



El mérito como elemento esencial del Estado Social de Derecho. Un aporte de la Corte Constitucional colombiana

Pedro Javier Barrera Varela
Colombia

Revista Iberoamericana de Gobierno Local
Número 12, Granada, Mayo, 2017
ISSN: 2173-8254

www.revista.cigob.net



Secretaría General
Iberoamericana

Secretaria-Geral
Ibero-Americana





Resumen: El sistema meritocrático en el caso colombiano, se encuentra en plena fase de construcción, donde aún persisten intereses oscuros que pervierten el buen sentido del ingreso meritocrático a los puestos públicos, dirigidos incluso, desde las esferas más altas del poder. Sin embargo, en esta crisis de legitimidad democrática, resulta interesante, como la Corte Constitucional se ha tomado en serio su papel de poder contramayoritario, para servir de verdadero freno a los otros poderes, que han querido vapulear el sistema objetivo de la carrera, para privilegiar nombramientos de tipo discrecional.

Por ello, el aporte más interesante de la jurisprudencia colombiana es la fijación del mérito, como un elemento esencial e insustituible del estado social de derecho, convirtiéndose sin duda alguna, en un vivo ejemplo de defensa de la meritocracia. Partiendo de un análisis netamente jurisprudencial, con algunas reflexiones y críticas del presente autor, presentamos este documento al lector iberoamericano.

Palabras clave: Mérito, Función Pública, jurisprudencia constitucional, acceso igualitario, carrera administrativa en Colombia.

Abstract: The meritocracy in the Colombian case is finding itself in the developing phase, in which there are ambitious interests that pervert the good sense of recognized meritocratic at the public positions, even directed, from the highest spheres of power. Nevertheless, in this crisis of democratic legitimacy, it is interesting, that the Constitutional Court has taken seriously the role as counter-weight to the majority, to serve as authority figure on the other powers, who wants to trample the objective system of the career, to favor some guys with Discretionary appointments.





For this reason, the most interesting contribution on Colombian jurisprudence is the determination of merit, like an essential and irreplaceable (main) element of the social law state, becoming undoubtedly, for example: the defense of meritocracy. Based on the clearly jurisprudential analysis, with some reflections and criticisms of the author, we are making this paper public to the Ibero-American reader.

Key words: Merit, civil service, case-law, equal ingress, equal access, career at public institutions in Colombian.



INTRODUCCIÓN¹

En el presente artículo se realizará un análisis jurisprudencial de las principales sentencias sobre el mérito como criterio de ingreso a la función pública, dictadas por la Corte Constitucional de Colombia, -en adelante Corte Constitucional- entre el período de 1992 a 2016, no siendo caprichosa la selección de este lapso, sino que coincide con misma creación misma de esta Corporación; toda vez que previo a la Constitución Política de 1991, en Colombia, no existía la Corte Constitucional como corporación autónoma, sino que se reducía a una sala de la Corte Suprema de Justicia.

Frente a la metodología de estudio de las sentencias, se tomaron los elementos propuestos por el profesor López Medina sobre la elaboración de análisis dinámico de jurisprudencia (LOPEZ, 2006), siendo útil para la selección de las que son sentencias hito, el punto arquimédico, la sentencia fundadora y el nicho citacional.

Como se trata de un período de 24 años de jurisprudencia constitucional, para facilitar la comprensión de la evolución jurisprudencial, se han propuesto cinco escenarios constitucionales. Siendo coherente con los escenarios propuesto, como primera medida, se planteará como la Corte Constitucional ha sido enfática en la protección del derecho fundamental de acceso igualitario a los cargos públicas frente a criterios fijados en la normativa que conllevan a prácticas discriminatorias; en segundo lugar, se presenta como a través de la jurisprudencia constitucional se puso fin a los sistemas de incorporación y promoción automática fijados por el legislador, como tercer punto, se demostrará la tensión que ha tenido la el principio del mérito frente al sistema de libre nombramiento y remoción, siendo la jurisprudencia de la Corte, un instrumento efectivo para limitar la expansión del nombramiento excepcional; posteriormente, se analizarán las sentencias mediante las cuales se consolida el sistema de concurso abierto, como único medio de acceder a los cargos públicos, pero también, demostraremos como con el pronunciamiento más reciente sobre esta materia, la Corporación se aleja de su propio

¹ Pedro Javier Barrera Varela: Doctorando en Derecho. Universidad Externado de Colombia. Magister en derecho administrativo. Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional. Universidad Externado de Colombia. Abogado. Universidad de Boyacá. Cargo actual: Ejecutivo en Administración de Cartera y Procesos Especiales de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Seccional de Sogamoso. Dirigente sindical SINEDIAN. Correo electrónico: pjabogado26@gmail.com

precedente constitucional, razón por la cual argumentamos con vehemencia porque nos apartamos de esta interpretación, y finalmente, plantear la tesis según la cual, la Corte Constitucional identifica los principios de mérito, carrera administrativa y acceso igualitario a los cargos públicos, como elementos esenciales del estado social de derecho, que no pueden sustituirse, incluso por vía de reforma constitucional.

Quizás este último punto, sea el más interesante aporte de la jurisprudencia constitucional colombiana, toda vez que la amalgama de principios: mérito, carrera, y acceso igualitario, adquieren una connotación mayor o prevalente en el mismo ordenamiento constitucional.

I. DE LA DEFENSA DEL DERECHO DE ACCESO IGUALITARIO A LOS CARGOS PÚBLICOS FRENTE A CRITERIOS DISCRIMINATORIOS

Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en Colombia, se ha tenido que realizar una defensa de la carrera administrativa, como procedimiento objetivo, imparcial, y transparente para salvaguardar la eficacia y la eficiencia en la Administración Pública.

Sin duda alguna, el concurso de méritos debe ser un procedimiento que esté al alcance de todos los ciudadanos colombianos, con la única exigencia de cumplir los requisitos exigidos para el ejercicio del cargo. De suerte, que ese fue el derrotero de la Corte Constitucional en sus sentencias, eliminar la arbitrariedad que podía derivar de la aplicación de las leyes, frente al establecimiento de prerrogativas, beneficios, o discriminaciones irrazonables que vulneraran el principio de igualdad de oportunidades, en desarrollo de los procesos de selección para el ingreso a la función pública.

Se debe advertir, que el principio fundamental que se garantiza es el del mérito, entendido como la no discriminación, reflejado en una igualdad formal de oportunidades para los aspirantes a un cargo de la administración.

Fue así como en la sentencia **C-071 de 1993**², la Corte Constitucional declaró inexecutable el literal b) del artículo 17 del Decreto Ley 010 de 1992, que establecía una barrera en el acceso igualitario a los cargos públicos, para el ingreso en la carrera diplomática de todos los colombianos que tuviesen más de 30 años de edad. Dentro de la justificación de la decisión encontró la Corporación, que la edad no es un criterio relevante que justifique un argumento razonable para discriminar a un gran sector de la población colombiana y, en consecuencia, se desconocía el derecho político de acceso a los cargos públicos.

En relación con el “mérito”, se concluyó que este elemento es *“la piedra de toque del ingreso a la carrera”* y que *“tal idea es heredera espiritual de las ideas platónicas acerca del filósofo-rey”* (Corte Constitucional, C-071 de 1993).

En pronunciamiento posterior, **T-245 de 1998**, la Corte Constitucional resolvió amparar los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y trabajo, de una aspirante a la carrera docente, quien, al culminar el concurso, fue superada por concursantes que resultaron beneficiadas por ser oriundas de la región. En dicha ocasión, la alta corporación, estableció que el acceso a la carrera debe fundamentarse exclusivamente en criterios objetivos como el mérito y las calidades personales, en consecuencia: *“El otorgamiento de un determinado puntaje a ciertos aspirantes, motivado exclusivamente por la condición de ser oriundos de la región donde se van a prestar los servicios, confiere un privilegio violatorio del derecho a la igualdad, porque desconoce los méritos y calidades de los aspirantes”*.

² Queremos hacer una aclaración para los lectores que no están familiarizados con la citación de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana. Por tanto, cuando se hace referencia a una sentencia tipo “C”, son aquellas en las que se examina la Constitucionalidad de una disposición legislativa, en tanto que, si se cita una sentencia con “T” inicial, nos referimos a sentencias de tutela, conocido como derecho o recurso de amparo en otros ordenamientos. Existe una tercera tipología que son las Sentencias de Unificación “SU”, donde se integran varios expedientes de tutela en un solo fallo, en aras de que se unifique la jurisprudencia por la Corporación.

En la **C-040 de 1995** se abordó el estudio de constitucionalidad del Decreto 1222 de 1993³ “Por el cual se desarrollan los numerales 3 y 4 del artículo 29 de la Ley 27 de 1992”, y concretamente frente al tema que nos ocupa, el artículo 9, donde se fijaba un margen de discrecionalidad en favor del nominador, para que hiciera la provisión del empleo producto de un concurso de méritos, con una de las personas que se encontrare dentro de los tres primeros puestos de la lista de elegibles.

El Alto Tribunal, declaró inexecutable la disposición que permitía el nombramiento de entre los tres aspirantes que ocupaban los primeros lugares en la lista de elegibles, y en su lugar, impuso la obligación de nombrar al primero de la lista, por haber sido el ganador dentro de una sana competencia, logrando una selección justa, equitativa, imparcial y adecuada a las necesidades del servicio público. Asimismo, se argumentó, que el sistema de carrera, es el mecanismo para garantizar el derecho de todos a formar parte de la administración pública en igualdad de condiciones y oportunidades.

En la sentencia **C-041 de 1995**⁴, se estableció que designar a la persona más capacitada para el ejercicio del cargo, responde a tres principios básicos del Estado social de derecho: *(i) La participación de los ciudadanos en igualdad de condiciones, (ii) la justicia que impone designar al mejor de los concursantes para la tarea de servir a la comunidad, y (iii) la defensa del interés general, representado en la designación de la persona más indicada para el manejo de la cosa pública.*

Esta postura fue ratificada en sentencias posteriores, pero se quiere llamar la atención en la **SU-086 de 1999**, donde se presentaron once tutelas solicitando nombramientos en los cargos de magistrados de tribunales, con ocasión de un concurso de méritos de la rama

³ En principio, la Corte Constitucional solo tiene competencia para conocer de aquellas demandas de inconstitucionalidad que se dirigen contra leyes, puesto que, la revisión de constitucionalidad de los decretos y en general de los actos administrativos es competencia de la jurisdicción del Contencioso-Administrativo en cabeza del Consejo de Estado. Sin embargo, existen ciertos decretos como los decretos legislativos y decretos-ley, que en su sentido material, son Ley, por ello, en este caso el asunto le compete a la Corte Constitucional y no al Consejo de Estado colombiano.

⁴ La Corte declaró **EXEQUIBLE** la expresión “la conformación de lista de elegibles” del artículo 4° del Decreto 1222 de 1993, bajo el entendido de que conforme a la sentencia C-040 de 1995, el ganador del concurso deberá ser el nominado y que efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán de acuerdo con las personas que sigan en estricto orden descendente.

judicial. Se acumularon los expedientes, porque la entidad nominadora: Consejo Superior de la Judicatura, había designado a personas que habían obtenido puntajes inferiores a los de los accionantes, es decir, que no siguió el estricto orden de méritos de las listas de elegibles. Este caso resulta de gran relevancia, porque la Corte Constitucional tuvo que revocar los fallos de tutela que conoció en segunda instancia la Corte Suprema de Justicia.⁵

II. EL FINAL DE LOS SISTEMAS DE INCORPORACIÓN AUTOMÁTICA CREADOS POR EL LEGISLADOR COLOMBIANO

Cuando se realiza un diagnóstico de la carrera administrativa en Colombia, se evidencia que muchos de los funcionarios que se encuentran escalafonados en el sistema de carrera, nunca presentaron, ni aprobaron un concurso de méritos, llegándose a cuantificar esta población en el 80% de los funcionarios inscritos en carrera, según informe anterior al año 2004 (GARCIA, 2010)

Para contrarrestar esta debilidad de la administración pública de permitir el ingreso a la carrera sin la existencia de un concurso de méritos, la Corte Constitucional colombiana en diferentes oportunidades ha declarado la inexecutable de instrumentos normativos que permiten ya sea la inscripción o la promoción automática en el sistema de carrera, entre estos casos nos interesa presentar los de las sentencias **C-030 de 1997** y **C-539 de 1998**.

En el primero de los pronunciamientos, el Alto Tribunal se ocupó del estudio de constitucionalidad de los artículos 5° y 6° de la Ley 61 de 1987 *"por la cual se expiden normas sobre la Carrera Administrativa y se dictan otras disposiciones"*, y el artículo 22 de la ley 27 de 1992 *"por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre la administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones."*,

⁵ Dada la estructura de la rama judicial en Colombia, donde no existe una jerarquía entre las Altas Cortes, sino que están en el mismo nivel: Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura, llama mucho la atención aquellas decisiones donde enfrentan posturas de las altas corporaciones, como se vio, en este caso, la Corte Constitucional revocó decisiones de tutela adoptadas por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria.

estos preceptos facilitan el ingreso en la carrera sin previo proceso meritocrático de personas que cumplen cierta condición, como la de estar desempeñando un cargo de carrera.

La sentencia resulta de gran relevancia por varias razones:

1. Reitera los precedentes que existen sobre la materia y que han llevado a la declaratoria de inexequibilidad de diferentes normas que tenían como finalidad permitir el ingreso a la carrera sin que mediara un proceso de selección, tales casos son: aeronáutica civil (C-317 de 1995), rama judicial (C-037 de 1996), y escalafón docente (C-562 de 1996).
2. Se desconocen los principios de igualdad, eficacia en la administración pública y del mérito, por cuanto desnaturaliza el sistema mismo, dando paso a criterios no objetivos para la selección.
3. La Corte afirma de manera vehemente que no puede existir norma alguna en el ordenamiento que permita el ingreso automático a cargos de carrera.
4. Efectos *ex nunc* de la sentencia. Aunque el fallo declara la inexequibilidad de los preceptos indicados, a aquellos funcionarios que ingresaron a la carrera administrativa con fundamento en esa normativa, no se les puede desconocer los derechos adquiridos y por consiguiente se les debe mantener la inscripción. Es decir, que la inexequibilidad, solo produce efectos hacia el futuro.

Más adelante, se observará, como la Corte Constitucional ha decidido modificar su precedente en el sentido de otorgar efectos *ex tunc* o retroactivos a sus providencias, para garantizar la vigencia de la carrera administrativa en el Estado social de derecho colombiano.

En el segundo de los pronunciamientos, **C-539 de 1998**, se declaró la inexequibilidad del art. 10 de la Ley 190 de 1995, que fijaba como incentivo para los funcionarios públicos la promoción en cargos de superior jerarquía de aquellos que fuesen seleccionados como mejor empleado en las entidades estatales. Indicó la colegiatura constitucional, que dicha norma vulnera la eficacia en la función pública, y el derecho a la igualdad de todos los que pueden tener mejores aptitudes para ocupar el cargo, por ello, esta figura de promoción automática resulta inadecuada, desproporcionada e innecesaria para estimular el buen ejercicio de los deberes del cargo. La Corte hace un llamado para que el legislador en materia de incentivos, diseñe fórmulas menos lesivas de la igualdad y la eficiencia administrativa, por ejemplo, la de otorgar una participación preferencial en programas de capacitación.

Dentro de esta tipología de sentencias otra manera de vulnerar el derecho a la igualdad en el acceso a cargos públicos, es mediante el reconocimiento de experiencia, antigüedad, eficiencia a los funcionarios provisionales en el marco de los procesos de selección, o la de establecer como un parámetro de evaluación en el concurso de méritos la experiencia relacionada directamente con las funciones del cargo, y la evaluación del desempeño. Dentro de este contexto se traen a colación las sentencias **C-733/05 y C-049/06**.

El primer caso se trata, de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 56 de la Ley 909 de 2004, que fijaba un tratamiento especial para los funcionarios que se encontraran en provisionalidad a la entrada en vigencia de la ley (23 de septiembre de 2004), consistente, que en los concursos convocados se les reconocería para conformar las listas de elegibles, la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio.

Manifestó la Corporación que dicha evaluación resulta contraria a la carta política, por cuanto, si bien es cierto no se trata de una incorporación automática a la carrera, si se trata de un trato diferencial irrazonable dentro de un concurso abierto de méritos, por tanto, esa ventaja injustificada en favor de los empleados provisionales, es violatoria del derecho a la igualdad y del acceso a los cargos públicos.

La segunda providencia, se concreta en el estudio del Decreto-Ley 755 de 2005, que fija el sistema de carrera en las Superintendencias y que fijó como uno de los aspectos de evaluación dentro del concurso de méritos, la experiencia relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación del desempeño. Consolida la tesis planteada en la sentencia anterior, por tanto, esa medida de la evaluación resulta discriminatoria con aquellos ciudadanos que no pertenecen a la carrera, siendo dicha ventaja un desconocimiento de los principios de igualdad y acceso a cargos públicos.

En consecuencia, se declara la inexequibilidad de las expresiones acusadas.

Del anterior análisis se concluye que, en relación con la protección del acceso igualitario a los cargos públicos, la Corte Constitucional ha mantenido una línea jurisprudencial que consolida la garantía de este derecho. Por ello, una característica de este primer escenario constitucional, es la expulsión de preceptos legislativos que permiten la inclusión de criterios no objetivos en los procesos meritocráticos para ingresar a la función pública.

III.LIMITACIÓN A LA VÍA EXPANSIVA DEL SISTEMA DE LIBRE NOMBAMIENTO Y REMOCIÓN

En este escenario constitucional, se pretende demostrar cómo la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha protegido el sistema de carrera administrativa, y concretamente el derecho a la igualdad de oportunidades, frente a pretensiones normativas de extender la excepción de los cargos de libre nombramiento y remoción, e incluso, se revisarán algunos fallos donde el Tribunal Constitucional fija criterios meritocráticos para la provisión de los empleos temporales.

En un primer momento (1994-2001), la jurisprudencia de la Corte Constitucional se pronunció frente a la desnaturalización de empleos de carrera administrativa, declarando la inconstitucionalidad de diferentes preceptos que otorgaban un mayor alcance a los cargos de libre nombramiento y remoción. Es así, como en materia de Administración Pública, resulta de trascendental importancia, que la normativa ofrezca meridiana claridad sobre la caracterización del empleo público, es decir, que si se definen empleos de libre nombramiento y remoción tiene que ser el Legislador dentro de los límites constitucionales y no por la discrecionalidad de las autoridades o de instrumentos normativos diferentes a la Ley. Corolario con lo anterior, presentamos a continuación las sentencias: C-195 y C-514 de 1994; C-334, 126 y 037 de 1996.

En la sentencia **C-195 de 1994**, se demandó parcialmente el art. 1 de la Ley 61 de 1987 *“Por la cual se expiden normas sobre la Carrera Administrativa y se dictan otras disposiciones”*, que define taxativamente los empleos de libre nombramiento y remoción dentro de la rama ejecutiva.

La *ratio decidendi* de la sentencia, se centró en determinar las diferencias existentes entre los empleos de libre nombramiento y remoción y los empleos de carrera administrativa, y por ello no resulta constitucionalmente admisible aplicar las reglas de los primeros a los segundos, concretamente en materia de ingreso, permanencia, promoción y desvinculación. Como corolario, no es razonable el precepto que enmarca los empleos de: *“Jefe de Oficina, los demás empleos de Jefe de Unidad que tengan una jerarquía superior a jefe de Sección”*, dentro de la tipología de cargos de libre nombramiento y remoción, toda vez que por su esencia son totalmente compatibles con el sistema de carrera, y su exclusión del régimen general no obedece a la naturaleza de las cosas.

Se resalta de este pronunciamiento, que la Corte Constitucional establece el principio de razón suficiente, como límite al legislador para definir las excepciones a la regla general de carrera administrativa. En consecuencia, la corporación declaró inexequibles las expresiones: *“Jefe de Oficina, los demás empleos de Jefe de Unidad*

que tengan una jerarquía superior a jefe de Sección y las expresiones, Rector, Vicerrector y Decano de los literales b) y c), así como la expresión final del literal b) que dice: "además los que se señalen en los Estatutos Orgánicos de dichas entidades".

Este precedente fue posteriormente ratificado en la **C-514/94**, donde se declaró inexecutable del art. 122 de la Ley 106 de 1993, (Estructura administrativa de la Contraloría General de la República), las expresiones de: *Jefe de Unidad, Director, Jefe de Unidad Seccional, Jefe de División Seccional, Profesional Universitario grados 13 y 12 y Coordinador*.

En aquella oportunidad, la Corte planteó que los cargos de libre nombramiento y remoción no pueden ser otros que los creados de manera específica, y que tienen un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, lo que implica un grado de confianza mayor respecto a su nominador. Es así, como se presenta una discriminación injustificada entre los trabajadores, pues, los cargos anteriormente señalados, son plenamente compatibles con el sistema de carrera, no existiendo motivo razonable para que el legislador los vincule al régimen de libre nombramiento y remoción.

Siguiendo la misma línea argumentativa, y reafirmando que la regla general del empleo público en Colombia es la carrera administrativa, en tanto que, el de libre nombramiento solo es una tipología de carácter excepcional, se encuentra la sentencia **C-334 de 1996**, donde se estudió la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 201 de 1995, que determinaban los empleos de libre nombramiento y remoción para la Procuraduría General de la Nación.

Como tesis se argumentó, que, si bien es cierto, la regla general de meritocracia permite excepciones por mandato constitucional, y que corresponde al legislador su desarrollo, precisó que dicha competencia legislativa de definir los cargos de libre nombramiento y remoción, no comporta una facultad absoluta.

La Corte revisó los cargos tipificados como de libre nombramiento y remoción, y concluyó que en el caso de los empleos: *Subdirector de Servicios Administrativos*, *Subdirector Financiero* y *Jefe de Oficina de la Defensoría del Pueblo*, se trata de niveles decisorios de segundo grado, de ejecución de políticas o de asesoría al interior de la entidad, que no constituyen un principio de razón suficiente para que el legislador los exceptúe del principio general de carrera administrativa.

En la sentencia **C-126/96** el Tribunal Constitucional revisó el artículo 10 del Decreto 407 de 1994 por el cual se organiza la estructura de los empleos en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, a la luz de lo previsto en el artículo 125 de la Constitución Política, planteándose como problema jurídico el siguiente: *¿Cumplen los cargos de jefe de división del INPEC, con la caracterización que señaló la Corte Constitucional para definir un empleo público como de libre nombramiento y remoción?*

En respuesta al anterior planteamiento, determinó la Corte que no existe un principio de razón suficiente que permita excluir del postulado general de carrera administrativa a los cargos de Jefe de División del INPEC, ya que en dichos empleos no se verifican las características de un empleo de carácter político, por el contrario, se evidencia el carácter técnico y especializado, es decir, la ejecución de políticas y no el diseño de las mismas, condiciones que hacen pertinente su inclusión como cargos de carrera administrativa.

No es válido el argumento de que el Legislador, por tratarse de la carrera especial carcelaria y penitenciaria, pueda abstraerse del cumplimiento de la regla general de empleos de carrera administrativa. Así las cosas, se declaró inexecutable la expresión acusada del artículo 10 del Decreto 407 de 1994, "jefes de división", señalando, que dichos cargos deberán ser provistos por concurso de méritos.

Con la sentencia C-037 de 1996, se realizó el control previo de constitucionalidad al proyecto de ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en referencia con la

carrera judicial se examinaron diferentes disposiciones del proyecto legislativo, llegando a las siguientes conclusiones:

1. No existe razón alguna para establecer una distinción entre el nombramiento de los magistrados de las salas administrativas de los consejos seccionales de la Judicatura, cuando los demás magistrados de Tribunales son elegidos mediante concurso de méritos. En consecuencia, se declara la inexequibilidad del nombramiento por período de los magistrados de las salas administrativas.
2. Reitera el principio de razón suficiente para determinar los linderos entre los cargos de carrera y de libre nombramiento en la rama judicial
3. Los concursos de méritos como procedimiento idóneo para proveer los cargos de carrera, deben cumplir una serie de etapas que garanticen tanto a las autoridades como a los administrados, que el resultado final fue producto de la transparencia y el respeto al derecho fundamental a la igualdad. El merecimiento es la base para que el ciudadano ingrese, permanezca, ascienda y se retire del servicio público.
4. Se declara la inconstitucionalidad de disposiciones transitorias que pretendían un sistema de inscripción automática en carrera de los funcionarios que se desempeñaban en cargos provisionales.

El Decreto 274 de 2000 “Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”, estableció una distinción en nuestro concepto injustificada, para los cargos de Embajador y Cónsul General, el párrafo primero del artículo 6, determinó que el cargo de Embajador será de libre nombramiento y remoción, pero que se reservará un 20% del total de los cargos para nombrar a funcionarios de la carrera diplomática y consular, a medida que se presenten las vacantes.

La Corte Constitucional con sentencia **C-292 de 2001** revisó la constitucionalidad de dicha disposición, planteando el siguiente problema jurídico: *¿Cómo puede el Presidente de la República ejercer las facultades de Jefe de Estado nombrando agentes diplomáticos y consulares si, por otra parte, tal designación debe hacerla en armonía con la regla general de la carrera administrativa?*

La Alta Corporación declaró ajustado el texto legal a la Constitución, y sus argumentos centrales fueron: (i) Armonización entre la regla de meritocracia prevista en el artículo 125 constitucional y la facultad del Presidente para dirigir las relaciones internacionales prevista en el numeral 2º del artículo 189 de la carta política, toda vez que se trata de una excepción razonable al régimen de carrera, (ii) Mayor legitimidad democrática en el nombramiento que realiza el Presidente como Jefe de Estado de los embajadores que lo representan, bajo la facultad discrecional (iii) Límite mínimo del 20% en los embajadores que pueden ser nombrados bajo el régimen de carrera diplomática, por ello es razonable la distribución, pues no se trata del límite máximo.

Sin embargo, nos apartamos de la interpretación del Alto Tribunal y, por el contrario, consideramos que la argumentación expuesta en la sentencia adolece de diversos yerros por las siguientes razones:

- (i) En primer lugar, el problema jurídico parte de una petición de principio que requiere probarse, es decir, se debe argumentar que efectivamente el Presidente en su calidad de Jefe de Estado, se ve limitado en el ejercicio de sus facultades al tener que designar embajadores bajo la regla general de meritocracia.
- (ii) La armonización entre el 125 y el numeral 2º del 189 de la Constitución, efectivamente crea una distinción irrazonable entre funcionarios que van a desempeñar el mismo cargo Embajador y Cónsul General, como es posible entonces, que un mismo empleo tenga dos tipologías para su vinculación: libre nombramiento y carrera diplomática.

(iii) Con relación al sustento de legitimidad democrática, propio de los embajadores que son designados en ejercicio de la potestad discrecional, se debe precisar que igual o mayor legitimidad democrática gozan los funcionarios que se eligen producto de un concurso de méritos, la legitimidad no deriva de la posición del Nominador, sino del respeto a la garantía de acceso igualitario a los cargos públicos, atributo que cumplen los empleos de carrera, quizás la idea de legitimidad se confunde con el argumento de fidelidad, que era el criterio por antonomasia para ingresar a los puestos públicos en el Estado premoderno. Esta clase de vinculación, simplemente da un matiz presidencialista al manejo de las relaciones exteriores en Colombia.

(iv) En relación con el límite mínimo, en un estudio realizado por García Villegas, (2010) se presenta una gráfica de acuerdo con datos tomados del Ministerio de Relaciones Exteriores, que presenta una relación de los embajadores de carrera y los que están fuera de este sistema, de 1991 a 2009, mostrando un aumento favorable de 1991 a 1999, pero un estancamiento a partir de la expedición del Decreto 274 de 2000.

Bajo esta misma argumentación resulta interesante el salvamento de voto suscrito por los Magistrados: Jaime Araujo Rentería y Rodrigo Escobar Gil, donde se presentan las siguientes razones para no compartir la decisión mayoritaria de la Corte:

1. Un empleo no puede tener dos calidades a la vez, ya que se desconoce el principio de igualdad, aspecto en el que guardó silencio la Corte, a pesar de ser evidente. Para aquellos que acceden al empleo de Embajador a través del concurso, se les exige requisitos y condiciones más gravosas que aquellos que son nombrados por el ejercicio discrecional.
2. El deber de cumplir con las órdenes impartidas por el superior opera de igual forma, para los diplomáticos que acceden por la vía del nombramiento

discrecional, como para los que ingresan por el concurso de méritos, sin que exista diferencia alguna.

3. En el Estado pluralista el grado de confianza no es un criterio válido, ya que es propio de una concepción monárquica, pero en el Estado actual al ser el pueblo el depositario del poder, se predica confianza en la Nación y no del Presidente, y por tanto la confianza debe basarse en los criterios de idoneidad, preparación, eficiencia y eficacia que rigen la función pública. (Corte Constitucional, 2001)
4. Si en gracia de discusión se admitiera el argumento de la armonía constitucional entre la facultad de nombramiento discrecional y la de nombramiento en carrera para un mismo empleo, dicha armonía no se cumple ya que la proporción es del 80% para los primeros y tan solo del 20% para los segundos.

En la segunda etapa (2011-2013), la jurisprudencia constitucional dio un giro significativo toda vez que ya no se trataba de defender el espacio de la carrera administrativa frente a la expansión de los cargos de libre nombramiento y remoción vía legislativa; sino en extender sus linderos y ocupar espacios importantes de la órbita de los nombramientos discrecionales. A tal punto, que en este período se destacan las sentencias que ordenaron adelantar concursos de méritos para seleccionar los directores en la Contraloría General de la República, los procuradores judiciales pertenecientes a la Procuraduría General de la Nación, y los personeros municipales, suprimiendo el nombramiento político que hacían los Concejos Municipales⁶. Así mismo, es interesante contrastar como ante esta línea tan garantista, también hubo un pronunciamiento donde el mérito cedió terreno ante el nombramiento discrecional, fue el caso de los cargos creados en el marco de la Ley de Justicia y Paz.

⁶ Se debe precisar que en el caso de los personeros municipales la iniciativa de fijar un procedimiento meritocrático para su selección fue del Congreso de la República, a través de la Ley 1551 de 2011, aunque el aporte de la Corte Constitucional colombiana consistió en avalar la constitucionalidad de dicho procedimiento.

En la sentencia **C-284 de 2011**, se estudió la constitucionalidad de las expresiones “Gerente Departamental”, “Director”, “Director de Oficina” y “Asesor”, incluidas dentro de la tipología de cargos de libre nombramiento y remoción en el artículo 3 del Decreto Ley 286 de 2000 *“Por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República”*.

La Corte Constitucional, luego de analizar las funciones que se desempeñan en el ejercicio de los cargos objeto de demanda, concluyó que de dichas expresiones la de “Director”, no cumple con las condiciones para ser catalogado dentro de los cargos de libre nombramiento y remoción, reiterando su jurisprudencia en lo atinente con la potestad de configuración limitada que tiene el legislador para establecer excepciones razonables al sistema de carrera, por ello aunque el legislador tiene habilitación legal, no puede alterar el estado de las cosas.

En la sentencia **C-101 de 2013**, el Tribunal Constitucional resolvió sobre la demanda de inconstitucionalidad contra la expresión: “procurador judicial” contenida en el artículo 182 del Decreto 262 de 2000, donde se formularon tres cargos: (i) Al ser los procuradores judiciales empleos de libre nombramiento y remoción, se vulnera el principio democrático y participativo, igualmente una violación legítima de los artículos 1, 2, 13 y 40.7 de la Carta Política, (ii) El cargo de Procurador Judicial, no reúne las condiciones para que el Legislador lo excluya del régimen de carrera, y (iii) se desconoce el artículo 280 constitucional, que prescribe que los agentes del ministerio público debe tener las mismas calidades requeridas para el funcionamiento, y así tener una igualdad de derechos, categoría y remuneración que los jueces y magistrados de la República. De acuerdo con los cargos de la demanda se plantearon dos problemas jurídicos:

(P1) ¿La inclusión del cargo de “Procurador Judicial” entre los empleos de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación -y con ello, su exclusión del régimen de carrera propio de otros funcionarios de la misma entidad-, vulnera el artículo 125 de la Constitución, ¿que establece la regla de que los

empleos del Estado son de carrera y solo por excepción de libre nombramiento y remoción?

(P2) ¿La inclusión del cargo de “Procurador Judicial” entre los empleos de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación -, su exclusión del régimen de carrera-, vulnera el artículo 280 de la Constitución que ordena la equiparación de sus derechos con los de las autoridades judiciales ante quienes actúan, entre ellos, ¿el de no ser de libre nombramiento y remoción y pertenecer a una carrera?

La Corte Constitucional se inhibió respecto del primer cargo, frente al segundo indicó la existencia de cosa juzgada constitucional, ya que en decisión anterior se declaró la exequibilidad de la norma por que fue una excepción establecida por el Legislador, en relación con la confianza y representación que existe entre el Procurador General y los agentes directos que actúan ante los despachos judiciales.

Frente al tercer cargo, argumentó que debe existir una equiparación de derechos entre las autoridades judiciales y quienes actúan ante ellas, por ello la estabilidad de que gozan los magistrados y jueces debe ser ampliada para los procuradores judiciales, garantizando que su nombramiento y remoción no dependan de la discrecionalidad del nominador, sino de la carrera como criterio de ingreso a la función judicial.

En razón a la vulneración del 280 constitucional se declara la inexequibilidad de la expresión demandada y en consecuencia se ordena a la Procuraduría General de la Nación que, en un término de 6 meses, se convoque la realización del concurso de méritos para proveer los cargos de Procuradores judiciales.

En la sentencia **C-105 de 2013**, se realizó el análisis constitucional de las disposiciones de la Ley 1551 de 2012, que ordenan convocar a concurso para seleccionar los personeros municipales y distritales. En primer lugar, el texto de la demanda ataca el procedimiento meritocrático que creó la ley, dado que la elección de personeros obedecía a una decisión política en un espacio de deliberación propia de los concejos

municipales, y como segundo aspecto, se controvierte que la realización de dicho concurso esté en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, dado que se desconoce el principio de autonomía de los entes territoriales.

La decisión declara exequible la realización de concurso de méritos para la elección de un cargo de período, como es el del personero municipal, pero declara inexecutable la disposición que fijaba la competencia de adelantar el concurso en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, por ser contraria al principio de autonomía territorial ya que comporta un vaciamiento de la competencia nominadora de los concejos municipales sobre estos funcionarios.

En esta providencia, es de vital importancia el salvamento de voto que realiza el Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, quien se aparta de la decisión mayoritaria, ya que en su criterio debió declararse la exequibilidad de la realización del concurso por parte de la Procuraduría General de la Nación, máxime, cuando los personeros pertenecen al Ministerio Público y tienen dentro de sus principales funciones: La defensa del orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales, función igualmente asignada a la Procuraduría General de la Nación.

Según el magistrado Mendoza, la decisión adoptada desconoce el principio de Libertad de configuración legislativa que tiene piso constitucional, y en otras ocasiones ha sido reconocido por la Corte Constitucional.

Finalmente, expresa que la decisión adoptada conlleva a un escenario de múltiples concursos, tantos como concejos municipales existen, creando una situación caótica por las actuaciones contradictorias que se presentarían sobre una misma materia⁷.

⁷ Este escenario hipotético que planteó el magistrado Mendoza Martelo, efectivamente fue lo que sucedió en la práctica, con ocasión de los concursos masivos realizados en diciembre de 2015 y enero de 2016, para la selección de personeros municipales y distritales período 2016-2020. Dos grandes fallas se detectaron en los más de 1.000 concursos que se adelantaron. (i) En primer lugar, aquellos concejos municipales que decidieron no contratar con la ESAP o con alguna Universidad de reconocida trayectoria, adelantaron los procesos con empresas que no contaban ni con la experiencia ni con el requisito de habilitación legal para adelantar procesos de selección de personal, careciendo de idoneidad, que desencadenó en concursos improvisados, que fueron objeto de múltiples acciones y demandas

De otra parte y ubicándose en el otro extremo de la línea jurisprudencial, encontramos la sentencia **C-333 de 2012**, donde se demandó el procedimiento para nombrar los funcionarios de los Tribunales especiales que se crearon con ocasión de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), el Alto Tribunal resolvió declarar exequibles las normas demandadas, bajo tres argumentos:

- (i) La misma Constitución excepciona de tal regla algunos casos, dentro de los cuales están los que ‘*determine la ley*’,
- (ii) La Constitución confiere un amplio margen de configuración al legislador para expedir normas como la Ley 975 de 2005, y
- (iii) Porque se trata de funcionarios que no ejercerán las funciones propias y usuales de los jueces de la República, ni seguirán los parámetros, principios y reglas jurídicas aplicables a cualquier persona. Se trata de funcionarios judiciales, que se ocupan de cierto tipo específico y particular de casos de acuerdo con parámetros, reglas y principios también excepcionales.

En una tercera etapa (2014-2015), se pretende una extensión de la meritocracia a campos que inicialmente no estaban contemplados, como, por ejemplo, las plantas de empleos temporales creadas en diferentes entidades estatales. Tal es el caso de las sentencias C-288 de 2014 y C-618 de 2015.

En la sentencia **C-288 de 2014**, se asumió el estudio de constitucionalidad del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, donde se señala la posibilidad de crear plantas de empleo

judiciales. (ii) Para los concejos que decidieron adelantar el proceso con la ESAP, se cuestiona mucho la última fase del concurso de méritos: *Entrevista*, que fue del resorte exclusivo de las corporaciones municipales, siendo demandados en varios municipios, por haberse manipulado la entrevista y ejercido una potestad arbitraria para evaluar a los aspirantes que se encontraban en los primeros lugares, previo a la entrevista. Solo por citar un ejemplo, de los municipios de primera categoría donde se adelantaron los concursos por la ESAP, se encuentran demandados la totalidad de los concursos realizados, estos son: Soacha, Tunja, Floridablanca, Palmira y Armenia. Todos por presunta manipulación de los concejos municipales durante la fase de entrevista.

temporal, y concretamente el numeral 3) donde se fijan las reglas para nombrar dichos empleos, estas son:

1. Con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente
2. De no ser posible la anterior, se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos

En la demanda se plantea que dicho precepto fija una diferenciación que no está justificada en favor de los cargos temporales, pues no permite la aplicación del concurso de méritos.

Dentro de las argumentaciones presentadas por la Corte, se hace mención al papel que desempeña el derecho a la igualdad en la función pública, precisando que cualquier regulación normativa que fije requisitos ajenos al mérito y capacidad de los participantes, sin criterios objetivos, se constituye como una afectación al derecho de acceso igualitario a los cargos públicos. No obstante, indicó la Corte, que un trato legal diferente no implica de forma automática vulneración al principio de igualdad, ya que el *“Legislador puede establecer una diferencia de trato siempre y cuando persiga objetivos constitucionales legítimos y esa diferencia constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para conseguir la finalidad”*. (Corte Constitucional C-288 de 2014)

Determinó la Corporación, que los principios de la función pública son aplicables a otras formas de ingreso al empleo público y no solamente a los empleos de carrera administrativa, por consiguiente, deben observarse para la provisión de cargos temporales. En el presente caso, existen dos posibilidades interpretativas sobre el precepto que establece la forma subsidiaria de proveer los empleos temporales cuando no se cuenta con la lista de elegibles, entonces dijo la Corte que del enunciado normativo: *“se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos”*, se extraen dos reglas interpretativas:

- (i) Facultad ilimitada del proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, y
- (ii) No existencia de discrecionalidad ilimitada, porque está sujeto a los principios de la función pública de: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Concluyó la Corte, que la primera interpretación del precepto resulta inconstitucional, por ello se declara la exequibilidad condicionada de la disposición, bajo el entendido que la regla interpretativa aplicable es la segunda.

Este precedente se ratificó en la **C-618 de 2015**, que declaró inexecutable la forma de nombramiento de la planta temporal en la Contraloría General de la República, donde se había incluido estos empleos dentro de la tipología de empleos de libre nombramiento y remoción.

Como se puede observar, en este escenario constitucional el Alto Tribunal colombiano desempeña un rol más activo con relación a la defensa de la meritocracia, ensanchando su campo de aplicación a cargos para los cuales se habían determinado criterios políticos para su elección, como el caso de los personeros municipales, o criterios de libre nombramiento y remoción como el de los empleos de directores de la Contraloría General de la República y de procuradores judiciales; para luego en un último período, ampliar aún más el campo meritocrático, determinando un procedimiento de selección para proveer los empleos temporales.

IV. CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DE CONCURSO ABIERTO, COMO ÚNICO MEDIO DE INGRESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Para comprender la evolución jurisprudencial que han tenido los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en el presente escenario, se hará una breve mención a los sistemas de carrera administrativa que permiten ya sea el ingreso a la función pública, o su ascenso dentro de la misma, identificando sus principales diferencias:

1. Sistema de Concurso abierto: Se trata de una convocatoria abierta al público, que tiene como propósito seleccionar al aspirante que haya tenido el mejor desempeño durante las diferentes pruebas, atendiendo exclusivamente a criterios meritocráticos. Es la que mejor desarrolla el derecho de acceso igualitario a los cargos públicos, ya que no establece distinción alguna al momento de realizar el proceso de convocatoria. Por tanto, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos para el desempeño del cargo, podrá participar cualquier persona dentro del proceso de selección.

Dentro de este sistema, podemos destacar las sentencias **C-266 de 2002**,⁸ donde la Corte unifica su jurisprudencia y declara la inconstitucionalidad de los concursos cerrados para la carrera administrativa⁹ en Colombia, y la sentencia **C-1079 de 2002**, que reafirma la tesis de inconstitucionalidad de la modalidad de concursos cerrados para el ascenso, y declara inexecutable el concurso cerrado, como mecanismo de ascenso en la Fiscalía General de la Nación.

2. Sistema de Concurso Mixto: Se trata de una convocatoria abierta al público, donde se pueden presentar ciudadanos ajenos a la función pública, como aquellos funcionarios que ya se encuentran escalafonados en la carrera y que optan por un ascenso dentro de la Administración. Se denomina mixto, porque se dirige al ascenso dentro de la función pública, permitiendo no solo la participación de funcionarios, sino también, de personas ajenas a la entidad estatal convocante.

Bajo este diseño de concurso, traemos a colación la sentencia: **C-155 de 1999**, donde la Corte declaró la exequibilidad del sistema de concurso mixto para el ascenso en la Contraloría General de la República. En dicha oportunidad, se buscaba declarar inexecutable el precepto que permitía la participación de

⁸ Se declara la inexecutable del literal 2) del Artículo 162 del Decreto 262 de 2000, donde se establecía que en los concursos de ascenso en la Procuraduría General de la Nación únicamente podrían participar quienes se encontraran inscritos en la carrera de la entidad.

⁹ Se hace claridad que dentro de la carrera administrativa, no se encuentra la carrera diplomática, militar y docente, donde el concurso cerrado es el mecanismo válido de ascenso.

funcionarios ajenos a la entidad, aduciendo el accionante, que el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado frente a la constitucionalidad de los concursos cerrados, y por ello esta es la característica principal de los concursos de ascenso, que se hagan con la participación exclusiva de los funcionarios ya escalafonados.

No obstante, argumentó la Corte que de acuerdo con la libertad de configuración legislativa, se podría, como en el presente caso determinar que para el concurso de ascenso, y dada las particularidades de cada entidad, señalar la validez del concurso mixto, con la participación de personas ajenas a la entidad, por tanto, el concurso cerrado como mecanismo de ascenso en la función pública no se puede erigir como una regla general, ya que de acuerdo a cada caso en particular, el Legislador está facultado para diseñar la forma más apropiada.

3. Sistema de concurso cerrado: Se aplica para el ascenso en la función pública y está dirigido con exclusividad para aquellos que ya son funcionarios y se encuentran escalafonados en la carrera.

Esta tipología de concursos, fue defendida en sus inicios por la Corte Constitucional, sin embargo, no fue pacífica la defensa de la constitucionalidad de los concursos cerrados, y por ello en la primera década de la Corte hubo disparidad en su jurisprudencia, ya que en algunas decisiones se autorizaba la realización de este tipo de concursos, en tanto que, en otras, se buscaba la protección del derecho político de acceso igualitario a los cargos públicos.

Por tanto, no era pacífica la discusión y la jurisprudencia constitucional permitía la coexistencia de los dos sistemas, fue hasta tanto, en el 2002, cuando la sentencia C-266, declaró la inconstitucionalidad de los concursos cerrados, sin embargo, recientemente, en 2015, revivió la tesis de constitucionalidad de los concursos cerrados, al declararse la exequibilidad del concurso cerrado en la Fiscalía General de la Nación, para el 30% de las vacantes convocadas.

Recapitulando, en defensa de la constitucionalidad de los concursos cerrados para el ascenso, encontramos entre otras: la sentencia **C-011 de 1996**, que declaró la exequibilidad de los concursos de ascenso en la Registraduría Nacional del Estado Civil, únicamente con personal de carrera de la entidad y la sentencia **C-110 de 1999**, que declara exequible el sistema de concurso cerrado para el ascenso de los funcionarios en la Procuraduría General de la Nación.

Finalmente, merece especial atención el reciente fallo **C-034 de 2015**, que declaró la exequibilidad del concurso cerrado para el ascenso en la Fiscalía General de la Nación, en un 30% de las vacantes convocadas, ya que el 70% de las vacantes restantes, se proveerán bajo la modalidad de concurso abierto donde pueden participar en igualdad de condiciones, funcionarios de la entidad y personas ajenas a la Fiscalía General de la Nación.

En la sentencia C-034 de 2015, la Corte concluye que por tratarse de un proceso selectivo bajo las modalidades de concurso abierto en un 70% de las vacantes, y concurso cerrado en el 30% de las vacantes, se trata entonces de un concurso mixto. Sin embargo, como bien se precisa en los salvamentos de voto¹⁰, el presente caso, no se trata de un concurso mixto donde pueden aspirar tanto funcionarios como no funcionarios, sino de dos concursos: uno cerrado y otro abierto, con una distribución porcentual del número de las vacantes.

En efecto, no se puede hablar de concurso mixto, cuando a lo largo de la jurisprudencia constitucional siempre se ha avalado la constitucionalidad de esta clase de procesos de selección, ya que garantiza el acceso igualitario a los cargos públicos, al permitir la participación de funcionarios y de no funcionarios, sin que exista un criterio de discriminación.

Con esta sentencia se da una interpretación errada de los concursos cerrados, puesto que, el criterio de distinción frente a los cargos que deberán ser convocados

¹⁰ Magistrados que salvaron su voto: Jorge Ivan Palacio, Maria Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

mediante una convocatoria cerrada y los que se sujetarán a las reglas del concurso abierto, no puede ser una razón matemática que comprende el 30% del total de las vacantes, sino que, los concursos cerrados tienen justificación en razón del nivel de especificidad de ciertos cargos, donde es necesario el desempeño de funciones que requieren cierta experiencia que solo se adquiere en la entidad, haciendo imperioso, convocar a un proceso selectivo de tipo cerrado.

En el salvamento de voto del magistrado Jorge Iván Palacio, se presenta el proyecto inicial de sentencia que no fue aprobado por la mayoría de la Corte, y deja en claro que la declaratoria de constitucionalidad del concurso cerrado, constituiría un retroceso jurisprudencial, máxime cuando el tema quedó decantado con la sentencia C-266 de 2002, que declaró la improcedencia de esta clase de concursos.

V. LA CARRERA ADMINISTRATIVA COMO EJE ESENCIAL DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En este escenario constitucional se quiere presentar la relevancia que ha tenido la institución de la meritocracia en la configuración del Estado social de derecho, pasando por los primeros fallos donde la jurisprudencia se encarga de definir el alcance de los principios de carrera administrativa y mérito, su relación con otros conceptos de la función pública, su posición constitucional, para luego, declarar el estado de cosas inconstitucional referente a una de las carreras administrativas: el concurso de notarios, y finalmente, declarar la inconstitucionalidad de actos legislativos, justificando que los principios de carrera administrativa y mérito son un elemento sustancial del Estado social de derecho, y por ende, insustituibles.

La primera sentencia de relevancia sobre la carrera administrativa, luego de la promulgación de la Constitución Política de 1991, fue la **C-479 de 1992**. Este pronunciamiento, se identifica como la sentencia fundadora de la línea jurisprudencial sobre el principio del mérito, aunque, si bien es cierto, hubo un pronunciamiento anterior por la Corte Constitucional sobre carrera administrativa, este fallo, permitió identificar los elementos principales de la regla constitucional prevista en el artículo

125, así como también los fines que se persiguen dentro del Estado social de derecho, con la instauración del mérito como la regla general de ingreso a la función pública.

Este precedente fue complementado posteriormente, con la sentencia **T-315 de 1998**. El presente fallo, se incluye en la línea jurisprudencial, porque no solamente se trata de una sentencia que consolida la línea, sino que, además, y siguiendo la metodología de Diego Lopez, reconceptualiza la línea. Si bien, es cierto, que, desde la primera Corte, se hizo una defensa del principio de carrera administrativa, y se determinó que el mérito fundado en las capacidades era el mecanismo idóneo para seleccionar los funcionarios de la Administración Pública, en esta ocasión, el Tribunal Constitucional va más allá, y se aventura a fijar unos mínimos que debe cumplir toda clase de concursos públicos, sin excepción alguna.

El problema radica, en que constitucionalmente se ha admitido que el mérito es el criterio orientador del concurso y que la carrera administrativa es el postulado general, sin embargo, hasta ahí llega la Constitución, ya que el diseño de los concursos queda en manos de la ley, donde se deben señalar los requisitos, las etapas, y modalidades de los concursos públicos. En esta ocasión, el máximo Tribunal limita la competencia del legislador, y determina, que no basta con la denominación que se le haya dado al proceso de selección, sino que se debe auscultar, para saber si materialmente reúne o no los mínimos del proceso meritocrático. Se plantean como mínimos de un proceso meritocrático:

- (1) la convocatoria debe ser pública y ampliamente difundida;*
- (2) las reglas del concurso - denominación de los cargos a proveer, requisitos para participar, pruebas o evaluaciones, términos y lugares de realización y entrega de requisitos, documentos exigidos, criterios de ponderación, puntajes etc.- deben ser claras y expresas y la administración deberá someterse a ellas estrictamente;*
- (3) las condiciones generales exigidas para participar deben ser proporcionadas - necesarias, útiles y estrictamente proporcionales - a la finalidad perseguida por el concurso;*

- (4) las pruebas a las que han de someterse los competidores deben ser, además de razonables y proporcionadas, congruentes con la misma finalidad;*
- (5) los factores de evaluación deben responder fundamentalmente de manera prioritaria a criterios técnicos, objetivos y públicos, que puedan ser controlados y que desplacen la posibilidad de imponer discriminaciones o privilegios para que todos los aspirantes puedan, realmente, competir en igualdad de condiciones;*
- (6) debe existir una estricta relación de proporcionalidad en la ponderación de los distintos factores a evaluar, de manera tal que prevalezcan los criterios objetivos, a fin de que no ocurra, por ejemplo, que tenga un mayor valor ponderado la prueba que evalúe la condición objetivamente menos necesaria para el ejercicio del cargo. (Corte Constitucional, 1998. T-315)*

Dentro de los límites señalados, está por ejemplo el del puntaje de entrevista, que, al decir de la Corte, en aquellos cargos de naturaleza técnica su peso no puede ser mayor al de la prueba de conocimientos, y de aptitudes para desempeñar el empleo; ya que permitir lo contrario, sería extraviar el sistema de carrera y pasar a un sistema de libre designación. Así mismo, se fija una regla en materia de concursos de méritos, consistente en que deben prevalecer los factores objetivos sobre los subjetivos, para responder de manera eficiente a las exigencias del cargo.

SU-250 de 1998. Este fallo es de altísima importancia, no solo para la línea jurisprudencial que se desarrolle sobre el principio de meritocracia, sino para la doctrina colombiana que se ha elaborado sobre las denominadas “sentencias estructurales”¹¹, donde la Corte Constitucional tiene como propósito plantear una decisión que desborda los efectos del caso en concreto, declarando el estado de cosas inconstitucional y ordenando a las diferentes autoridades la adopción de medidas especiales o de política pública, en un tiempo determinado con el objeto de que cese la vulneración masiva de los derechos fundamentales.

¹¹ Sobre esta temática, se puede consultar a (RODRÍGUEZ, 2010) en el texto: Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. En este estudio, se analiza el impacto que causó una sentencia estructural la T-025 de 2004 en materia de desplazamiento forzado.

La situación fáctica se concreta en la acción de tutela que interpone una Notaria en Medellín al ser removida de su cargo, sin que haya mediado previamente una motivación de su despido y tampoco un concurso de méritos, para que se justificara la terminación de su provisionalidad. Encontró la Corte Constitucional, que existía una norma vigente Decreto 960 de 1970, pero adicionalmente la vulneración del inciso 2 del artículo 131 constitucional, que establece que los notarios deberán ser nombrados mediante concurso. En consecuencia, y dado que los nombramientos no se habían efectuado mediante proceso meritocrático, se declara por primera vez, el estado de cosas inconstitucional y se ordena al Superintendente de Notariado y Registro y al Consejo de la Administración de Justicia que en el término de 6 meses se proceda a convocar los concursos abiertos para Notarios.

C-588 de 2009. Este fallo constituye un avance importante en materia del reconocimiento y avance de la meritocracia como ingreso a la función pública en Colombia, dado que haciendo una lectura de la doctrina de la Corte Constitucional, son muy pocas las ocasiones en que se ha procedido a declarar la inexequibilidad de actos legislativos, por vicios de sustitución¹². Vale la pena indicar, que de las cinco declaratorias de inexequibilidad de acuerdo a la tesis de sustitución de la Constitución, dos de ellas se refieren directamente con el principio del mérito, acceso igualitario a los cargos públicos y sistema de carrera administrativa, como elementos esenciales del Estado social de derecho.

La Corte Constitucional definió que los principios constitucionales de carrera administrativa, mérito y acceso igualitario a los cargos públicos, constituyen un eje axial del Estado social de derecho y por ello no pueden ser sustituidos de la Constitución. Se declaró la inexequibilidad del Acto Legislativo 01 de 2008, que permitía el ingreso automático en carrera de funcionarios provisionales. Otro aspecto relevante del fallo, fueron los efectos *ex tunc*, o retroactivos que fijó la Corte con la

¹² Sentencias en las que se ha declarado la inexequibilidad por vicios de sustitución: C-1040/05, por sustituir el principio de separación de poderes, C-588/09 por sustituir el principio del mérito, C-141/10 por sustituir los principios de separación de poderes, alternancia del poder, igualdad y sistema democrático, C-249/12 por sustituir el principio de mérito, igualdad; y C-1056/12 por sustituir los principios de moralidad pública y sistema democrático.

declaratoria de inconstitucionalidad, con el objetivo de dejar sin validez las inscripciones en carrera administrativa que se hubiesen realizado en vigencia del Acto Legislativo, toda vez, que con anterioridad la Corte declaró la inconstitucionalidad de los sistemas de ingreso automático a la carrera (C-030/97), pero sus efectos solo se concedieron hacia futuro, dejando en firme los nombramientos realizados para proteger los derechos adquiridos de los funcionarios.

C-249 de 2012. La Corporación ratificó la tesis de sustitución constitucional y declaró inexecutable el Acto Legislativo 04 de 2011, que pretendía una homologación de experiencia y estudios por la prueba de conocimientos de los concursos de méritos, en favor de los funcionarios provisionales.

VI.A MANERA DE CONCLUSIÓN

No ha sido fácil la consolidación de un sistema meritocrático en Colombia, que obedezca a los fines constitucionales, toda vez que se han puesto trabas normativas y de índole administrativo para burlar, o perpetuar en el tiempo nombramientos ajenos a los principios de mérito y capacidad. No obstante, ha sido la Corte Constitucional quien por un período de dos décadas ha defendido el acceso igualitario a los cargos públicos, como un derecho real, limitando el alcance de la normativa y la reglamentación que han ido en contravía del ingreso meritocrático.

Obviamente, aún quedan muchos temas por resolver, pues no todo debe quedar en manos de los jueces, el mérito requiere una construcción colectiva, incluso de actores sociales y no solo de los estamentos públicos, puesto que se debe creer en el mérito para poder defenderlo. En esto, la Corte Constitucional ya dio el primer paso, al sentar las bases de una doctrina fuerte sobre el mérito en Colombia, ya que su jurisprudencia lo ha caracterizado como un elemento insustituible del Estado social de derecho.

Bibliografía

- GARCIA, M. y. (2010). *ESTADO ALTERADO. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: DEJUSTICIA.
- LOPEZ, D. E. (2006). *EL DERECHO DE LOS JUECES*. Bogotá: LEGIS.
- RODRÍGUEZ, C. (2010). Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá. DEJUSTICIA

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-249 de 1992
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-479 de 1992
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-071 de 1993
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-195 de 1994
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-334 de 1994
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-040 de 1995
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-041 de 1995
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-317 de 1995
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-011 de 1996
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-037 de 1996
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-126 de 1996
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-334 de 1996
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-562 de 1996
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-030 de 1997
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-539 de 1998
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-110 de 1999
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-155 de 1999
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-292 de 2001
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-266 de 2002
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-1079 de 2002
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-733 de 2005
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-049 de 2006

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-588 de 2009
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-284 de 2011
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-333 de 2012
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-101 de 2013
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-105 de 2013
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-288 de 2014
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-034 de 2015
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-618 de 2015
- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-245 de 1998
- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-315 de 1998
- Corte Constitucional. Sentencia de Unificación SU-250 de 1998
- Corte Constitucional. Sentencia de Unificación SU-086 de 1999

Normativa

- Constitución Política de Colombia de 1991
 - Decreto ley 010 de 1992 “Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular.”
 - Decreto 1222 de 1993 “Por el cual se desarrollan los numerales 3 y 4 del artículo 29 de la Ley 27 de 1992”
 - Decreto 407 de 1994 “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.”
- Decreto 262 de 2000 “Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.”
- Decreto 274 de 2000 “Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”

- Ley 61 de 1987 “Por la cual se expiden normas sobre la Carrera Administrativa y se dictan otras disposiciones.”
- Ley 27 de 1992 “Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones.”
- Ley 106 de 1993 “por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la auditoría externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el sistema de personal, se desarrolla la carrera administrativa especial y se dictan otras disposiciones.”
- Ley 201 de 1995 “Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones”
- 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.”
- Ley 975 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.”
- Ley 1551 de 2012 “Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.”