enmarcada en la constitución y la ley.

De igual forma al analizar la aplicabilidad del Decreto Ley 407 de 1994 en su Artículo 119 numeral 2, referente al requisito de la limitación a la edad de incorporación del personal al INPEC y su posible Inconstitucionalidad, se deduce por parte de los aquí interesados que esta norma desde todas las luces es inconstitucional y debe ser borrada del ordenamiento jurídico.

Por último, al revisar la aplicabilidad del Decreto ley 407 de 1994, en el Artículo 119 numeral segundo, exigencia en la edad para ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, como requisito a la carrera administrativa en el INPEC, si este requisito va en contravía con la Ley 931 de diciembre 30 de 2004, demás normas concordantes, y su posible vigencia e inconstitucionalidad, debemos mencionar que el Estado colombiano, ha querido erradicar toda forma de discriminación, tanto por condiciones de sexo, raza, religión, condición política y edad, entre otras, para ello promulgo la ley 931 de 2004, la cual en

su esencia, fondo y articulado estableció la intensidad del Estado Colombiano, tanto así que la Corte Constitucional con la sentencia C-811 de 2014, ratifica lo normado por la citada ley y deroga una parte del artículo 119 de decreto 407, dejando para un segundo estudio de constitucionalidad todo el texto del numeral segundo *Ibídem*. Ahora es pertinente resaltar dentro de estas conclusiones que fallo el Estado Colombiano, en cuanto a la jerarquía de la ley 931 de 2004, toda vez que al faltar la derogatoria tácita de las normas que le sean contrarias, se debió dar una mayor jerarquía a la citada ley.

REFERENCIAS

Achondo, V. (2012). "Métodos de interpretación jurídica". En: Revista: Quid Iuris. Año 6, Volumen 16 Marzo de 2012. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/cnt/cnt4.pdf>

Carbonell, M. (2004) Igualdad y Constitución, México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. p. 39.

Comisión Asesora de Política Criminal (2012). Informe Final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Bogotá, junio de 2012. Recuperado de: <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Informe%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Asesora%20de%20Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf>

Congreso de la República de Colombia, (2004) Ley 931 DE 2004 (diciembre 30). "Por la cual se dictan normas sobre el derecho al trabajo en condiciones de igualdad en razón de la edad."

Congreso de la República de Colombia (1987). Ley 153 DE 1887 (Agosto 15). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

Constituyente, A.N.(julio 04 de 1991). Nueva Constitución Política de Colombia. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.

Barrera, Beltrán, Cárdenas.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (Bogotá D.C., 5 de junio de 2013).

Sentencia C-332/13. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (Bogotá D.C., 14 de febrero de 2007).

Sentencia C-099 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (Bogotá D.C., 5 de noviembre de 2014).

Sentencia C-811 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

Ezquiaga, F (2010). Argumentos interpretativos y postulados del legislador racional.

Buenos Aires: Editorial del cardo, Biblioteca Virtual Universal. Recuperado de

<http://www.biblioteca.org.ar/libros/153139.pdf>

Galvis, M.C. (2003). Sistema penitenciario y carcelario en Colombia: Teoría y realidad.

Bogotá: Universidad Javeriana. Recuperado de

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS92.pdf>

González, E. (2010). Situación Del Régimen de Carrera Administrativa en Colombia.

En: *Prolegómenos - Derechos y Valores*. Volumen XIII - No. 25 - Enero - Junio

2010. Bogotá. D.C. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3697005.pdf>

INPEC, (2014). Reseña histórica. Bogotá: INPEC. Recuperado de

<http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/ResenaHistorica>

Lerma, H.D.(2004). Metodología de la investigación (propuesta anteproyecto y proyecto.

Bogotá: Ecoe ediciones, pp. 25 a 83.

Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, (1994) Decreto ley 407 de 1994. Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

Petzold Pernia, H. (1974) La noción de igualdad en el derecho de algunos estados de America Latina. Maracaibo, Universidad de Zulia, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, 1974, pp. 21 y 22.

Rubio, F. (1993) La forma del poder. Estudios sobre la Constitución de Madrid. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p.640