

**Sentencia C-534/16**

**REEMPLAZO DE LA PRIMERA ETAPA DEL CURSO-CONCURSO POR UNAS CONDICIONES ESPECIALES PARA INGRESAR COMO GUARDIANES MUNICIPALES Y DEPARTAMENTALES AL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC-**Constituye una barrera para los demás interesados en ingresar a esa carrera que desconoce el derecho a la igualdad de oportunidades y el principio de carrera y mérito para acceder a cargos y funciones públicas

**REGIMEN DE PERSONAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-**Norma desconoce que la autoridad competente para la administración y vigilancia de la carrera es la Comisión Nacional del Servicio Civil

**REGIMEN DE PERSONAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-**Violación de la carrera administrativa, el principio del mérito y la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos públicos al pretermitir las etapas de selección por la experiencia de los guardianes de cárceles municipales y departamentales

**REGIMEN DE PERSONAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-**Inconstitucionalidad de la norma al establecer una ventaja para el acceso de guardianes municipales y departamentales a la carrera administrativa

**REGIMEN DE PERSONAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-**Experiencia no puede determinar el ingreso a la carrera en homologación de una etapa del concurso de méritos

**REGIMEN DE PERSONAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-**Guardianes de cárceles municipales y departamentales se ubican en las mismas circunstancias de quienes están interesados en acceder a la carrera respecto de los procesos de selección

**REGIMEN DE PERSONAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-**Pretensión de incentivar la incorporación al cuerpo de custodia y vigilancia de personas con experiencia omitiendo requisitos no se ajusta a la Constitución

**REGIMEN DE PERSONAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-**Vulneración del derecho a la igualdad al permitir el acceso a la carrera con base en los criterios de edad y experiencia sin cumplir con los requisitos del concurso de méritos

**PRINCIPIO DE SUJECION A LA LEY-**Autoridades públicas deben actuar en el marco estricto de sus competencias/**SOCIEDAD-**Derecho y deber de controlar esa actividad estatal

**ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-**Alcance/**ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-**Cumplimiento de carga argumentativa/**ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-**Aplicación del principio pro actione

**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-**Requisitos mínimos/**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-**Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

**CARRERA ADMINISTRATIVA Y PRINCIPIO DEL MERITO-**Reiteración jurisprudencial

**ESTADO-**Carácter social y de derecho

**CARRERA ADMINISTRATIVA-**Reafirmación como principio basilar del ordenamiento jurídico

**CARRERA ADMINISTRATIVA-**Alcance

**CARRERA ADMINISTRATIVA-**Criterios que justifican su relevancia en el Estado Social y de Derecho

**CARRERA ADMINISTRATIVA-**Ingreso por concurso de méritos

**PRINCIPIO DEL MERITO-**Aplicación

**MERITO-**Constituye una piedra angular sobre la cual se funda el sistema de carrera administrativa

**INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC-**Régimen de carrera

**CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA LEGISLATIVA EN REGIMEN DE CARRERA-**Creación de sistemas especiales

normativa superior. Finalmente, los accionantes también indicaron los grupos comparables alrededor de los cuales se evidenciaba el quebrantamiento al derecho constitucional a la igualdad.

2.3. En los anteriores términos se concluye que los señores Edinson Suescún Vásquez y Julián Andrés Corredor Rueda cumplieron con la carga que se les impone como promotores de la acción de inconstitucionalidad y, por lo tanto, hay lugar a efectuar un pronunciamiento de fondo.

### **Presentación del caso, planteamiento del problema jurídico y metodología**

3. Corresponde a la Sala examinar la constitucionalidad del artículo 176 del Decreto Ley 407 de 1994, “*Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*”, frente a la presunta infracción de los artículos 1, 2, 40-7 y 125 de la Constitución Política, esto es, en términos generales, el régimen de carrera administrativa y el principio del mérito.

Los accionantes invocaron como razones adicionales de inexequibilidad el quebrantamiento del derecho a la igualdad, artículo 13 de la Constitución Política, y el desconocimiento de la competencia constitucional de administración y vigilancia que le corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, artículo 130 de la Carta.

Atendiendo a dicho orden, la Sala abordará en un primer momento la presunta inconstitucionalidad del artículo 176 del Decreto Ley 407 de 1994, “*Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*”, en cuanto a la lesión al régimen general de carrera administrativa y al principio del mérito. Luego, frente a la lesión del marco constitucional al establecerse como requisito para el acceso a la carrera específica del INPEC de los guardianes municipales y departamentales la edad de 40 años, mientras que para los demás interesados la edad límite es de 25 años; y, finalmente, en tanto concede a autoridades internas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC facultades propias de la administración y vigilancia de la carrera administrativa.

4. Con fundamento en lo anterior, la Corte debe resolver los siguientes problemas jurídicos:

4.1. ¿Incurre el legislador extraordinario en una violación a la carrera administrativa y al principio del mérito al establecer presuntamente unas condiciones especiales de vinculación en favor de los guardianes municipales y departamentales, que se erigen como barrera para los demás ciudadanos que quieren aspirar a ingresar por concurso a la carrera del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria del INPEC?

4.2. ¿Vulnera el legislador extraordinario el derecho a la igualdad al fijar un requisito de edad aplicable a los guardianes municipales y departamentales más flexible (hasta 40 años), que aquél establecido para quienes aspiran a ingresar al régimen específico de carrera del INPEC, que pueden hacerlo solo hasta la edad de 25 años?

4.3. ¿Desconoció el legislador extraordinario la competencia constitucional prevista en el artículo 130 de la Carta en favor de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al conceder en el artículo demandado facultades para decidir sobre el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC a autoridades internas de este Instituto?

Con el objeto de resolver los anteriores cuestionamientos, la Sala reiterará la línea jurisprudencial que de manera consistente se ha construido sobre la significación de la carrera administrativa y el mérito en nuestro ordenamiento jurídico (i); asumirá el estudio de la carrera específica del INPEC (ii) y del estatus de los guardianes municipales y departamentales (iii); y, por último, efectuará el pronunciamiento sobre los cargos formulados (iv).

#### **(i) De la carrera administrativa y el principio del mérito. Reiteración jurisprudencial<sup>[18]</sup>.**

5. Pese a que nuestra Constitución Política no define expresamente los aspectos transversales que permiten la afirmación del Estado como social y de derecho, lo cierto es que desde sus primeros pronunciamientos la Corte Constitucional ha destacado la relevancia de muchos de los valores y principios previstos por el Constituyente de 1991 con el objeto de brindar dicha especificidad, análisis que con posterioridad adquirió connotaciones más fuertes al considerar que esos elementos de identidad de nuestro sistema no podían ser removidos, ni siquiera, por quien ejerce funciones de Constituyente derivado<sup>[19]</sup>.

Uno de los ejes que precisamente desempeñan tal rol es el de la carrera administrativa, cuyo contenido y alcance ha ocupado el ejercicio jurisdiccional por parte de esta Corte desde sus años iniciales de funcionamiento<sup>[20]</sup>, y permitió, tras un periodo de construcción de una sólida jurisprudencia, su reafirmación como principio basilar del ordenamiento jurídico<sup>[21]</sup>.

6. Normativamente, constituye referente de obligatoria mención el artículo 125 de la Constitución Política, del cual se derivan los siguientes postulados: (i) por regla general los empleos públicos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; (ii) la excepción recae sobre cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que determine la Ley<sup>[22]</sup>; (iii) la fijación del concurso público como el mecanismo idóneo y principal, salvo disposición en contrario, para acreditar con objetividad e imparcialidad el mérito; (iv) la necesidad de cumplir con los requisitos legales previstos para acreditar el mérito y calidades de los aspirantes como

condición para el ingreso y ascenso al servicio; y, (v) la prohibición de que la filiación política determine el nombramiento, ascenso o remoción de un empleo de carrera.

Conforme a lo sostenido por la Corte Constitucional de manera reiterada, la carrera administrativa es un principio que, además, tiene una función instrumental, de garantía, para la satisfacción de **finés estatales** y de la función pública; de **derechos fundamentales**, como el del trabajo en condiciones de estabilidad; y del **derecho a la igualdad**, en el trato y en las oportunidades.

7. Por su parte, la relevancia de la carrera administrativa dentro del Estado Social y de Derecho ha sido justificada en torno a tres criterios, a partir con mayor precisión de la Sentencia C-588 de 2009<sup>[23]</sup>, y que fueron recogidos en la Sentencia C-673 de 2015<sup>[24]</sup>, en los siguientes términos:

*"8.1. El primero corresponde al criterio histórico, según el cual durante la historia del constitucionalismo colombiano<sup>[25]</sup> ha existido una constante preocupación por establecer en las reformas constitucionales desde 1957<sup>[26]</sup> y en la ley, la preeminencia de la carrera administrativa frente a otras formas de selección de personal, ello con el fin de eliminar las prácticas clientelistas, el "amiguismo" o el nepotismo en la conformación de la burocracia estatal, y de establecer el ingreso de funcionarios eficientes para el cumplimiento de las finalidades del Estado a partir de la valoración del mérito de los aspirantes. De esta forma, en el marco de la necesidad de fortalecer el modelo democrático, la carrera administrativa se constituye en la regla general y en una variable indispensable para la concepción de un Estado democrático.*

*8.2. El segundo criterio es de carácter conceptual y refiere al entendimiento de la carrera administrativa como un principio constitucional<sup>[27]</sup> que tiene como aspecto nodal la consideración del mérito como base determinante para el ingreso, permanencia y retiro de los cargos del Estado.*

*Por consiguiente, la asimilación de la carrera administrativa como un principio constitucional significa que el artículo 125 de la Constitución Política es una norma superior de aplicación inmediata que contiene una base axiológica-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento jurídico. En ese sentido, como lo ha definido esta Corte, "el principio de la carrera administrativa cumple el doble objetivo de (i) servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público, y (ii) conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y las finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes"<sup>[28]</sup>.*

*8.3. El tercer criterio es de naturaleza teleológica, toda vez que se relaciona con las finalidades que cumple la carrera administrativa como eje preponderante en el andamiaje constitucional, como quiera que articula varios propósitos definidos por el constituyente, a saber: (i) permite el reclutamiento, a través de concursos de méritos, de personal óptimo y capacitado para el ejercicio de la función pública, con el fin de brindar transparencia, eficacia y eficiencia en la administración pública<sup>[29]</sup>; (ii) materializa el derecho a la igualdad de los ciudadanos que aspiran al ejercicio de un cargo público (art. 13 de la Carta) y garantiza el respeto por la disposición constitucional según la cual todos los ciudadanos tiene derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40 ibídem)<sup>[30]</sup>; y, (iii) proporciona una estabilidad laboral a los servidores que cumplen sus funciones con sujeción a la Constitución y a la ley (art. 53 ibídem)<sup>[31]</sup>.*

8. Ahora bien, con el objeto de que la carrera como sistema de administración de personal cumpla su objetivo de permitir el ingreso de las personas más capacitadas para el ejercicio del servicio público -como expresión del mérito-, se requiere de la configuración de un escenario en el que tal posibilidad se viabilice, a través de un procedimiento abierto y democrático en el que los interesados compitan, bajo la sujeción de parámetros transparentes y claros, con el ánimo de demostrar su merecimiento en el acceso al cargo pretendido. Dicho marco es, por regla general el concurso<sup>[32]</sup>.

9. Finalmente, en cuanto al principio del mérito, también ha sostenido la jurisprudencia constitucional que su aplicación no es sólo en la carrera administrativa, en donde su mayor expresión encuentra sentido, dado que con independencia del cargo de que se trate, lo cierto es que la prestación eficiente de los servicios a cargo del estado exige, como condición necesaria, la concurrencia de capacidades en quienes están encargados de su prestación.

En ese sentido, el mérito constituye una piedra angular sobre la cual se funda el sistema de carrera administrativa, habida cuenta que evalúa la capacidad del funcionario público como factor definitorio para ocupar el cargo, comprobando en el proceso de selección las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de un empleo público. En conclusión, conforme a lo precisado en la Sentencia C-673 de 2015:

*"según ha interpretado y reiterado de forma sistemática esta Corporación, la carrera administrativa es un eje definitorio del ordenamiento constitucional porque provee el método que mejor protege los principios del mérito, la transparencia, la eficacia y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos del Estado. Por esa razón, el sistema de carrera tiene un carácter general y preferente para la provisión de los servidores estatales, en tanto garantiza la selección objetiva del personal más idóneo y calificado para brindar eficacia y eficiencia a la administración pública."<sup>[33]</sup>*

**(ii) De la carrera específica del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.**

10. En reiteradas ocasiones esta Corporación ha sostenido que, con fundamento en la cláusula general de competencia legislativa que corresponde al Congreso de la República, artículo 150 de la Constitución Política, y a lo dispuesto en los artículos 125 y 130 ibídem, es dable la estipulación de regímenes específicos de carrera<sup>[34]</sup>. Al respecto, la Sala Plena sostuvo que:

*“5.2.- Esta corporación ya ha tenido oportunidad de reconocer que la existencia de sistemas específicos de carrera de origen legal es constitucionalmente válida, en la medida en que se enmarca dentro de la competencia del Legislador para regular el ejercicio de la función pública, en general, y de la carrera administrativa, en particular (art. 125, 130 y 150 CP). Ello se justifica teniendo en cuenta la singularidad y especificidad de algunas funciones al interior de la administración pública, que no siempre permiten su homologación con las tareas que normalmente cumplen los servidores públicos en la generalidad de entidades del Estado”<sup>[35]</sup>.*

11. La existencia de estos, empero, no implica una autorización para abandonar la regla general de acceso al servicio público, ni tampoco el principio del mérito, pues, por el contrario, es su reafirmación en condiciones especiales lo que justifica la excepción a la aplicación integral de normas generales vigentes en la materia. O, en otros términos, es la búsqueda de la eficiencia y eficacia en la prestación diversa de los servicios encomendados al Estado, que exige como condición necesaria un capital humano calificado, lo que concede un ámbito de maniobra para la configuración de escenarios normativos particulares con flexibilidad. En tal sentido, en la sentencia C-588 de 2009 se consideró que:

*“En efecto, según la jurisprudencia constitucional, todos los empleos de carrera administrativa se encuentran sometidos al principio del mérito y en ese sentido, aún los específicos de creación legal carecen de identidad propia, es decir, no son autónomos e independientes, puesto que, en realidad, constituyen “una derivación del régimen general de carrera, en cuanto que, debiendo seguir sus principios y postulados básicos, sólo se apartan de éste en aquellos aspectos que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades, justificándose, en estos casos, la expedición de una regulación complementaria más flexible”, pero “manteniendo en todo caso los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia.”<sup>[36]</sup> <sup>[37]</sup>.*

12. La definición y estructuración de estos regímenes específicos, con miras a evitar que la normativa general se convierta en excepción, debe contar con una justificación objetiva, un principio de razón suficiente, que se funda en la singularidad y especificidad de las funciones asignadas a la entidad en beneficio de la cual se prevé la regulación diferencial<sup>[38]</sup>. También debe tenerse en cuenta que, aún bajo ese presupuesto, la libertad de configuración abarca solo aquellos aspectos que de manera relevante incidan en la adecuada prestación de la función pública, de manera que hagan compatible con sus funciones el régimen general de carrera<sup>[39]</sup>.

13. Uno de los sistemas específicos de carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro de personal es el vigente para el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, tal como se reconoce expresamente en el artículo 4º de la Ley 909 de 2004, *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”<sup>[40]</sup>*

13.1. Ahora bien, este régimen específico encuentra antecedente en el Decreto 1661 de 1965, *“por el cual se organiza la carrera penitenciaria”*, que otorgó el control de ese sistema a la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia y que estableció como condición de ingreso la demostración de idoneidad a través de un procedimiento de selección<sup>[41]</sup>.

13.2. Con posterioridad a la Constitución de 1991, y en virtud de las facultades conferidas por su artículo 20 transitorio al Gobierno Nacional, se creó el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC mediante el Decreto 2160 de 1992, producto de la fusión de la Dirección General de Prisiones y el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia<sup>[42]</sup>. Su naturaleza, conforme a lo establecido en el artículo 2º ibídem, correspondió a la de un establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa<sup>[43]</sup>. Posteriormente, en virtud del Decreto 1890 de 1999, *“Por el cual se reorganiza el Ministerio de Justicia y del Derecho y se dictan otras disposiciones sobre la materia relacionada con las entidades que integran el Sector Administrativo de Justicia”*, se reiteró que el INPEC era una entidad adscrita a dicho sector<sup>[44]</sup>.

14. El objeto misional que se encuentra a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario radica, principalmente, en la vigilancia, custodia y tratamiento de las personas privadas de la libertad<sup>[45]</sup>, quienes, a su turno, no solo son titulares de derechos fundamentales, entre ellos la dignidad<sup>[46]</sup>, sino también destinatarios de la obligación estatal de ofrecer las condiciones necesarias para su resocialización y reincorporación a la sociedad<sup>[47]</sup>. Por lo anterior, es razonable la existencia de un régimen de carrera específico en el INPEC.

15. Finalmente, el referido régimen específico de carrera se encuentra previsto en el Decreto Ley 407 de 1994<sup>[48]</sup>, *“Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”*, que, en síntesis, contiene las siguientes reglas y previsiones:

- Los empleos de la planta de personal del INPEC son, por regla general, de carrera (artículo 10º), y su provisión se realiza mediante nombramiento en periodo de prueba o por ascenso, previo concurso o curso. Excepción hecha frente a los cargos de libre nombramiento y remoción, cuya provisión se realiza a través de nombramiento ordinario (artículo 12).
- La carrera penitenciaria, como sistema técnico de administración de personal, tiene por objeto garantizar la **eficiencia** en la prestación del servicio, **igualdad** en el acceso al empleo y **estabilidad** tras su ingreso, en aplicación del **principio del mérito** (artículo 77).
- Dentro del régimen de carrera específico del INPEC existen dos categorías de personal, (1) administrativo, cuya selección se adelanta mediante concurso; y, (2) del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que ingresa “a través de curso previa selección” (artículos 78 y 80).
- Los concursos pueden ser abiertos o de ascenso (artículo 86). Por su parte, el *proceso de selección o concurso* comprende las siguientes etapas: convocatoria, reclutamiento, aplicación de pruebas o instrumentos de selección, conformación de lista de elegibles, y periodo de prueba (artículo 87).
- Los cursos pueden ser de **formación, orientación, complementación, capacitación, actualización y especialización**<sup>[49]</sup>, y son dictados directamente por la Escuela Penitenciaria Nacional o, bajo su dirección, por otras instituciones académicas reconocidas.
- El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional tiene a su cargo la prestación de un servicio público esencial, con la misión de **mantener** y garantizar el orden, la seguridad, la disciplina y los programas de resocialización en los centros de reclusión; y, **proteger** los derechos fundamentales de la población privada de la libertad, conforme a las disposiciones internas y a los convenios y tratados vinculantes para el Estado (artículo 113).
- El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria es armado, tiene carácter civil y permanente y está sometido a un régimen de disciplina también especial (artículo 117), con la posibilidad de hacer uso de los medios coercitivos autorizados, de manera razonable y proporcional a la situación a conjurar (artículo 114).
- Los requisitos para ingresar a dicho Cuerpo son: (1) ser colombiano; (2) tener más de 18 y menos de 25 años de edad; (3) ser bachiller; (4) tener definida la situación militar; (5) demostrar excelentes antecedentes morales, personales y familiares; (6) no tener antecedentes penales ni de policía; (7) contar con los certificados de aptitud médica y psicofísica; (8) aprobar el curso de formación; y, (9) “(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.”<sup>[50]</sup>.
- Conforme a lo dispuesto en el artículo 121, una vez reunidos los anteriores requisitos el *aspirante seleccionado* ingresa a la Escuela Penitenciaria Nacional, como alumno; de superar el curso, a *solicitud de su Director*, es nombrado como Dragoneante en periodo de prueba (artículo 122).
- El escalafón de la carrera está compuesto por los siguientes categorías y grados (artículo 127):

“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.”.

### (iii) De los guardianes municipales y departamentales.

16. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 65 de 1993, “*Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*”<sup>[51]</sup>, el Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el INPEC, todos los centros de reclusión que funcionan en el país, la Escuela Penitenciaria y los demás organismos adscritos o vinculados. A su turno, según el artículo 16 ibídem, los establecimientos de reclusión nacionales son creados, fusionados, suprimidos, dirigidos y vigilados por el INPEC<sup>[52]</sup>.

Estos últimos establecimientos penitenciarios, actualmente en un total de 137, son denominados genéricamente ERON o Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional, están ubicados en 6 regionales y albergan más de 118.000 personas<sup>[53]</sup>.

17. Además de estos, el artículo 17 estipula que corresponde a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas y al Distrito Capital crear, fusionar o suprimir, dirigir, organizar, administrar, sostener y vigilar sus respectivas cárceles, para personas detenidas preventivamente o condenadas, por orden de autoridad policiva, a sanciones que impliquen la privación de la libertad por la comisión de contravenciones<sup>[54]</sup>. Así mismo se prevé que el INPEC ejercerá la **inspección y vigilancia** de estos centros, y que los municipios y departamentos deberán incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para, entre otros aspectos, cubrir los gastos de los empleados<sup>[55]</sup>.

Así entonces, además de que en el orden territorial existen ERON a cargo del INPEC, también se previó por el legislador de 1993 la competencia para los municipios, distritos y departamentos de crear cárceles, a su cargo, con el objetivo de, tal como establece el artículo 17, albergar un tipo concreto de personas.

18. El término “departamentales” contenido en la anterior disposición fue objeto de pronunciamiento de constitucionalidad por parte de esta Corte, mediante la Sentencia C-471 de 1995, en la que se afirmó que en virtud de la descentralización administrativa, de naturaleza territorial, era dable que el legislador estableciera dicha competencia. Así, sostuvo que:

*“Dentro del criterio de descentralización de que se habla, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, no encuentra esta Corporación incompatibilidad alguna entre la Carta Política y el artículo 17 demandado, ya que la creación, fusión, supresión en materia carcelaria, de competencia de los departamentos y municipios, no quebranta el concepto del Estado unitario en cuanto la ley conserva en cabeza del Gobierno Nacional, por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario “INPEC”, la ejecución de las sentencias penales y la detención precautelativa, la evaluación de las medidas de seguridad y la reglamentación y control de las penas accesorias, dejando solamente a los departamentos y municipios, así como a las áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, la creación, fusión o supresión de cárceles para aquellas personas detenidas precautelativamente y condenadas por contravenciones “por orden de autoridad policiva”, y es bien sabido que tanto para el régimen departamental como en el municipal, estos entes pueden prestar aquellos servicios públicos “que determinen la Constitución y las leyes” (artículos 298, 311 y 365 C.P.).*

*Si bien es cierto, como lo afirma el actor, que el Decreto 1817 de 1964 establecía en cabeza de la Nación la facultad de crear, organizar, dirigir, administrar, sostener y vigilar las penitenciarías, colonias agrícolas nacionales, cárceles de cabeceras de distrito judicial y cárceles de ciudades donde funcionara juzgado superior, en el marco de un Estado unitario también descentralizado, pero con mayor moderación, de conformidad con la Constitución de 1886, la Carta Política de 1991 amplió las posibilidades de descentralización, y en consecuencia, de traslado de competencias del sector central a las entidades territoriales, más aún en tratándose de determinados servicios como el que es objeto de análisis, bajo las condiciones y requisitos establecidos por la propia Constitución y la ley, lo cual es consecuencia, precisamente, de la expresa determinación del Constituyente de permitir una mayor descentralización de las funciones a cargo del Estado, y de dotar de más autonomía a aquellas entidades, a fin de facilitar el cumplimiento de los objetivos propios de un Estado Social de Derecho.”*<sup>[56]</sup>

19. Concordante con la anterior disposición, el artículo 76.6 de la Ley 715 de 2001, “*Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación, salud, entre otros*”, dispuso que era competencia de los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otras fuentes, actuar, en coordinación con el INPEC, en la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de cárceles para la población prevista en el artículo 17 de la Ley 65 de 1993, recién citada<sup>[57]</sup>.

20. De las disposiciones normativas referidas, pueden extraerse las siguientes conclusiones: (i) aparte de los establecimientos de reclusión creados por el INPEC existen otros que, en todo caso bajo su inspección y vigilancia, son instituidos por municipios, departamentos, áreas metropolitanas o por el Distrito Capital; (ii) el personal que labora en los centros del INPEC es beneficiario de un régimen específico de carrera administrativa, mientras que aquellos empleados al servicio de cárceles municipales y departamentales, establecidas en virtud de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 65 de 1993, son empleados vinculados a las plantas de personal de los respectivos entes territoriales; y, (iii) **en principio**, la población carcelaria de los centros municipales y departamentales conforme a la referida norma corresponde a detenidos preventivamente y, según el tenor inicial de la norma, condenados por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva.

(iv) Solución a los problemas jurídicos planteados.

**Primer cargo. Violación de la carrera administrativa y el principio del mérito por el artículo 176 del Decreto Ley 407 de 1994,**

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

21. Atendiendo a la línea jurisprudencial que ha construido la Corte Constitucional sobre la trascendencia del principio de la carrera administrativa en un Estado democrático y participativo, y de aquellos otros principios y categorías que delimitan la vía adecuada para ingresar al servicio del Estado como lo son el principio del mérito y el concurso público, puede afirmarse que si la disposición cuestionada favorece de algún modo la pretermisión de las etapas dispuestas para el ingreso ordinario en carrera al Cuerpo de Vigilancia y Custodia del INPEC, sobre esa norma podría recaer *en principio* una presunción de inconstitucionalidad, que deberá ser analizada en el contexto de su aplicación.

22. En esa dirección lo primero que debe determinarse es el alcance efectivo del enunciado previsto en el artículo 176 del Decreto Ley 407 de 1994, “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”, que dispone:

*“Aceptación de guardianes municipales y departamentales. Los guardianes municipales y departamentales que presenten solicitud ante el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, podrán ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, siempre y cuando sean evaluados favorablemente por el Director del establecimiento carcelario correspondiente, lleven más de cinco (5) años de servicio, no superen los cuarenta (40) años de edad, sean aceptados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, y exista la vacante.”*

22.1. Una lectura analítica inicial permite sostener que la disposición contiene una *permisión*, relacionada con la posibilidad de ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional; y, que los *destinatarios* son, por un lado, los guardianes municipales y departamentales y, por el otro, las autoridades del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, entre ellas su Director General.

Retomando las precisiones efectuadas en el acápite (iii) “**De los guardianes municipales y departamentales**”, se reitera que estos funcionarios son aquellos que, conforme al artículo 17 de la Ley 65 de 1993, “*Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*”, laboran en las cárceles municipales, departamentales, distritales y de áreas metropolitanas que, si bien son objeto de inspección y vigilancia por el INPEC, dependen directamente de los entes territoriales, su vinculación laboral y régimen es, en consecuencia, también el propio del orden territorial.

22.2. Ahora bien, ¿qué condiciones deben cumplirse bajo el artículo 176 para que los guardianes municipales y departamentales puedan ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional?; y la respuesta conforme al tenor literal de dicha disposición es: (i) una solicitud por parte del interesado ante el Director del INPEC, (ii) la evaluación favorable por el Director del establecimiento carcelario correspondiente, (iii) más de 5 años de experiencia laboral como guardián municipal o departamental, (iv) no superar 40 años de edad, (v) la aceptación de la petición por parte del INPEC y (vi) la existencia de una vacante.

22.3. También debe destacarse que el artículo cuestionado establece que los guardianes municipales y departamentales “*podrán*” ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC una vez presentada su solicitud<sup>[58]</sup>, lo que indica que tras la petición existe la posibilidad de que no lo hagan, entonces, ¿de qué depende en últimas su ingreso? Al respecto, si se vuelve sobre las condiciones previstas en la disposición acusada, se evidencia que dos de ellas, en principio, no expresan un criterio objetivo: (ii) la evaluación favorable por el Director del establecimiento carcelario correspondiente y (v) la aceptación por parte del INPEC. A su turno, tanto la solicitud, como la experiencia, la edad y la existencia de la vacante son elementos objetivos, de fácil verificación, que se cumplen o no.

22.4. Frente a la evaluación favorable, por su parte, podría argumentarse que en la medida en que los guardianes municipales y departamentales, en condiciones ideales, hacen parte de una planta de personal municipal o departamental sometida a los principios generales de la carrera administrativa, sus evaluaciones del servicio configurarían este requisito. Situación más problemática implicaría el reconocer que dicha evaluación tampoco cuenta con criterios que la permitan ser objetivable, o que los guardianes por estar en las plantas de personal respectivas en condición de provisionales, tampoco son evaluados bajo parámetros preestablecidos, claros y objetivos.

22.5. Y, en esta misma línea, ¿qué alcance tiene la expresión “*y que sean aceptados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*”?; ¿implica esa aceptación el ejercicio de una competencia discrecional? o, por el contrario, tal como lo sugirió el INPEC en su intervención en este proceso, ¿implica que el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia le exige al peticionario adelantar y aprobar el curso respectivo? Al lado de estas preguntas, además, surge una última, ¿qué quiere decir “*ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC*”?

22.6 La respuesta a estas inquietudes parte del mismo marco normativo previsto en el Decreto 407 de 1994, “*Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*”, específicamente del artículo 119 que se ocupa de establecer los requisitos generales para “*ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional*”<sup>[59]</sup>.

Y ello es así en razón a que la referida disposición establece, tal como lo hace el artículo 176 *ibídem*, los **requisitos para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia**, en el primer caso para guardianes municipales y territoriales, y en el segundo para aquellas personas interesadas en acceder a la carrera y que no ostentan esa condición de guardia municipal o departamental, esto es, el primero para un grupo específico, y el artículo 119 para todo aquél interesado en acceder al Cuerpo de Custodia y Vigilancia<sup>[60]</sup>.

Ahora bien, aunque los dos artículos regulan “el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia”, solo el artículo 119 incluye en sus incisos 9º y 10º haber aprobado el curso de formación y tener en cuenta los resultados de la selección, mientras que en el artículo 176, aunque tiene el mismo objeto de regular el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia para los guardianes municipales y departamentales, no se hace relación a trámite alguno atinente al concurso - curso.

23. Para la Sala el entendimiento del artículo 176 del Decreto Ley 407 de 1994, “*Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*” implica que su finalidad consiste en ingresar en carrera al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC. Ahora bien, resta por establecer si, tal como se refirió párrafos anteriores, la aceptación de la petición de ingreso por parte del INPEC trae como consecuencia el desconocimiento de las etapas que garantizan el acceso al servicio bajo el principio del mérito.

23.1. En este sentido cabe destacar que mientras en el artículo 119 se prevé para el acceso a la carrera específica la aprobación del curso (numeral 9º) y los resultados del proceso de selección (numeral 10º); en el artículo 176 *ibídem* no se hace referencia a ninguno de los referidos componentes, por lo que una primera aproximación permitiría concluir que, en últimas, la aceptación por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario es una facultad discrecional de sus autoridades.

23.2. Otra posibilidad llevaría a sostener que la aceptación por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC de la solicitud de ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia no excluye el requisito de adelantar y aprobar el curso respectivo, de lo que se concluiría que para el guardián municipal y departamental se concedería el beneficio de no presentar las pruebas previas de selección, a cambio de tres requisitos: (i) la evaluación favorable por el Director del establecimiento carcelario correspondiente, (iii) una experiencia laboral como guardián municipal o departamental superior a 5 años, y (iv) no superar 40 años de edad.

23.3. Una tercera y última hipótesis consiste en afirmar que la norma no tiene como pretensión omitir el cumplimiento de los requisitos generales previstos para el ingreso ordinario a la carrera específica del INPEC, y en consecuencia los guardianes municipales y departamentales tendrían que, además de cumplir con los requisitos previstos en el artículo 176 del Decreto 407 de 1994, “*Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*”, superar todas las etapas del concurso – curso de méritos.

23.4. La primera y la tercera de las anteriores posibilidades de interpretación no son de recibo para la Sala en la medida en que, primero, el INPEC afirmó en su intervención dentro del presente asunto que los guardianes municipales y departamentales debían adelantar el curso para poder ser inscritos en carrera, esto es, inscribirse en la segunda fase de los concursos-cursos a los que se somete en su integridad la población que está interesada en ingresar al servicio del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, y esta afirmación constituye un elemento a tener en cuenta porque la Institución es quien interviene en la aplicación efectiva de la norma<sup>[61]</sup>.

En segundo lugar, la hipótesis según la cual el guardián municipal y departamental se somete a la integridad del proceso de selección no es justificable frente a la existencia misma de la disposición, dado que esta se esfuerza por establecer unos requisitos diferenciales que algún beneficio deben implicar, y porque, en todo caso, bien podría haberse sostenido que para los efectos de los concursos – cursos dichos funcionarios podrían participar hasta los 40 años, siempre que tuvieran 5 años de experiencia, empero, la lectura de la norma evidencia la iniciación de un procedimiento independiente al concurso, una petición, que, se insiste, debe implicar un beneficio adicional.

Y, finalmente, la hipótesis referida a la concesión de un beneficio automático de inscripción a la carrera ofrecería razones de inconstitucionalidad más fuertes que el segundo de los alcances ofrecidos, por tanto, con miras a asumir el control de constitucionalidad sobre la interpretación más ponderada de la disposición demandada, se acogerá aquella que sostiene que el acceso a la carrera en virtud del artículo 176 del Decreto 407 de 1994, “*Por el cual se establece el régimen de carrera de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*”, exige adelantar el curso de formación.

24. En conclusión, corresponde a la Sala analizar si la norma demandada, en cuanto permite a los guardianes municipales y territoriales<sup>[62]</sup> ingresar a la carrera de Custodia y Vigilancia del INPEC con el cumplimiento de unos requisitos específicos y la presentación del curso de formación, lesiona los principios de carrera administrativa, mérito, igualdad de oportunidades, y todos aquellos que involucran este eje.

25. En dicha dirección, lo primero que debe establecerse es la justificación que subyace a la referida disposición, para concluir, luego, si se encuentra, con fundamento en un principio de razón suficiente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida excepcional. El



análisis de la disposición demandada evidencia como aspecto determinante para conceder el beneficio, la experiencia que se cuenta en el ejercicio de la vigilancia y custodia de cárceles municipales, departamentales, distritales o de áreas metropolitanas. Experiencia que, quizá como incentivo para el acceso a la carrera del INPEC, generó una flexibilización en los requisitos objetivos e imparciales que los demás deben cumplir, incluido el relacionado con la edad.

26. Bajo ese presupuesto, pertinente resulta recordar la regla que la Corte Constitucional definió en otra oportunidad, que si bien lo hizo con ocasión de un estudio de constitucionalidad frente a un acto legislativo modificatorio de la Carta<sup>[63]</sup>, y este no es el caso, constituye un elemento de aplicación en el presente asunto dados sus contornos jurídicos y fácticos similares. Así, en esa oportunidad la Corte adelantó un control de regularidad de una norma que pretendió conceder ventajas en los concursos públicos por contar con experiencia en el ejercicio de los cargos ofertados, concluyendo que tal “homologación” de pruebas de conocimiento por la experiencia y estudios adicionales trasgredía la carrera administrativa<sup>[64]</sup>. Al respecto, sostuvo que:

*“6.1.25. En **conclusión** una vez realizado el test o metodología de la sustitución en su premisa mayor, premisa menor y premisa de síntesis, comprueba la Corte que con el Acto Legislativo No 4 de 2011 se está sustituyendo parcial y temporalmente el principio de carrera administrativa y sus elementos que lo componen de mérito e igualdad, ya que con dicha reforma se otorga un puntaje adicional por el solo hecho de la permanencia y los estudios adicionales. Este puntaje adicional sustituye el principio estructural de la carrera administrativa ya que en este caso la selección del personal no se funda solamente en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante, sino en otros criterios que harían nugatorio que el proceso de selección a los cargos públicos se realice en condiciones de igualdad. Reitera la Corte que la carrera administrativa tiene un vínculo estrecho con el concurso público ya que los sistemas de evaluación del personal garantizan la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar y asumir las funciones propias de su cargo, e impedir de este modo que prevalezca la arbitrariedad del nominador o criterios subjetivos o irrazonables para la selección del personal.”<sup>[65]</sup>*

27. Ahora bien, con base en las normas que sobre régimen de carrera fueron citadas en el apartado (ii), “De la carrera específica del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC”, y su materialización en el actual concurso público que se adelanta por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacantes en el empleo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11 del régimen de carrera específico del INPEC, se evidencia que la estructura del proceso concurso – curso está conformada por dos fases: la primera, de concurso, que incluye pruebas psicológica, de valores y físico-atlética, y entrevista; y, la segunda, de curso<sup>[66]</sup>.

28. Es estos términos, entonces, es claro para la Sala que la disposición cuestionada lesiona la carrera administrativa, el principio del mérito y la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos públicos, pues conforme al precedente jurisprudencial se están pretermitiendo etapas de selección, objetivas e imparciales que acreditan el mérito del aspirante, por la experiencia que los guardianes de cárceles municipales y departamentales ostentan. En concreto no se exige agotar la Fase I, que incluye pruebas psicológica, de valores y físico-atlética, y entrevista

29. Dada la dificultad para encontrar una justificación a la medida en los debates que dieron origen a la norma, pues en el caso de los Decretos con fuerza material de ley esos antecedentes no constan en acta alguna, puede sostenerse que su objetivo recayó en incentivar el acceso a la carrera del INPEC -que se materializa en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON), por parte de personas que ostentan una experiencia laboral similar en cárceles del orden municipal, distrital y territorial que, al menos originalmente, tenían competencia para recibir personas con medidas de seguridad y sancionadas pero por faltas provenientes de contravenciones.

30. No se desconoce que como parte de la crisis carcelaria que ha venido persistiendo en el país se incluya el poco personal con el que cuentan los establecimientos de reclusión para conservar la disciplina y el orden, por un lado, pero para garantizar también, por el otro, la vigencia de los derechos fundamentales de los internos y su proceso de resocialización<sup>[67]</sup>.

31. Dicha falencia, sin embargo, no justifica adoptar medidas que violen las reglas de acceso a los cargos públicos, máxime cuando la función a cargo del INPEC adquiere tal relevancia en la existencia misma del Estado, que requiere de un personal preparado, idóneo y de las más altas calidades, pues sobre ellos recae, en parte, la responsabilidad de viabilizar que la pena cumpla, en prisión, las funciones para las cuales fue prevista. Al respecto, en la Sentencia C-233 de 2016<sup>[68]</sup> se afirmó que<sup>[69]</sup>:

*“28. Profundizando puntualmente en la ejecución de las penas, conviene señalar que el sistema penal consagra como funciones de la pena la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado. No obstante, solo la prevención especial y la reinserción social son las principales funciones que cobran fuerza en el momento de la ejecución de la pena de prisión (art. 4º del Código Penal), de tal forma que como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional desde sus inicios<sup>[70]</sup>, en el Estado social de derecho la ejecución de la sanción penal está orientada hacia la prevención especial positiva, esto es, en esta fase se busca ante todo la resocialización del condenado respetando su autonomía y la dignidad humana como pilar fundamental del derecho penal.*

*De allí que la teoría actual de la pena refiera a que el tratamiento penitenciario deba estar dirigido a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, y deba propender por hacer que el condenado tenga la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, en desarrollo de una actitud de respeto por su familia, el prójimo y la sociedad*

en general. Es lo que se conoce como la humanización de la pena a partir del postulado de la dignidad humana que establece el artículo 1º de la Constitución Política<sup>[71]</sup>.

32. En esas condiciones, entonces, dados los derechos, principios y valores que se encuentran detrás no solo de la carrera administrativa sino de la función del INPEC, a través de su Cuerpo de Custodia y Vigilancia, el artículo demandado es inconstitucional, pues establece una ventaja para el acceso de guardianes municipales y departamentales a la carrera administrativa, que consiste en no presentar la primera fase del concurso - curso, esto es las pruebas psicológica, de valores y físico-atlética, y entrevista, a cambio de presentar una solicitud de ingreso ante el Director del INPEC, haber sido evaluados favorablemente por el Director del establecimiento carcelario correspondiente (criterio subjetivo sin parámetros previos establecidos), llevar más de 5 años de servicio, no superar 40 años de edad y ser aceptados por el INPEC. Por su parte, los ciudadanos que quieran acceder a este régimen de carrera específica deben tener entre 18 y 25 años de edad, y pasar todas las etapas del concurso - curso; diferenciación en el trato que no encuentra justificación y que lesiona el derecho a la igualdad en el acceso a cargos públicos, así como los principios de la carrera administrativa y del mérito.

33. Ahora bien, podría afirmarse que aunque idealmente los guardianes de cárceles municipales y departamentales solo deben custodiar a personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad<sup>[72]</sup>, en la práctica el estado inconstitucional de cosas del sistema penitenciario ha permitido que a dichos centros ingresen personas en cumplimiento de penas proferidas por autoridad judicial, y, en esa medida, su experiencia en el campo específico podría ser relevante. Sin embargo, bajo este presupuesto, reiterando nuevamente lo considerado en la Sentencia C-249 de 2012<sup>[73]</sup>, se insiste en que esa experiencia no puede determinar el ingreso a la carrera en homologación de una etapa del concurso concretamente de la Fase I.

34. Por lo anteriormente expuesto, este primer cargo la demanda debe prosperar, destacándose de una vez que esta decisión ubica a los guardianes de cárceles municipales y departamentales en las mismas circunstancias de quienes están interesados en acceder a la carrera del INPEC, esto es, deberán adelantar los procesos de selección en los términos previstos en la Ley. No obstante, resta el estudio de los relacionados con la presunta lesión de los artículos 13 y 130 de la Constitución Política.

#### **Segundo cargo. Violación del artículo 13 por la disposición acusada.**

35. Sostuvieron los accionantes que en la medida en que el artículo 176 del Decreto Ley 407 de 1994 prevé la posibilidad de que guardianes municipales y departamentales puedan ingresar a la carrera del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC hasta una edad de 40 años, mientras que para el resto de los interesados solo puede hacerse hasta los 25 años, conforme al artículo 119 *ibidem*, constituye una lesión al principio de igualdad de trato.

36. Reiterando la jurisprudencia de esta Corporación<sup>[74]</sup>, la igualdad ostenta la condición de *valor*, en la medida en que establece fines o propósitos de realización exigible a todas las autoridades; *principio*, pues su comprensión alcanza la categoría de mandato de optimización; y, *derecho*, dado que radica una potestad o facultad subjetiva sobre sus titulares. Ahora bien, de la cláusula de protección del artículo 13 de la Constitución Política se derivan tres (3) mandatos: (i) la igualdad de trato ante la Ley, que implica la imparcialidad en la aplicación del derecho; (ii) la prohibición de discriminación, estableciendo además algunos criterios que en consideración de la Corte generan sospecha de inconstitucionalidad cuando la diferencia se basa en ellos, tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión y la opinión política y filosófica; y, (iii) un deber de promoción y trato especial, con el objeto de la consecución de la igualdad material.

Desde las más tradicionales concepciones, como la de Aristóteles -estrechamente ligada con la justicia-, se ha considerado que la igualdad implica tratar igual a los iguales y de manera diferente a quienes lo son, empero el verdadero aspecto por resolver consiste en cómo dotar de contenido a esa máxima. Con tal objeto, y desde su condición de principio, se ha afirmado que la igualdad de trato implica: (i) dar el mismo trato a situaciones idénticas; (ii) dar un trato diferente a situaciones que no tienen elementos en común; (iii) dar un trato paritario a situaciones de hecho que presentan similitudes y diferencias, cuando las primeras son más relevantes; y, (iv) dar un trato diferente a situaciones que de hecho presentan similitudes y diferencias, cuando quiera que las últimas son más relevantes.

En estos términos, la presunta lesión del principio a la igualdad implica un análisis relacional, en el que a partir de un criterio determinado y jurídicamente relevante se analizan dos grupos, sujetos o situaciones involucrados. Para adelantar metodológicamente ese estudio, dotándolo de mayor racionalidad, la Corte acudió en sus inicios, algunas veces, al test de proporcionalidad europeo (que comprendía el análisis de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de la medida), y otras, al test de igualdad de la tradición jurídica norteamericana (caracterizado por definir el espectro de la competencia del juez en su análisis de constitucionalidad, "a mayor amplitud de configuración por el legislador menor amplitud en la competencia del juez constitucional", bajo tres criterios de intensidad: control estricto, intermedio y leve).

Los inconvenientes en la aplicación de cada uno de ellos tomado independientemente<sup>[75]</sup>, llevó a que, en las Sentencias C-093 de 2001<sup>[76]</sup> y C-673 de 2001<sup>[77]</sup>, se propusiera un *test de igualdad integrado*, que obedece a la aplicación del juicio de proporcionalidad con diferentes intensidades y que desde entonces se ha venido manejando en dos fases: la primera, en la que se define el criterio de comparación (i) y si en el plano fáctico y jurídico se configura un trato igual entre desiguales o desiguales (ii). A continuación, en la segunda fase, el objetivo es determinar si esa diferencia está justificada o no, valorando las razones a través de 3 elementos: (1)

la legitimidad del fin buscado, (2) el medio empleado y (3) la relación medio a fin. Dicho análisis, además, comprende las herramientas propias de un estudio de intensidad en los términos propuestos originalmente desde la tradición norteamericana.

En este sentido, la *regla general* es que el test debe ser leve, dado que se presume la sujeción de la disposición al ordenamiento superior y se da prevalencia al principio democrático. La excepción más clara a aquella la configura el test estricto, cuando, entre otros supuestos, se verifica que la diferencia de trato se funda en criterios sospechosos, como aquellos establecidos en el inciso primero del artículo 13 de la Constitución Política<sup>[78]</sup>.

Finalmente, existe la posibilidad de realizar un test intermedio, que la jurisprudencia ha aplicado en casos en los que la medida puede ser *potencialmente* discriminatoria. En relación con este último test, en la Sentencia C-104 de 2016, se precisó que:

*"Este test examina que el fin sea legítimo e importante, "porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver", y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin."*<sup>[79]</sup>.

En similar sentido, en la Sentencia C- 673 de 2001, se manifestó que:

*"Por su parte, el test intermedio involucra elementos más exigentes de análisis que el test leve. Primero, se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Segundo, se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial."*<sup>[80]</sup>.

37. La Sala hace énfasis en este último test en la medida en que jurisprudencialmente se ha admitido que la edad, específicamente cuando sirve de delimitación por lo máximo, constituye un criterio diferenciador *semi-sospechoso*, cuya constitucionalidad debe analizarse bajo un test intermedio.

Al respecto, en providencia C-811 de 2014, que revisó la constitucionalidad del artículo 119 numeral 2 del Decreto Ley 407 de 1994, "*Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*"<sup>[81]</sup>, se afirmó que la edad no parece ser un criterio *prima facie* inconstitucional dado que: (i) no es un rasgo permanente de la persona; (ii) históricamente no existen prácticas discriminatorias en función de este criterio; (iii) a la edad se adscriben condiciones como la madurez y la condición física, y por tanto no parece un criterio de distinción arbitrario o caprichoso; y, (iv) no se ha estipulado normativamente que la edad se constituya en un criterio sospechoso. No obstante, agregó, en la medida en la que este elemento ha permitido establecer diferenciaciones, que no atienden al mérito, tampoco es un criterio neutral de diferenciación, de ahí que el test que se haya aplicado sea el intermedio<sup>[82]</sup>.

38. En el presente asunto, los grupos a comparar están conformados, por un lado, por los guardianes de cárceles municipales y departamentales que desean ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC (Grupo A) y, por el otro, por la generalidad de ciudadanos que tienen la pretensión de ingresar también a esa carrera específica (Grupo B).

Para el Grupo A, el artículo 176 del Decreto Ley 407 de 1994 establece un límite de edad para el ingreso a la carrera de 40 años, siempre que se acrediten más de 5 años de experiencia en el ejercicio de las funciones de guardián; y, para el Grupo B, el artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994 establece un límite de 25 años.

Los Grupos A y B son comparables, dado que constituyen ciudadanos que pretenden obtener el ingreso a una carrera específica y acceder a los beneficios laborales que de ello deriva, como la estabilidad propia de un sistema de administración de personal en el que el ascenso y el retiro también dependen del mérito.

Objetivamente, conforme a la disposición demandada, el criterio diferenciador lo constituye la experiencia de la que goza el Grupo A en el ejercicio de funciones similares a las que se desempeñan en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, y dicha experiencia ubica a los miembros pertenecientes al Grupo B en desventaja frente a los del Grupo A, dado que para los primeros el acceso a la carrera se restringe a los 25 años de edad.

Al encontrarse que los grupos son conmensurables y que existe una distinción en el trato, el estudio que debe adelantarse está dirigido a determinar si hay una justificación para ello, debiendo analizarse si el fin es legítimo e importante, y el medio adecuado y conducente, para, en ese contexto, examinar la relación medio-fin.

39. Con tal objetivo es imprescindible determinar las razones que subyacen a la disposición demandada, las cuales, en principio, corresponde brindarlas al Legislador (ordinario o extraordinario), pues en ejercicio de su competencia constitucional dotó de fuerza normativa dentro del sistema jurídico un enunciado que él mismo delimitó, desde el punto de vista de su literalidad (atendiendo a las reglas semánticas y sintácticas aplicables) y con fundamento en lo que consideró trascendente proteger.

En este caso el autor del artículo 176 del Decreto Ley 407 de 1994 fue el Gobierno, en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso, por tal motivo no existe la posibilidad de consultar antecedentes legislativos para, a través de su análisis, encontrar elementos que permitan identificar lo que impulsó a su expedición. Aunado a lo anterior, el Gobierno no intervino en el trámite de la acción. Pese a ello es plausible asumir, dado el contexto normativo bajo estudio y que el test que se está efectuando es intermedio, que una medida como esta tiene el fin de *motivar* la entrada al servicio de personas que cuentan con *experiencia*, tras el ejercicio de funciones incluso similares a las que les correspondería asumir como integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

40. **Legitimidad e importancia del fin** - El acceso al servicio público de personas con experiencia beneficia la adecuada prestación de los servicios a cargo del Estado. En el marco constitucional vigente puede afirmarse que la incorporación al servicio estatal de personas con experiencia constituye un fin legítimo, pues concede valor a la dedicación de quienes destinan sus esfuerzos físicos, intelectuales y morales a la prestación del servicio público, adquiriendo con el paso del tiempo y de la práctica cotidiana una cualificación relevante para lograr la eficiencia en el ejercicio de la función administrativa.

El fin además es importante, pues al tenor de lo dispuesto en los artículos 2º y 209 de la Constitución el Estado debe garantizar el ejercicio adecuado de las funciones a su cargo en beneficio de la toda la comunidad, y con sujeción a principios tales como la eficacia y la celeridad. Aunado a lo anterior, es relevante para el Estado la puesta en marcha de una política penitenciaria y carcelaria que cumpla con su finalidad, y con tal propósito la cualificación del personal que se dedica a la guardia de los establecimientos de reclusión es trascendental.

41. El **medio** adoptado por el legislador extraordinario para obtener la captura de personal con experiencia (superior a 5 años) consistió en ampliar el rango de edad en comparación con la regla general prevista en el artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994, permitiendo la incorporación a la carrera administrativa específica de las personas del Grupo A hasta los 40 años.

En el contexto de la disposición demandada hay que considerar que, además de flexibilizar el rango de edad, el legislador extraordinario adicionó otro elemento al medio que no se puede desconocer en este estudio, y que consiste en conceder beneficios en el marco del concurso-curso, que se traducen en que el Grupo A no debe adelantar las pruebas de la primera fase.

42. **Adecuación y conducencia del medio.** Determinado lo anterior, si se analiza la relación que existe entre el fin y el medio, **compuesto por el criterio de edad y el beneficio en el concurso-curso**, concluye la Sala que este no es adecuado y conducente para lograr mejorar la prestación del servicio público, dado que la experiencia bien puede jugar un papel importante a la hora de evaluar las hojas de vida de los aspirantes, pero también es claro que la garantía superior y regla general que se ha establecido para el acceso al servicio de las personas más capacitadas continúa siendo el concurso público, con todas sus etapas, dentro del cual luego de la presentación de pruebas objetivas y de superar otras fases del concurso se nombra a quienes demuestran tener mejores condiciones.

Aunado a lo anterior la Sala considera que el estado de crisis que esta Corporación ha verificado en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país<sup>[83]</sup>, exige el respeto por los escenarios que garantizan en mejor forma el acceso, transparente y objetivo, del personal más idóneo, que no es otro que el concurso público, por lo que la pretensión de incentivar la incorporación al Cuerpo de Custodia y Vigilancia de personas con experiencia omitiendo requisitos como aquellos a los que aquí se ha hecho referencia, no se ajusta a la Constitución.

43. Diferente es el caso en que el legislador simplemente hubiera adoptado la flexibilización del criterio *de* edad, dado que si se busca a personas con experiencia superior a 5 años sería difícil encontrarlas en un rango limitado de 18 a 25 años, por lo tanto, con el ánimo de ofrecer condiciones de realizabilidad a la norma, sería dable establecer una diferencia en casos en los que el interesado cuenta con la experiencia. Una medida en tal sentido, además, incentivaría una mayor posibilidad de empleo para personas que van acercándose a un periodo de madurez y que por tal motivo no encuentran escenarios para su acceso laboral, como ocurre en el mismo sector en el que se aplica la disposición aquí cuestionada, en el que el legislador estableció como causal de retiro cumplir determinadas edades en el ejercicio de los diferentes grados<sup>[84]</sup>.

Así, lo que esta Sala reprocha a la norma no es *per se* la modificación de la edad con el objeto de tener en cuenta la experiencia, sino la validez de adicionar a dicho elemento la flexibilización en los requisitos que se imponen a la generalidad de la población para el acceso a la carrera, y que viene dado en el marco de un concurso público.

44. En conclusión, el trato diferente brindado a los Grupos A y B por el legislador obedece a un fin legítimo, sin embargo el medio seleccionado por el legislador extraordinario, compuesto por un criterio de edad y otro de selección que exige al Grupo A de adelantar una parte del concurso - curso, no es adecuado ni conducente para lograr la debida prestación del servicio penitenciario y carcelario, y no lo es porque aunque la experiencia puede ser un criterio válido de valoración de las condiciones de los aspirantes, es el concurso el instrumento por excelencia para garantizar, en un marco de objetividad y transparencia, el ingreso al servicio de las personas que acreditan las mejores condiciones; por lo tanto, se verifica la lesión del derecho a la igualdad y el cargo debe prosperar.

**Tercer cargo. Violación del artículo 130 por la disposición acusada.**

45. De conformidad con lo sostenido por los demandantes, la disposición acusada quebranta el mandado previsto en el artículo 130 constitucional, que concede a la Comisión Nacional del Servicio Civil la competencia para administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, salvo aquellas con carácter especial. La lesión, afirman los promotores de la acción, se cifra en el hecho de que autoridades diferentes a las de la Comisión Nacional del Servicio Civil determinan el ingreso de los guardianes municipales y departamentales al Cuerpo de Custodia y Vigilancia, como los directores de establecimientos carcelarios y, en general, funcionarios del INPEC.

46. Con el objeto de atender este cargo, y con miras a decidir sobre la constitucionalidad del artículo 176 del Decreto Ley 407 de 1994, “*Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*”, debe la Sala reiterar la jurisprudencia que de manera uniforme se ha venido construyendo a partir de la Sentencia C-1230 de 2005<sup>[85]</sup>, que analizó la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 909 de 2004, “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”.

Concretamente, la Sala efectuó un estudio sobre el numeral 3° de la referida disposición, según el cual la *vigilancia* de los sistemas específicos de carrera corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, concluyendo que esa disposición se ajustaba a la Carta siempre y cuando se incluyera la *administración* de los mismos. Al respecto, precisó lo siguiente:

*“En consecuencia, acorde con los artículos 125 y 130 de la Carta, la interpretación que se ajusta al espíritu de dichas normas, es aquella según la cual, es a la Comisión Nacional del Servicio Civil a quien corresponde administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, con excepción de aquellas carreras especiales que tengan origen constitucional. Ello significa que se constituye en un imperativo constitucional, que se le asigne a dicha Comisión tanto la administración como la vigilancia de la carrera general y de las carreras especiales de origen legal, estas últimas, denominadas por el legislador carreras específicas.*

*Cabe destacar que, aun cuando es cierto que el legislador goza de un amplio margen de configuración política para desarrollar lo concerniente a la implementación del sistema de la carrera, tratándose de la carrera general y de los sistemas especiales de carrera de origen legal, dicha habilitación no comprende ni compromete la definición de competencia sobre las funciones de administración y vigilancia de las carreras, por ser éste un asunto del que se ha ocupado directamente la Constitución Política, precisamente, al asignarle a través del artículo 130 las dos funciones a la Comisión Nacional del Servicio Civil.”<sup>[86]</sup>*

47. La regla jurisprudencial que deriva de dicho pronunciamiento, se formula en el siguiente enunciado: “*la administración y vigilancia de los regímenes específicos de carrera corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil*”, cuyo cumplimiento por parte del artículo demandado se procede a analizar.

48. Tal como se expuso en el acápite (II) de las consideraciones de esta providencia, el régimen de carrera del INPEC es específico, pues la naturaleza de la función ejercida lo justifica y la Ley también lo reconoció (artículo 4° numeral 2° de la Ley 909 de 2004).

El artículo demandado concede a las autoridades administrativas del INPEC la competencia de admitir el ingreso de los guardianes municipales y departamentales al Cuerpo de Custodia y Vigilancia, pues la incorporación depende de una evaluación del Director del establecimiento carcelario correspondiente y la petición se eleva ante el Director del INPEC.

También debe advertirse que esta disposición excluye a sus beneficiarios de la aplicación de las reglas de carrera que prevé el mismo Decreto Ley 407 de 1994, “*Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*”, para la generalidad de la población interesada en ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia, y que sobre su constitucionalidad esta Corporación no ha efectuado pronunciamiento particular.

Si bien no se desconoce que a través de la Sentencia C-507 de 1995 esta Corporación consideró ajustadas a derecho las disposiciones que en vigencia de este régimen otorgaban competencia de administración a la Comisión de la Carrera Penitenciaria (artículos 82 y 83), en este caso, la disposición revisada es diferente, su contenido incluso excluía a sus destinatarios de esa Comisión y, además, el escenario jurídico ha variado a partir de que la Corte reafirmó consistentemente la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar y vigilar las carreras específicas.

Así, se concluye que en el **caso de los guardianes de las cárceles municipales y departamentales**, en los términos previstos por la norma, el ingreso a la carrera no está administrado y vigilado de manera objetiva y transparente por la autoridad encargada en virtud de las disposiciones constitucionales y legales.

49. Aunado a lo anterior, el artículo 176 del Decreto Ley 407 de 1994, “*Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*” condiciona la viabilidad de la inscripción de guardianes municipales y departamentales a que haya vacantes. Sin embargo, no define criterios para establecer en qué casos de vacancia hay lugar a incorporar guardianes de cárceles municipales y territoriales. Esa falta de certeza concede otro margen de discrecionalidad a las autoridades del INPEC al momento de

determinar la incorporación de estos guardianes, pues bien podrían destinarse todas las plazas existentes para ellos y restringir completamente el acceso en condiciones de igualdad para la población interesada en pertenecer al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

50. En esas condiciones la norma desconoce que la autoridad a quien el constituyente le otorgó competencia para la administración y vigilancia de la carrera específica es la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que contraría lo dispuesto en el artículo 130 de la Carta, Pero, además, genera un campo de discrecionalidad que riñe con los principios generales que inspiran la carrera administrativa.

### **Conclusiones.**

51. El legislador extraordinario vulneró los principios de carrera administrativa, mérito e igualdad de oportunidades para el acceso a cargos públicos (artículos 1º, 2, 13, 40-7 y 125), al establecer en el artículo 176 del Decreto Ley 407 de 1994 requisitos especiales para un grupo de personas, guardianes municipales y departamentales<sup>[87]</sup>, con miras a su ingreso a la carrera específica del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, y que reemplazan la primera etapa de los concursos – cursos a los que se somete la generalidad de la población que está interesada en el acceso a dicho servicio.

Esos requisitos, concretamente, (i) una solicitud por parte del interesado ante el Director del INPEC, (ii) la evaluación favorable por el Director del establecimiento carcelario correspondiente, (iii) más de 5 años de experiencia laboral como guardián municipal o departamental, (iv) no superar 40 años de edad, (v) la aceptación de la petición por parte del INPEC y (vi) la existencia de una vacante, reemplazarían las etapas que se adelantan en la primera fase de selección previo al curso, y que se concretan en pruebas psicológicas, de valores, física u entrevista. En estos términos, entonces, se reitera la regla según la cual no es dable homologar requisitos como la experiencia para efectos de no adelantar en su integridad las etapas de los procesos de selección.

Aunado a lo anterior, no se encontró un motivo razonable que permita dicha excepcionalidad para los guardianes municipales y departamentales, por el contrario, se relleva la necesidad de preservar al máximo el principio del mérito en el ejercicio de una función tan esencial dentro de la estructura estatal, como lo es el tratamiento de las personas que infringen la ley penal y frente a las cuales debe procurarse su resocialización.

52. Aplicado el test intermedio de igualdad para analizar el segundo cargo, se concluye que el fin del artículo demandado “*el acceso al servicio público de personas con experiencia beneficia la adecuada prestación de los servicios a cargo del Estado*” es legítimo e importante, pero que el medio escogido, compuesto por la flexibilización del criterio de edad y el beneficio de no adelantar todo el proceso objetivo de selección por concurso-curso, no es adecuado ni conducente para su consecución, dado que en vigencia de la Constitución si bien la experiencia puede ser un criterio a tenerse en cuenta a la hora de evaluar un aspirante, el concurso público es la herramienta idónea, transparente y objetiva, para garantizar la óptima prestación del servicio carcelario y penitenciario por parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

53. Finalmente, a través de la norma demandada también se lesiona el artículo 130 de la C.P., pues permite que autoridades diferentes a quienes por mandato constitucional deben ejercer la administración y vigilancia de la carrera, decidan el ingreso de personas a la carrera específica del INPEC.

### **VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### **RESUELVE**

Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 176 del Decreto Ley 407 de 1994, “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”.