



Sentencia 901 de 2008 Corte Constitucional

REPÚBLICA DE COLOMBIA

SENTENCIA C-901/08

(Septiembre 17)

OBJECIONES PRESIDENCIALES-Cómputo de términos/OBJECIONES PRESIDENCIALES A PROYECTO DE LEY-Trámite

CARRERA ADMINISTRATIVA-Definición/CARRERA ADMINISTRATIVA-Consecuencias que se derivan de su adopción

Según la jurisprudencia de la Corte, se derivan cuatro consecuencias: (i) la necesidad de nombrar por concurso público a los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o por la ley; (ii) el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se hará con base en el cumplimiento de las condiciones y requisitos previstos en la ley, requerimientos que en todo caso deberán fundarse en los méritos y calidades de los aspirantes; (iii) las causales de retiro del servicio estarán fundadas en la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario y las demás causales previstas en la Constitución y la ley; y (iv) en ningún caso la filiación política de los aspirantes podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o su remoción.

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

El mérito como fundamento del ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, no solo se ajusta a los principios y valores constitucionales, sino que al encaminarse al logro de los fines consagrados en el artículo 209 Superior, propende por la supresión de los factores subjetivos en la designación de servidores públicos y la eliminación de prácticas anti-modernas como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo.

SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Categorías

CARRERA ADMINISTRATIVA-Finalidad

La carrera administrativa persigue unos fines específicos, a saber: (i) la realización de los principios de eficiencia y eficacia para el desarrollo de la función pública; (ii) la realización del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública; (iii) la dotación de una planta de personal capacitado e idónea que preste sus servicios conforme lo requiera el interés general; y (iv) la estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Mérito e igualdad

El numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política establece el derecho fundamental de todo ciudadano a participar en condiciones de igualdad en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede, entre otras, tener acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, acogiéndose a las reglas del concurso público y con sujeción a los méritos y calidades propios. Por tratarse de la realización efectiva de principios y derechos constitucionales, no le está permitido al Legislador, en consecuencia, diseñar

sistemas específicos de carrera y reglas particulares de concurso que obstruyan la participación igualitaria de los ciudadanos o desconozcan los criterios del mérito.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Nombramiento en provisionalidad

NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA-No otorga estabilidad ni constituye derecho adquirido para la permanencia en el cargo/NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA-No otorga derecho de ingreso a la carrera administrativa

EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Estabilidad precaria

DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA-Vulneración por no motivar la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera/DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA-Vulneración por el reemplazo de funcionarios nombrados en provisionalidad con funcionarios que no hayan superado los concursos públicos y abiertos

La Corte ha defendido los derechos de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera a un cierto grado de estabilidad derivada del derecho al debido proceso y el derecho de defensa, consistente en: (i) la necesidad de motivación de los actos que los desvinculan y (ii) la imposibilidad de reemplazarlos, aun motivando la desvinculación, con funcionarios que no hayan superado los concursos públicos y abiertos. Ha precisado esta Corporación que los funcionarios nombrados en provisionalidad para cargos de carrera vacantes en forma definitiva solo pueden ser retirados de su empleo por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Inexequibilidad de la incorporación automática de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa/CARRERA ADMINISTRATIVA-Ingreso mediante concurso

La Corte ha declarado la inexequibilidad de normas de incorporación automática a la carrera de funcionarios nombrados en provisionalidad, ya que un nombramiento en provisionalidad, así sea por un período largo de tiempo, no genera expectativas de estabilidad laboral, pues por su naturaleza se trata de nombramientos de estabilidad precaria, circunstancia que es conocida por quien es nombrado en esas condiciones.

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN CARRERA ADMINISTRATIVA-Vulneración por norma que establece un privilegio a favor de una persona, que la exima del cumplimiento de los requisitos exigidos a los demás para ocupar un cargo de carrera

Para la Corte se vulnera la Carta cuando, sin justificación razonable, se establece un privilegio a favor de una persona consistente en eximirlo del cumplimiento de requisitos que le son exigidos a otros posibles concursantes, por la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera, como cuando se permite solicitar la inscripción en carrera administrativa sin haber pasado por el proceso mediante el cual se pudieran valorar sus capacidades o méritos.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CARRERA ADMINISTRATIVA-Límites

OBJECIONES PRESIDENCIALES A PROYECTO DE LEY QUE OTORGA TRATAMIENTO DIFERENCIAL Y FAVORABLE A QUIENES OCUPAN EN PROVISIONALIDAD CARGOS DE CARRERA-Fundadas

Las disposiciones objetadas otorgan un tratamiento diferencial y favorable a quienes ocupan actualmente, en provisionalidad, cargos de carrera vacantes definitivamente, por cuanto los habilita para permanecer en sus empleos y disfrutar de las prerrogativas de los funcionarios de carrera, en contraste con otros empleados y ciudadanos aspirantes, pues mientras éstos deben someterse a un proceso de selección público y abierto, aquellos gozarían de estabilidad en el cargo sustraídos de la obligación de demostrar su mérito. El trato diferencial es injustificado pues,

respecto de los empleados provisionales no puede predicarse la existencia de condiciones jurídicas especiales, ya que todos los aspirantes a llegar a un cargo de carrera, sea que lo hayan ejercido o no, tienen solo una expectativa y no un derecho a ser nombrados. La Corte Constitucional ha reiterado que todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones, aun los que ocupan los cargos en provisionalidad, quienes por tener esta condición desde hace varios años no pueden ser tratados con ventajas, y en el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad.

Referencia: expediente OP-103.

Objeciones presidenciales: de inconstitucionalidad del proyecto de ley N° 117 de 2007 Senado - 171 de 2007 Cámara, "Por la cual se reforman algunos artículos de la Ley 909 de 2004, algunos artículos de las disposiciones que contienen los concursos de los sistemas específicos y especiales de origen legal y constitucional y se dictan otras disposiciones en materia de Carrera Administrativa"

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Proyecto de ley objetado

La Presidenta del Senado de la República remitió¹ a esta Corporación el Proyecto de Ley N° 117 de 2007 Senado - 171 de 2007 Cámara, objetado por el Presidente de la República por razones de inconstitucionalidad, que fueron consideradas infundadas por el Congreso de la República. El siguiente es el texto del proyecto de ley, del cual se subrayan los artículos objetados:

LEY

"Por la cual se reforman algunos artículos de la ley 909 de 2004, algunos artículos de las disposiciones que contienen los concursos de los sistemas específicos y especiales de origen legal y se dictan otras disposiciones en materia de carrera administrativa".

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Adiciónese el siguiente párrafo nuevo, que será el 2º, al artículo 3º de la Ley 909 de 2004 y modifíquese la nomenclatura quedando el actual párrafo 2º como párrafo 1º:

-
Parágrafo 2º. Período de transición. Los empleados que a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004, estuvieren ocupando cargos públicos vacantes de forma definitiva, en calidad de provisionales, del Sistema General de Carrera, y que a la entrada de la vigencia de la presente ley aún ocupen dichos cargos, no podrán ser separados de su cargo sino por las causales contenidas en el artículo 41 de la misma ley. Mientras permanezcan en sus cargos su desempeño será evaluado anualmente, siguiendo el procedimiento que se establezca en el reglamento.
-

Los demás empleos serán provistos con las listas de elegibles resultantes de las convocatorias que adelanta la Comisión Nacional del Servicio

Civil del Sistema General de Carrera, utilizándose también cuando se generen vacantes en cumplimiento del inciso anterior. Las listas de elegibles resultado de la Convocatoria número 001 de 2005 tendrán una vigencia de tres años.

Para las entidades y organismos del Estado cuya carrera sea vigilada y administrada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, es un deber reportar las vacantes definitivas que deben ser provistas mediante concurso público, en las fechas que señale este organismo, su incumplimiento y el de las demás directrices e instructivos constituyen falta disciplinaria.

Artículo 2º. Adiciónese al numeral 5 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, el siguiente inciso:

Los empleados que hayan sido nombrados en provisionalidad con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, que hubieren concursado para el empleo que venían desempeñando en provisionalidad o encargo y que puedan ser nombrados en dicho empleo como resultado del concurso público, no estarán sujetos al período de prueba, adquiriendo desde el momento de su nombramiento los derechos de carrera, y por consiguiente deberán ser inscritos en el registro público de Carrera Administrativa.

Artículo 3º. Los recursos recaudados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, provenientes de las entidades públicas, serán destinados para la culminación de los procesos de selección que se adelantan mediante las distintas Convocatorias y para el cumplimiento de las demás funciones relacionadas con la administración y vigilancia de los Sistemas de Carrera, bajo su responsabilidad.

Parágrafo. Los aspirantes inscritos en la Convocatoria número 001 de 2005 que hayan superado la prueba básica general de preselección, podrán optar en participar por una sola vez en convocatorias posteriores que realice la Comisión Nacional del Servicio Civil sin necesidad de efectuar un nuevo pago por concepto de inscripción.

Artículo 4º. Los servidores públicos que se encuentren ocupando cargos de vacancia definitiva, en calidad de provisionales, y con discapacidades (físico, mental, visual o auditivo) y les faltaren menos de tres (3) años para pensionarse contados a partir de la promulgación de la presente ley, tendrán derecho a los beneficios establecidos en el artículo 1º de esta ley para los trabajadores nombrados en provisionalidad.

Artículo 5º. Con el objeto de garantizar la especialidad y especificidad de las funciones que cumplen las entidades y organismos del sector público, la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantará los procesos de selección de futuras convocatorias, separando los empleos del nivel nacional y los de orden territorial y en las convocatorias deberá tener en cuenta criterios como el perfil ocupacional, las áreas de desempeño funcional y la especificidad de los respectivos sectores o actividades administrativas.

Artículo 6º. Adicionase al artículo 24 de la Ley 909 de 2004 el siguiente parágrafo:

Parágrafo. Para efectuar los encargos o los nombramientos provisionales en vacancias definitivas de empleos de carrera que no estén incluidos en una convocatoria a concurso de méritos, el nominador requiere previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad que deberá emitirla, cuando proceda, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la solicitud que contenga la información requerida para el efecto por la Comisión. De no emitirse dicha autorización en el término antes señalado, se entenderá que esta es favorable y el nominador podrá proveer la respectiva vacante.

Artículo 7º. Sistemas específicos y especiales de origen legal. Los empleados que, a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004, estuvieren ocupando cargos públicos vacantes de forma definitiva, en calidad de provisionales, de los sistemas específicos y especiales de origen legal, con excepción del que rige para el personal docente, no podrán ser separados de su cargo sino por las causales enlistadas a continuación y siempre que los concursos públicos que se estén adelantando se encuentren en etapa anterior a la publicación de la lista de elegibles:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

c) Por renuncia regularmente aceptada;

d) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

-

e) Por invalidez absoluta;

-

f) Por edad de retiro forzoso;

-

g) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

-

h) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

-

i) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el

desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

-

j) Por orden o decisión judicial;

-

k) Por supresión del empleo;

-

l) Por muerte;

-

m) Por las demás señaladas por la Constitución Política y la ley.

-

Mientras permanezcan en sus cargos su desempeño será evaluado anualmente, siguiendo el procedimiento que se establezca en los respectivos reglamentos de la entidad correspondiente.

-

Los demás empleos serán provistos con las listas de elegibles resultantes de las convocatorias que adelanten los respectivos organismos encargados para tal fin.

-

Para las entidades y organismos del Estado cuya carrera sea vigilada y administrada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, es un deber reportar las vacantes definitivas que deben ser provistas mediante concurso público, en las fechas que señale este organismo, su incumplimiento y el de las demás directrices e instructivos constituyen falta disciplinaria.

-

Artículo 8º. Modificar el párrafo del artículo 4º de la Ley 1033 de 2006, el cual quedará así:

-

Parágrafo. Período de Transición. Los empleados públicos civiles y no uniformados del Sector Defensa, que a la fecha de publicación de la Ley 1033 de 2006, estuvieren ocupando cargos públicos en calidad de provisionales del sistema especial de carrera del Sector Defensa, no podrán ser separados de su cargo sino por las causales de retiro previstas en el Decreto-ley 091 de 2007. Mientras permanezcan en sus cargos su desempeño será evaluado anualmente, siguiendo el procedimiento establecido para los empleados pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa.

-

Los procesos de selección para proveer los demás empleos del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa serán desarrollados de conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto 091 de 2007 y las demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, y la

convocatoria deberá efectuarse dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigencia del citado decreto-ley.

Para las entidades y dependencias que integran el Sector Defensa, los nombramientos provisionales se continuarán rigiendo por lo dispuesto en el Decreto 091 de 2007 y las demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen.

Artículo 9º. Los servidores y empleados de la Fiscalía General de la Nación, que a la entrada en vigencia de la Ley 938 de 2004 ¿Estatuto Orgánico de la Fiscalía, ¿estuvieren ocupando cargos en provisionalidad, no podrán ser separados del mismo sino por las causales de retiro previstas en el artículo 77 de la Ley 938 de 2004. Su evaluación se hará de acuerdo a los procedimientos establecidos para los empleados de Carrera.

Artículo 10. Las listas de elegibles resultantes en los concursos públicos, en los sistemas de carrera específicos, especiales y generales, tendrán una vigencia de tres (3) años contados a partir de la fecha en que hayan sido publicadas.

Artículo 11. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

2. Objeciones del Gobierno nacional.

El Gobierno Nacional objetó los artículos 1º, 4º, 7º, 8º y 9º del proyecto de ley por razones de inconstitucionalidad al considerar que:

2.1. Vulneración del principio de mérito como regla general de acceso a la función pública (Constitución Política, artículos 125, 217, 218, 253, 256, 268 y 279): el ingreso, ascenso y permanencia en el servicio público procede mediante procesos de selección públicos y abiertos, en garantía de la objetividad de los procesos.

2.2. Vulneración del derecho de igualdad (Constitución Política, arts. 13 y 209): la permanencia que otorgan los artículos objetados a las personas que se encuentran vinculadas provisionalmente a empleos vacantes en forma definitiva, proponen un tratamiento diferencial no justificado a un grupo minoritario de empleados. Si bien el proyecto no consagra una inscripción automática en carrera, sí da un trato diferencial y favorable al empleado provisional nombrado en una vacante definitiva frente al provisional nombrado en una vacante temporal y a los empleados de carrera con proyectos de ascenso a empleos superiores, pues mientras éstos deben someterse a un proceso de selección público y abierto, aquellos gozarían de estabilidad en el cargo sustraídos de la obligación de demostrar su mérito.

De otra parte, "el hecho que una persona sea madre o padre cabeza de familia no es el factor que otorgue el mérito para permanecer en su empleo sin haber demostrado previamente tener los conocimientos y la competencia que exige dicho empleo para su ejercicio. Convirtiéndose, ésta, en otra exclusión que el constituyente no consagró, ni habilitó al legislador para hacerlo."

2.3. Vulneración del derecho fundamental de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (Constitución Política, artículo 40, numeral 7): al excluir del proceso de selección a un grupo de empleos, los cuales solo podrán concursar cuando queden vacantes por renuncia, destitución o abandono del cargo.

2.4. Vulneración del artículo 125 de la Constitución Política: al preverse, en el proyecto de ley, el otorgamiento de estabilidad a las personas que ingresaron a la administración de manera directa y transitoria. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones, aun los que ocupan los cargos en provisionalidad, quienes por tener esta condición desde hace varios años no pueden ser tratados con privilegios o ventajas.

3. Insistencia del Congreso de la República.

La Comisión Accidental designada para que rindiera informe sobre las objeciones formuladas, conceptuó²:

3.1. Respecto de la violación de los artículos 13 y 209: es errado decir que las normas objetadas dan *un tratamiento preferencial* a quienes desempeñan en provisionalidad vacantes *definitivas*, pues esta distinción se estableció en el proyecto con el fin de reconocer los derechos adquiridos de los titulares de los cargos que, estando en la carrera administrativa, fueron enviados en comisión o encargo a otros cargos. Por tal razón, en ninguno de sus textos se consagra privilegio injustificado para estos empleados: *“por el contrario, el conjunto normativo lo que da es un trato igual al establecer que todos quedan sometidos a las mismas causales de retiro, que en el fondo es lo que ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en múltiples fallos de tutela”*³.

Puntualiza que el trato diferenciado, objetado por el Gobierno, dado a quienes ocupan provisionalmente cargos que se encuentran vacantes definitivamente frente quienes se desempeñan en tal calidad en cargos vacantes temporalmente, halla justificación en las realidades jurídica y fácticas diferente, ya que la vacancia *temporal* implica que existe una persona que es la titular del cargo y cuya estabilidad debe protegerse, para que pueda continuar en su empleo al terminar la causa que la motivó, mientras que en la situación de vacancia *definitiva* es titular de ese cargo vacante.

En cuanto a la objeción basada en que tal discriminación también se percibe contra “los empleados de carrera que desean ascender a empleos superiores quienes deben someterse a un proceso de selección público y abierto, mientras que el provisional nombrado en una vacante definitiva se le da estabilidad en el cargo por el solo hecho de tener esta condición, sustrayéndolo de la obligación de demostrar los méritos y capacidades”, considera la Comisión que los artículos objetados “no le impiden ascender a ningún servidor público sea este de libre nombramiento y remoción, de carrera, de período, o que desempeñen su cargo en *propiedad, provisionalidad o encargo*, porque todos ellos para ascender tienen que someterse al concurso que convoquen para proveer empleos de mayor jerarquía al que tenga el aspirante”.

3.2. No es verdad que en los artículos bajo examen se establezca que los empleados *provisionales* quedan sustraídos *de la obligación de demostrar méritos y capacidades*, pues lo que prevén las disposiciones atacadas es exactamente lo contrario: “que todos los empleados *provisionales* deben ser evaluados en su desempeño” previsión que se repite en todo el proyecto.

3.3. Respecto de la vulneración del numeral 7 del artículo 40 de la Constitución, planteada por el Gobierno la Comisión señala que *“en ninguno de los artículos objetados se observa que sus textos tropiecen con el mandato de la Carta, porque la efectividad del derecho a acceder al servicio público se ejerce al momento en que se convoca a concurso, mientras tanto el Estado tiene que proveer en provisionalidad o por encargo las vacantes que se presenten. En los artículos acusados no se excluye del proceso de selección a nadie que reúna los requisitos del caso”*.

3.4. Niega también que el proyecto implique que solo saldrán a concurso los cargos que queden vacantes *“por renuncia, destitución o abandono del cargo”*, pues sin consideración a la causa de la vacancia definitiva *“todos los cargos de carrera deben salir a concurso”*.

3.5. Añade que la objeción de que el proyecto viola el artículo 125 de la Carta porque se otorga estabilidad a las personas que ingresaron a la administración de manera directa y transitoria, no se justifica porque *“en vez de transgredir, satisface la estabilidad laboral establecida en la Constitución Política, explicada por la Corte Constitucional en múltiples fallos de tutela, algunos de ellos citados en el proyecto de ley y en este documento. Esa estabilidad no impide que, como lo ordena el proyecto, se provean los cargos públicos vacantes, previo cumplimiento de los requisitos señalados para demostrar los méritos y calidades de los aspirantes”*.

3.6. En relación con las objeciones apoyadas en las Sentencias C-733 de 2005 y C- 211 de 2007 de la Corte Constitucional: no son aplicables al caso que se viene analizando. La primera se refiere a la constitucionalidad de una ventaja que se otorgaba a algunos concursantes en provisionalidad sobre otros por razones de experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en el servicio asuntos no contemplados en las normas atacadas; la segunda, porque *“se refirió a las limitaciones que tenía el legislador al momento de regular los concursos para ingreso a la carrera, que es una hipótesis distinta a la de los artículos objetados que regulan la situación de permanencia en el cargo, la cual quedó soportada exclusivamente en el mérito demostrado durante los años de servicio. Estas objeciones contra el proyecto provienen de varios equívocos, a saber: a) “Confundir dos conceptos diferentes: ingreso y permanencia” y b) Pretender darle igual tratamiento a realidades distintas, pues “una es la situación de quienes aspiran a trabajar con el Estado y otra es la situación de quienes ya están en el servicio público.... Es evidente que la situación de millones de personas anónimas que aspiran a trabajar en el sector oficial, es jurídicamente distinta a la de los miles de reconocidos colombianos que durante varios años han permanecido lealmente en el servicio público, exclusivamente con base en sus demostrados méritos”*.

3.7. La objeción relacionada con las madres o padres cabeza de familia es rechazada porque los artículos cuestionados nada regulan al respecto.

4. Intervenciones.

4.1. Intervención de la Confederación de Trabajadores de Colombia.

4.1.1. La Confederación de Trabajadores de Colombia manifestó que está de acuerdo con el principio de que el ingreso a carrera debe ser por méritos y concurso, procedimiento que le da transparencia al nombramiento de los trabajadores estatales, pero solicitan que antes de proferir el fallo de orden constitucional *“se practique de manera juiciosa, por parte del ente competente una revisión pormenorizada o un inventario de todas las normas de orden legislativo y procedimental que han sido vulneradas por los nominadores en todas las entidades y administraciones públicas que administran la Carrera Administrativa”*.

4.1.2. Expresa que, sólo con la expedición de la Ley 909 de 2004, vino el Estado a reglamentar la carrera, demora no imputable a los servidores públicos con nombramientos en provisionalidad, *“en quienes no se puede descargar tales responsabilidades que sería tanto como pasarles cuenta de cobro por la culpa, la acción y omisión de terceros”*.

Advierte que el proyecto de ley 117 Senado, 171 Cámara *“busca precisamente resolver esta inconsistencia jurídica, creando un régimen transitorio, sin que se pretenda de ninguna manera regular el acceso a la Carrera Administrativa”*. Estima que cuando se aprobó la ley 909/04 se debió establecer un régimen de transición para los trabajadores que llevaban años prestando servicios al Estado sin que se hubiese resuelto su situación en la carrera administrativa, razón por la cual en la actualidad, unos 120.000 trabajadores del Estado se encuentran *“en una situación anormal, porque la misma ley establece que un trabajador provisional debe tener un periodo máximo de cuatro meses y, estos llevan 5,10, 15, 20 o más años”*.

4.1.3. Por esa razón *“el principio de la igualdad en relación con quienes aspiran por primera vez a vincularse al Estado no opera, porque no es lo mismo un trabajador antiguo, mal llamado provisional, a uno que por primera vez aspira a ser un trabajador del Estado”*. Añade que estos hechos han creado una situación que afecta a estos trabajadores antiguos del Estado, muchos de los cuales tienen compromisos financieros, y si perdieran su empleo se les crearían enormes dificultades para su supervivencia y la de sus familias. Adicionalmente, si los trabajadores provisionales llevan tanto tiempo trabajando con el Estado es porque han demostrado que son capaces de desempeñar el cargo que vienen ocupando.

4.1.4. Considera que no es cierto que se esté inscribiendo automáticamente en la carrera a los funcionarios antiguos *“porque lo que se propone, como ya se ha dicho, es un régimen de transición donde se les otorga un margen de estabilidad laboral, sin violentar el principio constitucional del ingreso por mérito. El proyecto aclara que todos los trabajadores antiguos quedan sometidos a las mismas causales de retiro establecidas en la ley 909/04 para los trabajadores de carrera”*.

4.1.5. Señala, además, que *“el Presidente de la República en un acto de celebración del día del trabajo en 2006, realizado en Acerías Paz de Río expresó que él no estaba de acuerdo con la propuesta de que los trabajadores provisionales antiguos se los sometiera a un examen general, por injusta”*.

4.2. Intervención del Sindicato Nacional de Servidores Públicos de las Empresas Sociales del Estado “SINALTRAESSES”.

El Sindicato Nacional de Servidores Públicos de las Empresas Sociales del Estado “SINALTRAESSES” y los trabajadores de varias entidades estatales por medio de apoderado presentaron varios escritos para defender la constitucionalidad de las normas atacadas.

4.2.1. Manifiesta que los empleados pertenecientes al sector salud que reunían los requisitos establecidos en los artículos 5° y 6° de la Ley 61 de 1987, *“es decir ocupaban un cargo de Carrera Administrativa y cumplían con los requisitos establecidos en el Manual de Funciones y Requisitos cada entidad o del Manual General, para el desempeño del cargo, debidamente certificados por el jefe de personal de la entidad respectiva bajo*

la gravedad de juramento y que solicitaron su inscripción extraordinaria en la carrera administrativa (...)”, no deben ser sometidos a un proceso de selección” pues la Corte Constitucional “no puede desconocerles los derechos y beneficios, tales como la estabilidad y la promoción en el empleo, que en virtud de los artículos 5° y 6° de la Ley 61 de 1987 y 22 de la Ley 27 de 1992 (normas que fueron declaradas inexequibles), adquirieron”.

4.2.2. Añade que, atendiendo a lo preceptuado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en la Circular N° 5000-29 del 17 de abril de 1997, los empleados del Subsector Oficial del Sector Salud que demuestren que reúnen los requisitos exigidos por las normas declaradas inexequibles y cuyas solicitudes de inscripción extraordinaria fueron radicadas antes del 15 de febrero de 1997 y que actualmente reposen en la Comisión Nacional del Servicio Civil, serán inscritos en el Registro Público de Empleados Escalafonados en Carrera Administrativa. Explica que muchos empleados del sector salud radicaron sus solicitudes con anterioridad al 17 de abril de 1997 en el Departamento Administrativo de la Función Pública, organismo encargado de prestar apoyo a la Comisión Nacional del Servicio Civil y de recepcionar las solicitudes de inscripción en carrera administrativa. Al respecto expresan:

“A estas solicitudes anexaron la certificación expedida por el director de cada Centro Hospitalario, del cumplimiento de los requisitos y una fotocopia del documento de identidad de cada uno de los solicitantes. Estas solicitudes fueron enviadas por el Director de Apoyo a la Comisión Nacional del Servicio Civil a la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Salud”.

“El Director de Recursos Humanos del Ministerio de Salud, sin ser el ente competente, negó las inscripciones extraordinarias en carrera y las devolvió al Director de cada Centro Hospitalario”.

“En octubre 3 de 1997, nuevamente se enviaron estas solicitudes de inscripción a la Comisión Nacional del Servicio Civil, basándose en la Circular 500-29 de abril 17 de 1997 emanada de esa misma corporación” y “mediante Oficio N° 16659 del 17 de diciembre de 1997 el Director de Apoyo a la Comisión Nacional del servicio Civil, responde que no es posible acceder a las solicitudes de inscripción, pero no devuelve las solicitudes, las cuales aún permanecen en los archivos de la Comisión Nacional del Servicio Civil”.

“De acuerdo a lo anterior, y teniendo en cuenta que se cumple con los requisitos exigidos en la circular 5000-29, es decir, las solicitudes de inscripción extraordinaria fueron radicadas antes del 15 de febrero de 1997 (tal como lo confirma el doctor Carlos Emilio Gonzáles en su oficio N° 16659 del 17 de diciembre de 1997) y actualmente reposan en la Comisión Nacional del Servicio Civil, estas solicitudes deberán ser tramitadas y decididas de conformidad con los procedimientos legales y quienes reúnan los requisitos exigidos por los artículos 5° y 6° de la Ley 61 de 1987 deberán ser inscritos en el Registro Público de Empleados Escalafonados en Carrera Administrativa”.

“Además, estas inscripciones no fueron negadas mediante un acto administrativo, valga decir una resolución, para que los funcionarios afectados con la decisión tomada en estos actos administrativos tuvieran el derecho a interponer los recursos de ley y así controvertir las decisiones de la administración. En este caso se les violó flagrantemente en derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política”.

4.2.3. Estima SINALTRAESSES que los trabajadores de la salud, en particular, no tienen la culpa de encontrarse en calidad de provisionales ni que se vean ad portas de quedar en la calle, por no haberse definido un régimen transitorio en la ley 909, que resolviera estas inconsistencias del Estado y sus empresas. Advierte que el Primer Mandatario “inicialmente estuvo de acuerdo con que se le diera un trato diferente a los trabajadores antiguos del sector estatal, denominados “provisionales” y, envió mensaje de urgencia al Congreso de la República para la aprobación del proyecto de ley en mención. En su última discusión, retiró el mensaje de urgencia y objetó el proyecto cuando fue aprobado y enviado a sanción presidencial”. Solicita que se considere para el sector salud la excepción en la Ley, y pide “la revisión de varias normas que han regulado y regido el sistema en el ámbito laboral, pero especialmente en el Sistema General de la Carrera Administrativa (El cual debería tener un Sistema Especial de Carrera Administrativa al igual que lo tiene el Sector Educativo)”. Señala que la negligencia de las autoridades administrativas encargadas de implementarla, así como los vacíos legislativos, no se pueden descargar en los trabajadores nombrados en provisionalidad.

4.2.4. Concluye explicando que “El proyecto de ley 117 Senado, 171 Cámara busca precisamente resolver esta inconsistencia jurídica, creando un régimen transitorio, sin que se pretenda de ninguna manera regular el acceso a la Carrera Administrativa”.

4.3. Intervenciones del Sindicato Nacional de Servidores Públicos y Trabajadores Oficiales de los Municipios de Colombia SINALSERPUB, el Sindicato de Empleados Públicos Del Municipio de Medellín SIDEM, la Federación Nacional de servidores Públicos FENASER.

El Sindicato Nacional de Servidores Públicos y Trabajadores Oficiales de los Municipios de Colombia SINALSERPUB, el Sindicato de Empleados Públicos Del Municipio de Medellín SIDEM y la Federación Nacional de Servidores Públicos FENASER, intervinieron mediante sendas comunicaciones para defender la constitucionalidad de las normas objetadas.

4.3.1. Para comenzar manifiestan estar de acuerdo con la Ley 909/04 que reglamentó la Carrera Administrativa y, con el ingreso a la misma por méritos y concurso, puesto que garantizan la idoneidad y eficiencia de la administración pública.

4.3.2. Exponen que el problema en discusión tiene que ver con los trabajadores antiguos del sector estatal, que están vinculados en provisionalidad quienes por culpa del Estado se encuentran en una situación anormal que ha durado muchos años (5, 10, 15, 20 y más años), en quienes no se puede descargar la negligencia estatal para definir las condiciones aplicables a la Carrera Administrativa. Consideran que *“el legislativo debió crear un régimen de transición, por una sola vez, cuando aprobó la Ley 909 para darles una solución a esos trabajadores antiguos, a quienes no se les había resuelto su situación laboral”* y que el proyecto objetado *“busca resolver este problema, creando ese régimen de manera que, sin violentar el principio constitucional del ingreso por mérito, genere algún margen de estabilidad y protección social a los servidores que han permanecido vinculados al Estado cumpliendo sus deberes con responsabilidad y eficiencia”*.

4.3.3. Estiman que estos funcionarios *“le han prestado un servicio al país al frente de cargos donde los han evaluado y son precisamente sus conocimientos y desempeño en el cargo los que les han permitido su permanencia”*, y ahora se encuentran ante el peligro de perder su trabajo, sin indemnización, con las consecuencias que esto trae para ellos y sus familias.

4.3.4. Advierten que la Corte ha amparado de manera reiterada, los derechos fundamentales de los funcionarios nombrados en provisionalidad, aclarando que el acto por medio del cual se desvincula a una persona de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad debe ser motivado, por cuanto *“pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los de libre nombramiento y remoción”*.

4.3.5. Enfatizan que no se puede hablar del derecho a la igualdad entre trabajadores antiguos y, quienes por primera vez aspiran a ocupar un cargo en el sector estatal; en tanto estos aquellos han demostrado el mérito, las capacidades, competencias y aptitudes en el ejercicio de sus empleos.

4.3.6. Niegan la veracidad del argumento conforme al cual se está inscribiendo automáticamente en la carrera a los trabajadores antiguos estatales y son irremovibles, porque lo que se proponen las normas objetadas es un régimen de transición donde se les otorga un margen de estabilidad laboral, sin violentar el principio constitucional del ingreso por mérito, pues el proyecto aclara que todos los trabajadores antiguos quedan sometidos a las mismas causales de retiro establecidas en la ley 909/04 para los trabajadores de carrera.

4.3.7. Mencionan que se busca el mismo tratamiento que se les dio a los trabajadores del Instituto de los Seguros Sociales, cuando siendo trabajadores oficiales fueron convertidos en empleados públicos al crearse las ESEs. La Corte Constitucional señaló que no se podía desconocer el tiempo que habían laborado como trabajadores oficiales y se previó una figura de transición igual a la planteada en el proyecto de Ley en mención.

4.3.8. Insisten en que lo que persigue el proyecto objetado *“es que se aplique la ley 909 de 2004 pero no retroactivamente, resolviendo un problema generado por la falta de acción estatal, al no resolver por más de una década la vinculación de más de 120.000 funcionarios a la Carrera Administrativa”*.

4.3.9. Finalmente señalan al igual que otros intervinientes que el Primer Mandatario *“en un acto de celebración del día del trabajo en 2006, realizado en Acerías Paz de Río expresó que él no estaba de acuerdo con la propuesta de que los trabajadores provisionales antiguos se los sometiera a un examen general por injusto”*

4.4. Intervención de la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia, Subdirectiva Bogotá Cundinamarca.

La Central Unitaria de Trabajadores de Colombia, Subdirectiva Bogotá Cundinamarca defiende también la constitucionalidad de las normas objetadas con argumentos semejantes a los expuestos por el Sindicato Nacional de Servidores Públicos y Trabajadores Oficiales de los Municipios de Colombia SINALSERPUB, el Sindicato de Empleados Públicos Del Municipio de Medellín SIDEM y la Federación Nacional de Servidores Públicos FENASER.

4.4.1. Añaden a esos argumentos, que la Constitución Política protege de manera especial a varios sectores de la población, entre ellos a las mujeres cabeza de familia, a los discapacitados, a los indígenas, y que entre los provisionales se encuentra un gran número de mujeres cabeza de familia, muchas de ellas, rondando los 50 años cuyo derecho a la pensión se pondría en riesgo al ser despedidas, amén de la generación de otras situaciones económicas para su entorno familiar. De igual manera, trabajan en el sector público, invidentes, que han cumplido sus funciones eficientemente, y son muchos los indígenas que laboran al servicio del estado en lo que antes se denominaban territorios nacionales, particularmente en el sector de la salud y administrativos de la educación, a quienes en el concurso no se les respetaron sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política como el de su lenguaje.

4.4.2. Reiteran, finalmente, que estos empleados públicos en provisionalidad que llevan *“cinco, diez, quince, veinte o más años laborando al servicio del Estado, lo han hecho en Alcaldías, Gobernaciones y Ministerios, con jefes de esas entidades de diferente filiación política y hoy permanecen en sus cargos porque han demostrado permanentemente su responsabilidad y méritos suficientes para permanecer ahí”*.

4.5. Intervención de Olga Lucía Martínez López

La doctora Olga Lucía Martínez López presentó escrito donde solicita que las objeciones presentadas por el Gobierno se consideren infundadas.

Sustenta su apreciación en las precarias circunstancias en que, en desmedro de sus derechos fundamentales al “trabajo” y al “mínimo vital”, quedarían tanto ella como otros funcionarios que llevan mucho tiempo trabajando para el Estado, por el despido masivo que amenaza presentarse en razón de la implementación de la carrera administrativa, situación que pretende corregirse con el proyecto objetado donde se plantea precisamente la inscripción automática de quienes vienen desempeñando cargos en provisionalidad.

5. Concepto de la Procuraduría General de la Nación.

5.1. Manifestación de impedimento y aceptación.

El Procurador General de la Nación manifestó impedimento para emitir concepto respecto del proyecto de ley Nº 117 de 2007 Senado - 171 de 2007 Cámara, por cuanto en su condición de tal, mediante oficios del 25 de marzo y 9 de abril de 2008 dirigidos a los Presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, señaló la inconstitucionalidad del proyecto de la referencia señalando entre otros aspectos *“la vulneración al principio de igualdad de acceso a la función pública”*. De la misma manera, en escritos del 18 y 30 de abril de 2008, solicitó al Presidente de la República objetar por inconstitucionalidad el mencionado proyecto al *“desconocer las disposiciones de la Carta Fundamental que regulan el acceso a la función pública mediante el sistema de carrera administrativa, a través del mérito”*.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante auto de julio 9 de 2008 admitió el impedimento del Procurador General, y ordenó dar traslado del proceso al Viceprocurador General de la Nación⁴.

5.2. En su concepto, el Viceprocurador General de la Nación solicita a la Corte que declare fundadas las objeciones presidenciales al proyecto de la referencia.

5.2.1. Comienza destacando que en el proyecto objetado se presenta una *“tensión entre el principio del mérito como elemento que determina el ingreso, permanencia y ascenso en la carrera administrativa (art. 215 de la Constitución) y el derecho a la estabilidad laboral para los*

funcionarios en provisionalidad”.

Sostiene que los preceptos objetados “permiten la incorporación automática a la carrera del personal en provisionalidad, lo que desconoce el artículo 13 de la Constitución”, en tanto se viola claramente el principio de igualdad, al consagrar a favor de los servidores en provisionalidad un triple privilegio: (i) ingreso sin concurso, (ii) permanencia en el cargo y (iii) exención en la superación del periodo de prueba. Añade que con ello se obstruyen los concursos de méritos actualmente en curso y los que se avecinan, comprometiendo así el derecho al debido proceso de quienes tienen la aspiración legítima es hacer parte de la administración pública, o que ya encontrándose en ella, buscan alcanzar una promoción mediante el ascenso.

5.2.2. Considera que el proyecto de ley en los artículos objetados “*compromete los principios y derechos como el debido proceso, la buena fe, la confianza legítima y la seguridad jurídica*”.

5.3.3. Indica que el artículo 8° del proyecto, remite a una legislación controvertida constitucionalmente, y advierte que las normas a las cuales se remite para regular la carrera administrativa en el Ministerio de Defensa han sido recientemente impugnadas y declaradas inexecutable en su mayor parte por la Corte Constitucional (Sentencia C-753/08, M.P. Jaime Araújo Rentería).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 167 y 241-8 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para decidir sobre las objeciones por inconstitucionalidad que el Presidente de la República formuló en el presente caso.

2. Oportunidad y trámite de las objeciones.

2.1. Oportunidad en la formulación de las objeciones.

El artículo 166 de la Constitución establece que el Gobierno Nacional dispone del término de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto, cuando no conste de más de veinte artículos; de diez días, cuando el proyecto contenga de veintiuno a cincuenta artículos; y hasta de veinte días, cuando los artículos sean más de cincuenta. Añade la norma que si transcurridos estos términos el Gobierno no hubiere devuelto el proyecto con objeciones, el Presidente está obligado a sancionarlo y promulgarlo. La reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que estos términos se refieren a días hábiles y completos, que se cuentan a partir del día siguiente a aquel en que el proyecto fue recibido para la correspondiente sanción presidencial⁵. En el presente asunto el proyecto de ley parcialmente objetado contiene once artículos, por lo que el término para devolverlo con objeciones era de seis días hábiles, contados a partir del día siguiente al 23 de abril de 2008 cuando el proyecto se radicó en la Presidencia de la República para la respectiva sanción. Dicho término vencía el 2 de mayo de 2008 y las objeciones fueron radicadas en el Congreso el 30 de abril de 2008⁶, según se observa en el expediente, mediante comunicación dirigida por el Presidente de la República a la Presidenta del Senado de la República devolviendo el proyecto de ley sin la correspondiente sanción ejecutiva y con las objeciones descritas.

2.2. El trámite de las objeciones.

- La Comisión Accidental designada para estudiar las objeciones formuladas, presentó informe mediante el cual solicitó no acogerlas, e insistir en la sanción conforme al texto aprobado en el Congreso de la República⁷.

- La Plenaria del Senado de la República anunció el sometimiento a votación del informe sobre las objeciones el 28 de mayo de 2008⁸. El informe

fue considerado y votado por dicha corporación el 3 de junio de 2008 y votado en forma unánime por los 89 Senadores presentes, de los 102 que integran la corporación⁹.

- La Plenaria de la Cámara de Representantes anunció el sometimiento a votación del informe sobre las objeciones el 28 de mayo de 2008¹⁰. El informe fue considerado y votado el 3 de junio de 2008, según consta en el Acta N° 114 de la misma fecha, publicada en la Gaceta del Congreso N° 413 de 2008 según certificación del Secretario General de la cámara de Representantes que obra en el expediente.

- La Presidenta del Senado de la República remitió en comunicación fechada junio 11 de 2008 el proyecto de ley a esta Corte para que decida sobre la exequibilidad de las objeciones rechazadas por el Congreso de la República.

Procede, entonces, la Corte a realizar el examen material de las objeciones.

3. Problema jurídico constitucional.

Deberá la Corte establecer si las disposiciones objetadas violan las normas constitucionales invocadas por el Gobierno. En tal virtud procederá a determinar si el precepto cuestionado atenta contra: (i) el principio de mérito como regla general de acceso a la función pública consagrado en la Constitución Política en los artículos 125, 217, 218, 253, 256, 268 y 279; (ii) el principio de igualdad a que aluden los artículos 13 y 209 de la Constitución Política.

4. Presupuestos de la decisión.

Se revisará la jurisprudencia de esta Corporación relativa a: (i) la carrera administrativa, el concurso y el mérito como elemento esencial de la misma; (ii) la igualdad en el acceso a la función pública y el derecho a la estabilidad en el empleo; (iii) los sujetos de especial protección; (iv) la libertad de configuración legislativa en materia de carrera administrativa.

4.1. La carrera administrativa, el concurso y el mérito como elementos esenciales de la misma.

4.1.1. Fundamento constitucional y definición.

El fundamento constitucional de la carrera administrativa se encuentra en los artículos 125 y 209 Superiores. Por su parte, la Ley 909 de 2004 se ha encargado de definirla¹¹. De allí, según la jurisprudencia de la Corte, se derivan cuatro consecuencias: (i) *la necesidad de nombrar por concurso público a los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o por la ley*; (ii) *el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se hará con base en el cumplimiento de las condiciones y requisitos previstos en la ley, requerimientos que en todo caso deberán fundarse en los méritos y calidades de los aspirantes*; (iii) *las causales de retiro del servicio estarán fundadas en la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario y las demás causales previstas en la Constitución y la ley*; y (iv) *en ningún caso la filiación política de los aspirantes podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o su remoción*¹².

Adicionalmente, ha expresado esta Corte que la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad *“sin un aparato estatal diseñado dentro de claros criterios de mérito y eficiencia, para lo cual no resulta necesario su excesivo tamaño ni un frondoso árbol burocrático, sino una planta de personal debidamente capacitada y organizada de forma tal que garantice niveles óptimos de rendimiento*¹³.

4.1.2. El mérito.

El constituyente de 1991 privilegió el mérito como el criterio que define la forma de acceso a la función pública y, en consecuencia, estableció el concurso público como la manera de establecerlo -salvo para los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la ley-. Específicamente, el artículo 125 de la Carta autoriza al legislador para: (i) fijar requisitos y condiciones determinantes del mérito y calidades de los aspirantes; (ii) definir las causales de retiro -además de la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario y las señaladas por la Constitución- y prohíbe tomar la filiación política de los ciudadanos para determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción¹⁴. Al respecto, puntualizó:

Sobre dicha facultad, la hermenéutica constitucional ha dejado sentado que la misma es de interpretación restrictiva, en cuanto no es posible que por esa vía se desnaturalice la regla general de que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben proveerse por el sistema de carrera. Para la Corte, la competencia otorgada al legislador en ese campo no puede entrar en contradicción con la esencia misma del sistema de carrera, ni tampoco generar un efecto contrario al querido por el constituyente del 91: que la carrera sea la excepción y los demás mecanismos de provisión de cargos la regla general^{15,16}.

“...dado que el concurso es un instrumento de selección que tiene como finalidad establecer la capacidad, idoneidad y potencialidad del aspirante para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo,¹⁷ la Corte Constitucional ha rechazado el empleo de factores de evaluación que no sean compatibles con esa finalidad, como por ejemplo cuando se acude a criterios subjetivos o irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen, o cuando se acude a motivos ocultos, preferencias personales, o animadversión o a criterios de tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión política o filosófica, para descalificar al aspirante^{18,19}.

Es así como la Corte ha precisado que al analizar las normas que expida el legislador en materia de carrera administrativa, trátase del sistema general o de sistemas específicos o especiales y sin desconocer la facultad de configuración que le otorga la Carta, debe evaluar un mínimo de circunstancias que permitan determinar si tales regulaciones se ajustan o no al Ordenamiento superior.

Al respecto ha dicho la Corte:

“Así pues, los presupuestos normativos de los sistemas de concursos de la carrera administrativa estarán acordes con la Constitución: (i) si no se establece una distinción que disponga una regulación para el ascenso en la carrera y otra más restrictiva para el ingreso a la misma; (ii) si no se derivan de las normas que regulan la carrera, condiciones de desigualdad que impidan la determinación objetiva del mérito de cada concursante; (iii) si no se incluyen ítems de evaluación cuya aplicación proceda sólo para algunos concursantes y no para todos; (iv) si no se disponen criterios de selección que evalúen la idoneidad frente a ciertas actividades específicas o técnicas, en condiciones desiguales entre los aspirantes vinculados a la entidad y los no vinculados; (...) Una regulación normativa que genere una situación contraria a cualquiera de los presupuestos anteriores es sin duda inconstitucional.”²⁰

En suma, el mérito, como fundamento del ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, no solo se ajusta a los principios y valores constitucionales, sino que al encaminarse al logro de los fines consagrados en el artículo 209 Superior, propende por la supresión de los factores subjetivos en la designación de servidores públicos y la eliminación de prácticas anti-modernas como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo²¹.

4.1.3. Tipos de carrera.

En la Sentencia 308 de 2007 se expusieron las conclusiones jurisprudenciales en torno a las categorías existentes en el sistema de carrera administrativa así:

“a. Que existen tres categorías de sistema de carrera administrativa, que son las siguientes:

- 1. La carrera administrativa general;*
- 2. Las carreras administrativas especiales o regímenes especiales de origen constitucional.*

3. Las carreras administrativas especiales o regímenes especiales de origen legal, conocidas propiamente como “sistemas específicos de carrera administrativa”.

b. Que las carreras o regímenes especiales de origen legal, llamadas también “sistemas específicos de carrera administrativa” de origen legal, son constitucionalmente admisibles siempre que las normas de la carrera general no permitan a las entidades cumplir adecuadamente con sus funciones, o interfirieran negativamente en la consecución de sus objetivos.

c. La creación legal de sistemas específicos de carrera administrativa implica:

1. Respetar los principios constitucionales relativos al ejercicio de la función pública.

2. Respetar los principios constitucionales relativos al régimen de carrera.

3. La existencia de una razón suficiente.

4. La previa evaluación acerca de la verdadera especialidad de las funciones del respectivo órgano o institución en que se va a implementar tal sistema específico²².

4.1.3.1. Sistemas especiales

Los sistemas de carrera de origen constitucional -denominados sistemas especiales-, que como excepción a la carrera general se anuncian en el artículo 130 de la Constitución Política, han sido reconocidos en sucesivas jurisprudencias constitucionales²³ así: (i) las Fuerzas Militares, prevista en el artículo 217 C.P.²⁴; (ii) la Policía Nacional, consagrada en el inciso 3º del artículo 218 C.P.²⁵; (iii) la Fiscalía General de la Nación, dispuesta por el artículo 253 C.P.²⁶; (iv) la Rama Judicial, prevista en el numeral primero del artículo 256 C.P.²⁷; (v) la Contraloría General de la República, consagrada en el artículo 268-10 C.P.²⁸; (vi) la Procuraduría General de la Nación, contemplada en el artículo 279 C.P.²⁹; y (vii) las universidades públicas, dispuesto en el artículo 69 C.P.^{30,31}.

Por su origen constitucional, las carreras especiales cuentan con un régimen propio que las sustrae de la *administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil*”.

Es también el caso de la carrera notarial, cuya administración y vigilancia corre a cargo del Consejo Superior de que trata el Decreto Ley 960/70, pese a tratarse de particulares que desempeñan funciones públicas y no de servidores públicos. En efecto, La Corte, al declarar inexecutable la derogación expresa del artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970 (estatuto notarial) por la ley 588, revivió el Consejo de la Carrera Notarial; de haberse considerado que la carrera notarial no pertenecía a las de creación constitucional, en su lugar, hubiera ordenado la administración de dicha carrera a la Comisión Nacional del servicio Civil, mediante una simple remisión a la regla general³².

4.1.3.2. Sistemas específicos

Los sistemas específicos son aquellos creados por el legislador atendiendo a las necesidades particulares de la administración. El artículo 4º de la Ley 909 de 2004 define los sistemas específicos de carrera administrativa como “aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública”.

La misma norma establece como sistemas específicos de carrera administrativa, cuya vigilancia corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil³³, los siguientes:

“-El que rige para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

-El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

-El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

-El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.

-El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias.

-El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

-El que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil”.

En relación con la facultad que tiene el legislador ordinario o extraordinario para establecer sistemas específicos de carrera, la Corte ha puntualizado que el legislador debe tener en cuenta³⁴: (i) los principios generales de la carrera administrativa, esto es, el mérito como factor eficaz y definitorio del acceso, permanencia y retiro del empleo público”; (ii) la singularidad y especificidad de las funciones, establecidos técnicamente, con el fin de optimizar el cumplimiento de las actividades del organismo; (iii) la disposición de procedimientos objetivos de selección y permanencia en el empleo, basados exclusivamente en el mérito personal³⁵; (iv) la garantía de que el sistema respectivo ha de propiciar el cumplimiento de los fines del Estado y no va a generar diferencias violatorias del principio de igualdad; (iv) la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para la administración y vigilancia de estos sistemas, sin excepción.

4.1.4. Finalidad.

La carrera administrativa persigue unos fines específicos, a saber: (i) la realización de los principios de eficiencia y eficacia para el desarrollo de la función pública; (ii) la realización del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública; (iii) la dotación de una planta de personal capacitado e idónea que preste sus servicios conforme lo requiera el interés general; y (iv) la estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines³⁶.

4.2. La igualdad en el acceso a la función pública, el reconocimiento de los derechos de los trabajadores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera y el derecho a la permanencia en el cargo.

4.2.1. Igualdad en el acceso a la función Pública

El numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política establece el derecho fundamental de todo ciudadano a participar en condiciones de igualdad en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede, entre otras, tener acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, acogiéndose a las reglas del concurso público y con sujeción a los méritos y calidades propios (C.P. art 125). Esta posibilidad se deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, reconociendo la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, declara que pueden acceder “a todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos”.

De ahí que haya precisado la Corte que el principio de igualdad está en contradicción con cualquier regulación que establezca requisitos ajenos al mérito y capacidad de los participantes, sin suficiente fundamento objetivo o que las pruebas no sean valoradas en forma razonable y proporcional a su importancia, teniendo en cuenta el cargo a proveer, pues con ello se estaría obstruyendo el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad³⁷.

Por tratarse de la realización efectiva de principios y derechos constitucionales, no le está permitido al Legislador, en consecuencia, diseñar sistemas específicos de carrera y reglas particulares de concurso que obstruyan la participación igualitaria de los ciudadanos o desconozcan los criterios del mérito³⁸. Con independencia del origen constitucional o legal de un régimen de carrera la Corte ha puntualizado:

(...)“los presupuestos normativos de los sistemas de concursos de la carrera administrativa estarán acordes con la Constitución: (i) si no se establece una distinción que disponga una regulación para el ascenso en la carrera y otra más restrictiva para el ingreso a la misma; (ii) si no se derivan de las normas que regulan la carrera, condiciones de desigualdad que impidan la determinación objetiva del mérito de cada concursante; (iii) si no se incluyen ítems de evaluación cuya aplicación proceda sólo para algunos concursantes y no para todos; (iv) si no se disponen criterios de selección que evalúen la idoneidad frente a ciertas actividades específicas o técnicas, en condiciones desiguales entre los aspirantes vinculados a la entidad y los no vinculados; (...) Una regulación normativa que genere una situación contraria a cualquiera de los supuestos anteriores es sin duda inconstitucional.”³⁹

4.2.2. Reconocimiento de los derechos de los trabajadores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera y diferencia con derecho a la permanencia en el cargo.

Según se ha venido diciendo, el artículo 125 Superior establece que, salvo las excepciones allí previstas, el ingreso y ascenso en los empleos de carrera debe realizarse mediante concurso público.

No obstante, la Corte ha defendido los derechos de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera a un cierto grado de estabilidad derivada del derecho al debido proceso y el derecho de defensa, consistente en: (i) la necesidad de motivación de los actos que los desvinculan y (ii) la imposibilidad de reemplazarlos, aun motivando la desvinculación, con funcionarios que no hayan superado los concursos públicos y abiertos. Lo anterior no significa que el nombramiento en provisionalidad otorgue al funcionario un derecho adquirido a la permanencia en el empleo.

Al respecto ha precisado esta Corporación que los funcionarios nombrados en provisionalidad para cargos de carrera vacantes en forma definitiva solo pueden ser retirados de su empleo “...por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo”⁴⁰.

Siguiendo esa línea de pensamiento la respuesta del juez constitucional ante la desvinculación mediante actos administrativos carentes de motivación, de servidores públicos nombrados en provisionalidad para cargos de carrera vacantes en forma definitiva y aún de quienes no siéndolo desempeñan una función pública como es el caso de los notarios en interinidad, ha sido la de ordenar: “(i) o bien motivar el acto administrativo de manera inmediata o (ii) en aquellos casos en que además haya vulneración del mínimo vital de las personas, - aparte de la motivación del acto -, se ha ordenado el reintegro del funcionario, cuando la desvinculación intempestiva afecta claramente su mínimo vital. Por último, (iii) se han dado también ordenes complejas sometidas a condición, que involucran el reintegro del funcionario separado de su cargo de manera inmediata, si la orden de motivación del acto administrativo no se cumple en un primer momento. En estos casos, en la decisión de tutela se consagra la obligación de la debida motivación, so pena de la inmediata revinculación del funcionario afectado al cargo del que fue separado”⁴¹.

Sin perjuicio de lo anterior, como también lo ha señalado la Corte, no existe base legal que transforme una vinculación provisional en otra propia de la carrera administrativa por el mero paso del tiempo, ya que tal forma de ingreso sería contraria a las disposiciones constitucionales.

Esto es así porque, según lo ha establecido esta Corporación:

“3- La gestión de personal del Estado colombiano tiene como principio general el sistema de carrera administrativa (art. 125 C.P.), el cual tiene dos claros objetivos, uno referente al Estado y otro que hace relación con la persona. En primer lugar, la carrera administrativa busca la vinculación y permanencia al aparato estatal de las mejores personas, a través de la selección y evaluación, bajo el criterio de méritos y calidades; el Estado, entonces, garantiza el mejor nivel de aptitud en los elementos que lo integran, lo cual aumenta la posibilidad de desarrollar con eficiencia y eficacia sus funciones. Como segunda medida, el sistema de carrera brinda la posibilidad a todas las personas, o a todos los ciudadanos, en los casos respectivos, de acceder en igualdad de oportunidades a los cargos públicos, sin mediar otras variables diferentes a los méritos y calidades. La carrera administrativa protege así no sólo la eficiencia y eficacia de la actividad estatal sino también la igualdad en el acceso a la función pública”⁴².

Desde esta perspectiva, la Corte ha declarado la inexequibilidad de normas de incorporación automática a la carrera de funcionarios nombrados en provisionalidad, ya que *“un nombramiento en provisionalidad, así sea por un período largo de tiempo, no genera expectativas de estabilidad laboral, pues por su naturaleza se trata de nombramientos de estabilidad precaria, circunstancia que es conocida por quien es nombrado en esas condiciones”*⁴³.

Ahora bien, sin perjuicio de que quien ocupa en provisionalidad un cargo de carrera pueda en condiciones de igualdad participar en un concurso público para proveer el empleo correspondiente, la Corte ha sido enfática al señalar que las normas que permiten un acceso automático a la carrera administrativa, son, en principio, contrarias a la Carta Política. Así lo precisó en la Sentencia C-030 de 1997, reiterada en Sentencia C-290 de 2007⁴⁴. En ellas se cuestionó la constitucionalidad de las normas que permitían a empleados que ocupaban un cargo de carrera solicitar su inscripción en la carrera administrativa con la acreditación de los correspondientes requisitos. A su juicio, con ello se disponía el ingreso automático de algunas personas a la carrera administrativa, sin que debieran pasar por un proceso mediante el cual se pudieran valorar sus capacidades y mérito, con desconocimiento *“no sólo el mandato constitucional contenido en el artículo 125 de la Constitución, que exige la convocación a concursos públicos para proveer los cargos de carrera, sino los principios generales que este sistema de selección tiene implícitos, tales como la igualdad y la eficacia en la administración pública (artículos 13 y 209 de la Constitución).”*

La Corte reiteró las consideraciones planteadas por esta Corporación en la Sentencia C-942 de 2003, al entender que se vulnera la Carta cuando, sin justificación razonable, se establece un privilegio a favor de una persona consistente en eximirlo del cumplimiento de requisitos que le son exigidos a otros posibles concursantes, por la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera. En este caso se presenta una clara violación del principio de igualdad entre los aspirantes, que infringe el artículo 13 de la Constitución Política. Preservando los mismos principios, la Corte ha declarado contrarias a la Constitución normas que establecían requisitos que otorgaban una ventaja a quienes habían desempeñado el cargo, frente a concursantes que no se encontraban en esa situación.

Aun admitiendo la posibilidad de considerar legítima la finalidad que pueda tener el Legislador al considerar la situación de un gran número de servidores que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, la Corte, en Sentencia C-733 de 2005⁴⁵, fue enfática al señalar que las ventajas otorgadas a los mismos, respecto de los demás aspirantes, son claramente violatorias de los principios de igualdad y acceso a los cargos públicos consagrados en la Carta, aún sin tratarse de una incorporación automática a la carrera. Al respecto precisó:

*“...la libertad de concurrencia e igualdad en el ingreso a los cargos públicos, como principio fundamental, implica que todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole”*⁴⁶. En efecto, todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones aún respecto de quienes ocupan los cargos en provisionalidad, los que por tal condición no pueden ser tratados con privilegios o ventajas, así como tampoco con desventajas, en relación con el cargo que ocupan y al cual aspiran. Por lo tanto, todos los requisitos y acreditaciones para el concurso deben exigirse en condiciones de igualdad para todos los aspirantes”.

Al tenor de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, no cabe duda de que quienes desempeñan un cargo de carrera en provisionalidad no tienen adquirido un derecho de ingreso a la carrera, ni el legislador puede otorgárselo so pena de vulnerar la Carta Política.

Lo anterior no obsta para que *“cuando la vacante en el cargo público de carrera no es definitiva, sino temporal, el mismo debe ser provisto también en forma transitoria, por la misma razón anotada de la necesidad de continuidad en la prestación de la función pública, por el tiempo que dure la situación administrativa correspondiente, mediante encargo o mediante nombramiento provisional, de acuerdo con las mismas normas legales”*⁴⁷. Esto porque la temporalidad de la vacancia indica que existe una persona que desempeña el cargo cuyos derechos deben respetarse.

4.3. La libertad de configuración legislativa en materia de carrera administrativa.

La libertad de configuración legislativa en materia de carrera administrativa ha sido largamente reconocida por esta Corte, siempre que se ejerza dentro de los límites impuestos por la Constitución Política.

La Corte ha sostenido que, en la materia, la regla general es el régimen común de carrera, sin perjuicio de que el legislador, al definir los elementos que comprenden los sistemas especiales y específicos, goce de un amplio margen de configuración, que le permita armonizar

principios y valores constitucionales con requerimientos de la cada vez más compleja y diversa organización del Estado⁴⁸. La Corte en la Sentencia C-1122 de 2005⁴⁹ reiterada en Sentencia C-753 de 2008⁵⁰ la Corte estimó que

“...al legislador le asiste una amplia libertad de configuración a la hora de diseñar el sistema de carrera administrativa y de implantar los mecanismos a través de los cuales se valoran los méritos de los aspirantes a ingresar o a ascender dentro de la misma. Empero, esta libertad de configuración no es ilimitada, en cuanto debe acompañarse con el objetivo mismo que persigue el sistema de carrera. Dicho objetivo, como se hizo ver arriba, no es otro que el asegurar que el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se haga exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna. Por esta razón el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos.⁵¹ Sólo así se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual “(e)l ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.” (C.P. Art. 125)

5. Examen de las objeciones.

5.1. La constitucionalidad de los artículos 1º, 4º, 7º, 8º y 9º del proyecto de Ley N° 117 de 2007 Senado - 171 de 2007 Cámara.

5.1.1. Síntesis de las normas objetadas.

Los artículos 1º, 7º, 8º y 9º objetados establecen sistemas de transición aplicables a (i) la carrera ordinaria, (ii) las carreras especiales y específicas, (iii) los empleados públicos civiles y no uniformados del Sector Defensa y (iv) los servidores y empleados de la Fiscalía General de la Nación.

Estos sistemas están dirigidos a los servidores públicos que, en los mencionados regímenes, se encontraran desempeñando en provisionalidad cargos públicos de carrera vacantes definitivamente, en una fecha determinada: fecha de publicación de la Ley 909 de 2004 para los de régimen general, y los específicos y especiales; fecha de publicación de la Ley 1033 de 2006 para los empleados públicos civiles y no uniformados del Sector Defensa; fecha de vigencia de la ley 938 de 2004 para los servidores y empleados de la Fiscalía General de la Nación.

La consecuencia jurídica principal consiste en que el retiro de estos empleados solo podrá efectuarse por las razones especiales fijadas para cada régimen: artículo 41 de la Ley 906 de 2004 para los funcionarios de régimen general; artículo 7 del proyecto para los de regímenes especiales y específicos; las causales de retiro previstas en el Decreto-ley 091 de 2007 para los empleados civiles y no uniformados del sector defensa; y el artículo 77 de la ley 938 de 2004 para los servidores y empleados de la Fiscalía General de la Nación.

Señalan también la forma en que han de proveerse los otros empleos: las listas de elegibles resultantes de las convocatorias que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil del Sistema General de Carrera, cuya vigencia respecto de la Convocatoria número 001 de 2005 se fija en tres años; las listas de elegibles resultantes de las convocatorias que adelanten los respectivos organismos encargados para tal fin en el caso de las carreras especiales y específicas; el Decreto 091 de 2007 y las demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen -debiendo efectuarse la convocatoria dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigencia del citado decreto-ley-, en el Sistema Especial de Carrera del sector Defensa; no la define para la Fiscalía General de la Nación.

Se establece también un privilegio a favor de (i) servidores públicos que se encuentren ocupando cargos de vacancia definitiva, en calidad de provisionales, sin importar la fecha de vinculación; (ii) con discapacidades (físico, mental, visual o auditivo) a quienes además les faltaren menos de tres (3) años para pensionarse contados a partir de la promulgación de la ley, (iii) quienes tendrán derecho a los beneficios establecidos en el artículo 1º del proyecto para los trabajadores nombrados en provisionalidad.

El Gobierno Nacional plantea la objeción por inconstitucionalidad, abarcando las normas atacadas que consagran las disposiciones relativas a los regímenes de carrera, así como los principios que han de regirlas. Considera vulnerados los artículos generales 13, 125 y 209 superiores, y los artículos específicos 217, 218, 253, 256, 268 y 279 constitucionales, relativo a régimen de carrera en las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación,

respectivamente. En tanto las normas objetadas no se refieren a los sistemas de carrera consagrados en los artículos 217 (Fuerzas Militares) 218 (Policía Nacional) 256 (carrera judicial) 268 (Contraloría General de la República) 279 (Procuraduría General de la Nación) la Corte no se ocupará de la presunta violación a las mismas planteada por el ejecutivo.

5.1.2. Principio de mérito y selección objetiva por concurso público, como reglas de acceso a la función pública.

Los artículos del proyecto relacionados con las carreras en las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, respectivamente, contienen disposiciones que transgreden las reglas del mérito y el concurso público contenidas en el artículo 125 de la Constitución Política. Si bien la Carta faculta al Legislador para establecer las regulaciones de carrera previstas en los artículos 217, 218, 253, 256, 268 y 279 constitucionales, tal reserva legal no lo autoriza para desconocer o vulnerar los principios constitucionales de acceso a la función pública, como ocurre con las disposiciones demandadas.

En efecto, los artículos 1º, 4º, 7º, 8º y 9º, consagran, a favor de empleados provisionales, modalidades de acceso a empleos de carrera que los relevan de la prueba del mérito y la capacidad para el desempeño de funciones públicas. En cambio, les extiende los beneficios a los que se accede regularmente a través del concurso, al disponer que el retiro de estos empleados solo podrá efectuarse por las razones especiales fijadas para cada sistema (las del artículo 41 de la Ley 906 de 2004 para los funcionarios de régimen general y los demás arriba citadas para los diferentes regímenes de carrera). Lo anterior, a la luz de la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional, desconoce lo previsto en el artículo 125 de la Carta, al omitirse “el cumplimiento de requisitos y condiciones” para la determinación de “los méritos y calidades de los aspirantes”. A esta conclusión arriba la Corte, no obstante el proyecto de enmienda legal aduzca una vocación de transitoriedad, pues sus normas generarían situaciones jurídicas definitivas para sus destinatarios; y a pesar del sometimiento previsto para los beneficiarios a la evaluación anual del desempeño, no otra es cosa que una consecuencia obvia del ingreso a la función pública.

5.1.3. Derecho de igualdad y de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

De modo similar, las regulaciones de las carreras en las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, respectivamente, contenidas en las normas objetadas del proyecto de ley, desconocen los principios de igualdad de oportunidades y de acceso a funciones y cargos públicos (C.P., arts. 13 y 40.7).

Las disposiciones objetadas otorgan un tratamiento diferencial y favorable a quienes ocupan actualmente, en provisionalidad, cargos de carrera vacantes definitivamente, por cuanto los habilita para permanecer en sus empleos y disfrutar de las prerrogativas de los funcionarios de carrera, en contraste con otros empleados y ciudadanos aspirantes, pues mientras éstos deben someterse a un proceso de selección público y abierto, aquellos gozarían de estabilidad en el cargo sustraídos de la obligación de demostrar su mérito. El trato diferencial es injustificado pues, respecto de los empleados provisionales no puede predicarse la existencia de condiciones jurídicas especiales, ya que todos los aspirantes a llegar a un cargo de carrera, sea que lo hayan ejercido o no, tienen solo una expectativa y no un derecho a ser nombrados.

Como quedó expresado, la Corte Constitucional ha reiterado que todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones, aun los que ocupan los cargos en provisionalidad, quienes por tener esta condición desde hace varios años no pueden ser tratados con ventajas.

5.1.4. No se discute la plausible intención que pudo tener el Legislador en la expedición de las normas objetadas, pero no puede desconocerse la contradicción entre los mandatos contenidos en el proyecto y los principios de igualdad y mérito para el ingreso y ascenso en la carrera administrativa. Tampoco se reconoce consecuencia jurídica a la circunstancia del paso del tiempo en condición de provisionalidad en el empleo, como quedó sentado, y menos tras considerar que la precariedad de la vinculación del empleado designado en provisionalidad era conocida por éste.

Por no corresponder a su función, la Corte Constitucional se abstiene de proferir juicio alguno sobre la conveniencia de la incorporación de los empleados en provisionalidad que ocupan cargos en carrera vacantes definitivamente. Se limita a encontrar deseable que la experiencia de estos servidores pueda serle útil a la administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del servicio público, destacando que

disponen del acceso igualitario a los mecanismos de concurso público. En relación con la existencia de un proyecto de Acto Legislativo en curso que contiene disposiciones similares a las acusadas, esta Corporación no se pronuncia, reiterando que las razones contenidas en esta sentencia tienen por marco referencial el orden constitucional vigente.

No desconoce la Corte que el artículo 4º del proyecto plantea una diferenciación respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación que suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio⁵², la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio del cargo para el que se concursa⁵³, el ingreso automático a la carrera⁵⁴ o los concursos cerrados para ingreso o ascenso⁵⁵, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas -en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio⁵⁶, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso⁵⁷.

En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante aspecto respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad por lo cual mal podría decirse que la excepción planteada en el artículo 4º que se objeta sea razonable o que exista proporcionalidad entre el medio escogido y los fines perseguidos, máxime cuando la misma Ley 909 resolvió la dificultad al prescribir en su artículo 52 que:

(...)

“La Comisión Nacional del Servicio Civil, en coordinación con las respectivas entidades del Estado, promoverá la adopción de medidas tendientes a garantizar, en igualdad de oportunidades, las condiciones de acceso al servicio público, en empleos de carrera administrativa, a aquellos ciudadanos que posean discapacidades físicas, auditivas o visuales, con el fin de proporcionarles un trabajo acorde con su condición.

En todo caso, las entidades del Estado, estarán obligadas, de conformidad como lo establece el artículo 27 de la Ley 361 de 1997 a preferir entre los elegibles, cuando quiera que se presente un empate, a las personas con discapacidad.”

No obstante, la Corte exhorta al legislador a que adopte medidas semejantes a las previstas en los incisos del artículo 52 de la ley 909 de 2004 antes mencionados, que permitan a sujetos considerados de especial protección tales como las personas próximas a pensionarse.

5.1.5 Al considerar las disposiciones acusadas contrarias a los artículos 125, 13 y 40.7 de la Constitución Política, con base en las razones expuestas, se declarará la inexecutable de los artículos 1º, 4º, 7º, 8º y 9º del proyecto de Ley Nº 117 de 2007 Senado - 171 de 2007 Cámara.

5.3. Conclusión.

Teniendo en cuenta que la Corte encontró fundadas las objeciones planteadas por el ejecutivo respecto de los artículos 1º, 4º, 7º, 8º y 9º del proyecto estudiado, por lo cual éste es parcialmente inexecutable, la Corte lo retornará a la Cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, el Congreso rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el presente fallo. Una vez cumplido ese trámite, el proyecto deberá retornar a esta Corte para un pronunciamiento definitivo (CP art. 167).

III. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar FUNDADAS las objeciones presidenciales y en consecuencia INexequibles los artículos 1º, 4º, 7º, 8º y 9º del proyecto de ley Nº 117 de 2007 Senado – 171 de 2007 Cámara, "Por la cual se reforman algunos artículos de la Ley 909 de 2004, algunos artículos de las disposiciones que contienen los concursos de los sistemas específicos y especiales de origen legal y constitucional y se dictan otras disposiciones en materia de Carrera Administrativa"

SEGUNDO. De conformidad con lo ordenado por los artículos 167 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2067 de 1991, por intermedio de la Secretaría General remítase el expediente legislativo y copia de esta Sentencia a la Cámara de origen para que, oído el ministro del ramo, se rehagan e integren la disposiciones afectadas de inexequibilidad, en los términos que sean concordantes con el dictamen de la Corte Constitucional. Una vez cumplido este trámite, el Congreso remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo.

NOTIFÍQUESE, CÓPIESE, COMUNÍQUESE AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y AL PRESIDENTE DEL CONGRESO, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUMBERTO SIERRA PORTO

Presidente

NOTAS AL PIE DE PÁGINA:

¹ Oficio de 11-6-2008, recibido en Secretaría General de la Corte Constitucional el 25-6-08.

² Integrada por los Senadores Dilian Francisca Toro Torres, Jesús Antonio Bernal A., Javier Cáceres Leal, y los representantes a la Cámara Germán Reyes Forero, Gilberto Rondón G., Pedro Jiménez Salazar.

³ Para sustentar sus afirmaciones, la Comisión Accidental menciona fallos de la Corte Constitucional que han protegido los derechos de los servidores públicos designados en provisionalidad para ocupar cargos definitivamente vacantes, tales como T-059 de 2004, T-800 de 1998 y T-1206 de 2004, donde, a su juicio, se ha puntualizado que, el nombramiento en provisionalidad para cargos de carrera administrativa no significa que el cargo se convierta en uno de libre nombramiento y remoción, razón por la cual el nominador no solo está obligado a motivar el acto de desvinculación sino que no puede desvincular al funcionario a menos que exista justa causa para ello.

⁴ Recibido por la Secretaría General de la Corte Constitucional el concepto N° 4598 del Viceprocurador General de la Nación, se remitió el expediente al despacho del Magistrado Ponente.

⁵ Ver entre otras Sentencias C-268 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-380 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-292 de 1996 M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez, C-510 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, y C- 028 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-063 de 2002 y C-068 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentarías, C-433 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Treviño, C-856 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Treviño, C-1040 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-315 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Treviño

⁶ Expediente del Senado de la República.

⁷ Gacetas del Congreso 284 y 287 de 2008

⁸ Acta N° 50 de la misma fecha, Publicada en la Gaceta del Congreso N° 482 del mismo año.

⁹ Acta N° 51 de la misma fecha, publicada en la Gaceta del Congreso N° 539 de ese año.

¹⁰ Acta N° 113 de la misma fecha, publicada en la Gaceta N° 412 de la misma anualidad

¹¹ La ley 909 de 2004 define la carrera administrativa, en su artículo 27, como “un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna”.

¹² Sentencia C-315 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹³ Sentencia C-391 de 1993, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

¹⁴ Ver al respecto las Sentencias C-195 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

¹⁵ Cfr. las Sentencias C-195 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-356 de 1994 (M.P. Fabio Morón Díaz) y C-306 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara), entre otras.

¹⁶ Sentencia C-1230/05 M.P. Rodrigo Escobar Gil

¹⁷ Sentencia T-384 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁸ Ver por ejemplo las sentencias C- 808 de 2001, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-158 de 1999, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, T-384 de 2005, MP: Rodrigo Escobar Gil. Igualmente es contrario a la Constitución, seleccionar o descalificar a una persona que participa en un proceso de selección mediante concurso con base en preferencias personales, animadversión, o motivos subjetivos, o secretos. Ver por ejemplo, las sentencias C- 371 de 2000, MP. Carlos Gaviria Díaz, y T-514 de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra. En la sentencia T-514 de 2001, por ejemplo, se dijo que *“la decisión de no incluir en la lista de elegibles o no nombrar en el cargo a proveer a la persona que obtuvo el mejor puntaje en el concurso, debe ser motivada y fundarse en razones objetivas, sólidas y expresas que sean de tal magnitud que, de modo evidente, desaconsejen la designación del candidato por resultar claro que sus antecedentes penales, disciplinarios o de comportamiento laboral o profesional, pese a los resultados del concurso, lo muestran como indigno de obtener, conservar o recuperar su cargo, o acusen, fuera de toda duda, que antes incumplió sus deberes y funciones.”*

¹⁹ Sentencia C-211/07 M.P. Álvaro Tafur Galvis

²⁰ Sentencia C-1265/05, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Ver además entre otras Sentencia C-211/07 M.P. Álvaro Tafur Galvis

²¹ Ver al respecto las sentencias C-071 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-195 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-563 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz; C-1230 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-315 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

²² Sentencia C-308 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Ver también al respecto las Sentencias C-746 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-563 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz; C-517 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1230 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil;

²³ C-391 de 1993, C-356 de 1994, C-746 de 1999, M.Ps. Hernández Galindo, Morón Díaz y Beltrán Sierra, respectivamente.

²⁴ Constitución Política, Artículo 217: “(...) la ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que le es propio”.

²⁵ Constitución Política, Artículo 218: “(...) la ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”.

²⁶ Constitución Política, Artículo 253: “(...) la ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación al ingreso por carrera y al retiro por servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia”. En la sentencia C-517/02, la Corte estudió aspectos relacionados con la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación.

²⁷ Constitución Política, Artículo 256: “Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: 1. Administrar la carrera judicial. (...)”.

²⁸ Constitución Política, Artículo 268: “El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: (...) 10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Ésta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría (...)”.

²⁹ Constitución Política, Artículo 279: “La ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al concurso de méritos y al concurso del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo”. En la sentencia C-963/03, la Corte estudió aspectos relacionados con la carrera especial de la Procuraduría General de la Nación.

³⁰ Constitución Política, Artículo 69: “(...) La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado. (...)”. Ver C-746 de 1999.

³¹ Sentencia C-315 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño

³² Sentencia C-337 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³³ M.P. Jaime Córdoba Triviño. En ella se reitera como una de las características de los sistemas específicos la sujeción de ellos, sin excepción, a la Comisión Nacional del Servicio Civil

³⁴ Sentencia C-315 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño

³⁵ Con base en esta última consideración, la Corte ha previsto que los sistemas específicos de carrera son, en realidad, derivaciones del sistema general de carrera administrativa, que concurren cuando las condiciones especiales de las actividades desarrolladas por una entidad en específico hacen necesario flexibilizar el régimen común. Sobre este preciso tópico, la sentencia C-1230/05.

³⁶ Sobre los fines de la carrera administrativa ver Sentencias C-479 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; C-195 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa ; C-040 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-041 de 1995 M.P. Edusdo Cifuentes Muñoz ; C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-030 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejía; C-539 de 1998 M.P. Alejandro Martínez caballero; C-110 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-109 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-371 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-486 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-292 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-954 de 2001 M.P. Jaime Araújo Rentería; C-1177 de 2001 Álvaro Tafur Galvis; C-517 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1079 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-969 de 2003 M.P. Jaime Araújo Rentería y C-077 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería, C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-734/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-733 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-182 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería, Sentencia C-540 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-1177 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Ver también Sentencia C-195 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-733 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

³⁷ Sentencia C-211 de 2007 M.P. Álvaro Tafir Galvis. Ver además entre otras, Sentencias C-973 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-555 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-245 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-507 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz, relacionadas con la carrera de los docentes; C-292 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-808 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, relacionadas con la carrera diplomática y consular; C-421 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis, SU-250 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-741 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-153 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-155 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-647 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz, C-1040 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra sobre carrera notarial.

³⁸ Sentencia C-733 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

³⁹ Sentencia C-1265/05, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Ver además Sentencia C-753 de 2008 M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁴⁰ Sentencia T-07 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁴¹ T-07 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver además entre otras T-752 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-374 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T- 392 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-660 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-696 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1159 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-222 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-254 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-257 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-064 de 2007M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-132 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-410 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-464 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-729 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-838 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-157 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-193 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo, T-270 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-308 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-341 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández,

⁴² Ver sentencia C-317/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁴³ Sentencia T-1241/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁴ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁴⁵ M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Ver en el mismo sentido la Sentencia Sentencia C-1263 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-046 de 2006 M.P. Jaime Araújo Rentería. En la primera la Corte señaló que *"La norma que se acusa consagra la realización de un concurso, en el que no sólo se tiene en cuenta el mérito de quien pretende acceder al régimen de carrera, si no que por el contrario se valora una serie de acreditaciones "experiencia específica comprobada y evaluación del desempeño laboral" violatorias del derecho a la igualdad, del acceso a cargos públicos y del artículo 125 de la Constitución que consagra como regla general la realización de concursos públicos abiertos como el mecanismo idóneo para proveer un empleo en la administración". La segunda por su parte determinó que el privilegio consistente en tomar en cuenta respecto de los funcionarios actualmente vinculados "la evaluación de la experiencia relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación del desempeño en el mismo, factores que no se valoran a los demás participantes; quienes pueden no pertenecer a la Carrera administrativa o nunca haber desempeñado el cargo a proveer", transgrede el Ordenamiento Superior, "en la medida en que establece una ventaja violatoria del principio de igualdad (art. 13 C.P.) y del derecho a acceder a cargos públicos (art. 40, núm. 7 C.P.)"*.

⁴⁶ Art. 28, literal b), ley 909 de 2004

⁴⁷ Sentencia C-077 DE 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería

⁴⁸ Sentencias C-563 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz y Sentencia C-1230/05 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁹ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁰ M.P. Jaime Araújo Rentería

⁵¹ Cf. Ley 909 de 2004, artículos 28, 29 y 30.

⁵² Sentencia T-409 de 99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-245 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell

⁵³ Sentencia C- 733 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Ver también entre otras C-049/06 M.P. Jaime Araujo Rentería Tales privilegios fueron censurados por la Corte, “en la medida en que establece una ventaja violatoria del principio de igualdad (art. 13 C.P.) y del derecho a acceder a cargos públicos (art. 40, núm. 7 C.P.), a favor de los empleados provisionales vinculados actualmente en cargos de carrera, que se presenten a los concursos para proveer en forma definitiva dichos empleos. Tal privilegio consiste en que a estos empleados, además de los factores comunes que se evalúan a todos los aspirantes, relativos a sus calidades académicas y experiencia, también se les toma en cuenta en la evaluación de antecedentes, la antigüedad y eficiencia en el desempeño del cargo para el cual se concursa, factores que no se valoran a los demás participantes y que representan una ventaja que no se justifica de manera suficiente. A juicio de la Corte, si bien puede considerarse legítima la finalidad buscada por la norma, cual es la de poner fin a la prolongada, precaria e irregular situación de provisionalidad de un buen número de empleados de la administración, resulta desproporcionada frente al grado de afectación de los principios y derechos constitucionales en juego. Por tales motivos, la Sala decidió declarar inexecutable el artículo 56 de la Ley 909 de 2004”.

⁵⁴ Sentencia C-211/07 M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁵⁵ Sentencia 222 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver además entre otras C-211/07 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-131 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁵⁶ Sentencia C-1122 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁵⁷ C-041/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁵⁸ Sobre el concepto y la validez de las normas jurídicas ver Hans Kelsen, *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, Fontamara, México, 1992, Págs. 52-60, 62-65. Así mismo, Ricardo Guastini, *Distinguiendo, estudios de teoría y metateoría del derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, págs. 92-110, 307-343.

⁵⁹ Norberto Bobbio, *Teoría del Derecho*, Editorial Temis, 2007, Págs. 3-139.

⁶⁰ Ibidem, Págs. 143-265.

⁶¹ Sobre este tema consultar Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, 1998.

⁶² Ver H.L.A. Hart, *El concepto del Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Págs. 99-125.

⁶³ Ver H.L.A. Hart, *El concepto del Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Págs. 125-137.

⁶⁴ Ibidem, Pág. 133.

⁶⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-533/04, C-644/04, C-333/05, C-400/05, y C-473/05.

⁶⁶ Corte Constitucional Sentencia C- 930 de 2005.

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

Con aclaración de voto

MANUEL JOSÉ CÉPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-901 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

REQUISITO DE ANUNCIO PREVIO DE VOTACION EN TRAMITE LEGISLATIVO DE OBJECIONES PRESIDENCIALES-Incumplimiento constituye vicio insubsanable (Aclaración de voto)

CARRERA ADMINISTRATIVA-Discapacidad no puede ser razón única para acceder y permanecer en un cargo de carrera (Aclaración de voto)

Referencia: expediente OP-103

Revisión oficiosa de las Objeciones Presidenciales presentadas al proyecto de Ley No. 117 de 2007 Senado, 171 de 2007 Cámara, "Por la cual se reforman algunos artículos de la Ley 909 de 2004, algunos artículos de las disposiciones que contienen los concursos de los sistemas específicos y especiales de origen legal y constitucional y se dictan otras disposiciones en materia de Carrera Administrativa"

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, procedo a aclarar mi voto a la presente decisión, mediante la cual se declaran fundadas las objeciones por inconstitucionalidad formuladas por el Gobierno Nacional y por tanto se declara inexequibles los artículos 1º, 4º, 7º, 8º y 9º del proyecto de ley No. 117 de 2007 Senado - 171 de 2007 Cámara, "Por la cual se reforman algunos artículos de la Ley 909 de 2004, algunos artículos de las disposiciones que contienen los concursos de los sistemas específicos y especiales de origen legal y constitucional y se dictan otras disposiciones en materia de Carrera Administrativa".

En primer término, este magistrado considera que la discapacidad no puede ser la única razón para acceder y permanecer en un cargo de carrera, condición que sólo puede aducirse a favor para definir entre puntajes iguales obtenidos dentro de un concurso de méritos. Sobre este tema, me permito observar que la Corte ha elaborado una jurisprudencia consistente en materia del mérito para ingresar y permanecer en la carrera administrativa, la cual se rompería con la permanencia de las personas discapacitadas únicamente en razón de dicha discapacidad y sin

que se establezca un parámetro o porcentaje de disminución de la capacidad laboral. Además, es de observar que la norma remite al artículo 1º que se propone declarar inexecutable.

A este respecto, considero que para proteger a las personas discapacitadas, primero éstas tienen que ganarse el concurso y en igualdad de condiciones darle la prelación. Es decir, que se debe reservar un cupo para las personas con discapacidad al cual accederá el mejor de los concursantes.

De otra parte, considero que otra cosa distinta es lo que pueda disponer el legislador en un futuro en aras de proteger a las personas con discapacidad, como puede hacerlo estableciendo un cupo en la carrera para estas personas, pero para el cual las mismas tendrían que competir con otras personas en la misma condición.

Por lo anterior, en concepto de este magistrado las objeciones debían ser declaradas fundadas en su integridad, como efectivamente se hizo.

En segundo lugar, este magistrado evidencia que en el trámite de las objeciones en el Congreso, según se aprecia en las respectivas gacetas, no se cumplió en debida forma con los avisos previos de votación.

En este sentido, me permito reiterar los argumentos con base en los cuales sostengo que el requisito del anuncio previo para votación con el lleno de todas las exigencias constitucionales es fundamental para la validez de las normas jurídicas y su falta constituye un vicio insubsanable. A este respecto me referiré (i) en primer lugar, al problema de teoría del derecho respecto de la producción de las normas jurídicas, la validez de las mismas, y su importancia en el control constitucional; y (ii) en segundo lugar, a la naturaleza del anuncio previo para votación de los proyectos como requisito constitucional.

1. El problema de la producción de las normas jurídicas, la validez de las mismas, y su importancia en el control constitucional

El problema de la producción de las normas jurídicas dentro de un sistema jurídico, el cual apareja a su vez el de la validez de las normas jurídicas, supone una posición de principio de teoría y filosofía del derecho, que tiene importantes consecuencias teóricas y prácticas para el tema del control constitucional.

Se hace necesario entonces tomar una postura clara de teoría y filosofía del derecho, en relación con el concepto de norma jurídica, el cual entraña el concepto de validez de las mismas, lo cual a su vez conlleva necesariamente la pregunta por el modo de producción jurídico-institucional de las normas. De este modo, tenemos que en un sistema jurídico es fundamental determinar en primer término, qué es norma jurídica, elemento básico y esencial del derecho, como el concepto de "*célula*" para la biología. Por ello, la primera parte de teoría del derecho se encuentra dedicada al análisis y determinación de lo que es norma jurídica, parte esencial de la cual, es la pregunta de cuándo un enunciado normativo hace parte del sistema jurídico, o en otros términos, a la pregunta por la validez de los preceptos jurídicos⁵⁸. Esta problemática corresponde a la teoría de las normas y aborda la parte estática del derecho⁵⁹.

No obstante, el derecho no está compuesto por una sola norma sino por una pluralidad de normas jurídicas. En consecuencia, la segunda parte de la teoría del derecho es la que se refiere a la teoría del ordenamiento jurídico que aborda la parte dinámica de las normas⁶⁰. En esta parte se encuentra el análisis de lo que son las antinomias jurídicas, para resolver las cuales hay que acudir a los criterios de vigencia en el tiempo y/o jerarquía de los enunciados jurídicos válidos, así como los problemas de unidad, coherencia y plenitud de los ordenamientos jurídicos.

Vista la estructura fundamental de la teoría del derecho, es claro entonces que el primer problema fundamental del sistema jurídico es la determinación de qué es una norma jurídica, cuándo una norma nace al ordenamiento jurídico, o en otros términos, qué normas pertenecen y cuáles no al sistema jurídico, problema que se encuentra analítica e intrínsecamente ligado al problema de la validez de la norma jurídica, el cual es un problema tan fundamental y esencial en el derecho que es anterior al problema de la vigencia y de la eficacia de las normas, puesto que la respuesta a este primer interrogante permite esclarecer la cuestión de la *carta de nacimiento* o naturaleza jurídica propiamente dicha de las normas, la *pertenencia* de las normas a un sistema jurídico, o con otras palabras, la cuestión del *reconocimiento* de las normas como jurídicas o pertenecientes a un sistema jurídico, es decir, como enunciados normativos jurídicos-positivos.

En este orden de ideas, aparece claro que la pregunta fundamental en el derecho es la pregunta por la existencia y validez de las normas jurídicas, por qué es norma jurídica, cuestiones que determinan la teoría de los actos jurídicos y la teoría de la nulidad en el derecho, desde la inexistencia de norma, la nulidad de la norma, hasta la existencia de norma con vicio o sin vicio de producción o formación. De manera que el cuestionamiento esencial en el derecho es entonces el de cómo surgen las normas en el mundo jurídico, esto es, cuándo una norma ha surgido correctamente en el mundo jurídico, es decir, con el lleno o cumplimiento de todos los requisitos establecidos para su creación. Este cuestionamiento corresponde exactamente a la pregunta por la validez.

La pregunta por la validez de las normas jurídicas, es decir, por la cuestión de si un enunciado normativo es norma jurídica, o en otros términos, si pertenece al sistema jurídico, de conformidad con las reglas prefijadas por el propio sistema para su reproducción, es la pregunta fundamental que se debe hacer en el derecho, para posteriormente, y sólo si es contestada afirmativamente esta pregunta por la validez, se pueda continuar preguntando por la vigencia y la eficacia de las normas jurídicas válidas.

Esta característica propia de las normas jurídicas como válidas, es lo que llevó a Hans Kelsen a afirmar que el derecho pertenece al mundo del "deber ser" y no al mundo del "ser", ya que la pregunta por el derecho es la pregunta por la validez de la norma jurídica, es decir, por la existencia deontológica, y no la pregunta por la existencia fenomenológica de las cosas, lo que condujo al filósofo del derecho austriaco a sostener que por ello mismo la lógica formal no funciona para el derecho, por cuanto su finalidad es la constatación de una correspondencia con un fenómeno del mundo del ser, mientras que en cambio en el derecho de lo que se trata es de constatar si una norma es válida, es decir de si existe en el mundo del derecho o del "deber ser" y ello de acuerdo con aquellas reglas que estipulan y prevén los presupuestos para su producción jurídica⁶¹. Así mismo, esta característica de la validez, propia del derecho, es lo que permite explicar, según Kelsen, que se puedan encontrar normas válidas que se opongan entre sí y sin embargo sigan siendo válidas.

A este respecto, hay que recordar que el sistema jurídico es como el ave fénix que se crea y se reproduce a sí mismo, y contiene por tanto normas que estipulan la forma de la reproducción de las normas jurídicas, las cuales Hart denomina "reglas secundarias"⁶². Así mismo, a este problema fundamental del derecho acerca de la determinación de la pertenencia o no de una norma a un sistema jurídico de conformidad con las normas o reglas previstas por el propio sistema para su reproducción, es lo que Hart identificó como el problema del reconocimiento de las normas jurídicas como tales, a cuyo problema contribuyó con su teoría de la "regla de reconocimiento y validez jurídica"⁶³.

Así entonces, el derecho será válido siempre y cuando satisfaga los requisitos que se establecen para la producción del mismo derecho y que están señalados por las reglas de producción del derecho en la Constitución.

Lo anterior, lo ejemplifica el filósofo del Derecho H.L.A. Hart de la siguiente manera: "Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por otra regla. ¿Es válida esta pretendida ordenanza del County Council de Oxfordshire? Sí: porque fue dictada en ejercicio de potestades conferidas y de acuerdo con el procedimiento especificado, por un decreto del Ministerio de Salud Pública. A este primer nivel, el decreto suministra los criterios para apreciar la validez de la ordenanza. Puede no haber necesidad práctica de seguir adelante; pero existe la posibilidad de hacerlo. Podemos cuestionar la validez del decreto y apreciarla en términos de la ley que faculta al Ministro a adoptar tales medidas"⁶⁴

Así también nuestra Constitución contempla para la producción de normas con fuerza de ley, por ejemplo, el requisito de publicación previa del proyecto de ley (inc.1 art. 157 CN); cuatro (4) debates, dos en cada una de las cámaras, y en cada una de ellas un primero en la comisión correspondiente y un segundo en plenaria (inc. 2 art. 57, 165); la existencia de quórum deliberatorio y de determinadas mayorías (p.e. art. 153); el cumplimiento del anuncio de votación del proyecto en cuestión, con el cumplimiento de los requisitos establecidos por la propia Carta (art. 160 C.P); términos específicos entre cada debate en cada Cámara y entre los debates en una y otra Cámara (art. 160); límites de trámite en los periodos legislativos (art. 162), la sanción presidencial (art.168), entre otros.

Ahora bien, cuando se hace control de constitucionalidad, éste apunta en primerísimo lugar a comprobar la validez de la norma jurídica, a constatar si se respetó o no el camino demarcado por el propio sistema jurídico, esto es, los procedimientos de producción del derecho, para que pueda catalogarse tal norma como norma válida. El control constitucional en este aspecto no es por tanto cosa de poca monta, ya que cuando el constituyente dice que exige ciertos requisitos para poder otorgar carta de validez a las normas jurídicas, al Tribunal Constitucional le corresponde controlar y verificar que dichos requisitos se hayan respetado y cumplido a cabalidad. Por tanto esta labor es de suma importancia, este control constitucional sobre la forma de producción de las normas jurídicas y sobre la validez de las mismas, es lo más importante, porque a partir de este control se debe determinar qué norma es reconocida como válida, es decir, qué norma pertenece al sistema jurídico, o en otros términos, qué enunciado normativo es en realidad norma jurídica. En este sentido, el control constitucional formal no es una cuestión de simple

formalismo, por cuanto no puede existir derecho sin que se respeten las condiciones procedimentales de formación de las normas jurídicas preestablecidas por el propio ordenamiento, lo cual es una característica fundamental de un Estado de Derecho.

La pregunta por la validez jurídica de las normas y el control constitucional respecto de dicha validez jurídica, sigue siendo por tanto un tema de trascendental importancia para el derecho y esto es precisamente lo que controla en primera instancia el Tribunal Constitucional, la pregunta sobre cuáles enunciados normativos pertenecen efectivamente o no al ordenamiento jurídico. Todos los demás temas son por tanto posteriores al tema de la validez, es decir, el tema de la vigencia, de la eficacia y el análisis de si el contenido sustancial de la norma es acorde o no con la Constitución.

Es por esta razón que la producción del Derecho y sus formas, permiten entender al pueblo que el producto realizado está acorde con el objetivo popular y con la misma existencia del Estado, y les otorga una presunción de validez. Los trámites y cauces en los cuales se encamina la producción normativa deviene de la misma legitimidad que el pueblo otorga al producto final, es decir el Derecho.

En consecuencia, sólo pueden valorarse o reconocerse como válidas y legítimas las reglas de obligación si provienen de las reglas de reconocimiento y de su aplicación adecuada. Situación del Estado de Derecho totalmente contraria al Estado absolutista donde el único criterio para identificar algo como derecho era aquello sancionado por el rey. En palabras más sencillas, debe decirse que la manera para identificar el derecho aceptado por los individuos está basada en aquel derecho que provenga o sea el resultante de las reglas de reconocimiento o formas de producción establecidas en la Constitución.

Cualquier otra cosa que se obtenga como resultado sin el cumplimiento de estas reglas de reconocimiento constitucionales no puede avalarse como derecho legítimo aceptado por los individuos. Es decir, existe la posibilidad de que el legislador produzca “derecho” sin el cumplimiento de las reglas de reconocimiento. Evento en el cual, este “derecho” no es válido, a la luz de poder político en cabeza del pueblo.

En síntesis, la suplantación de la forma de producción de derecho, sin dudas elimina la legalidad y legitimidad que éste debe tener, afecta inmediatamente su validez y hace no obligatorio su cumplimiento. Y esto es así, por cuanto es el propio derecho el que determina su forma de producción y ello es la garantía que el pueblo mismo tiene que la producción de parámetros de convivencia social pacífica se realice acorde con lo preestablecido por él mismo, en cabeza del Estado de Derecho y su ordenamiento jurídico y no por fruto del capricho o el deseo de quien produzca normas, lo que estaría más cercano a la vivencia del Estado absolutista y el poder de dictar parámetros de un ente diferente del soberano.

2. El anuncio previo como requisito constitucional para votación de los proyectos de ley (Artículo 160 C. P)

Respecto de la trascendencia constitucional del requisito establecido en el artículo 160 constitucional, esta Corte ha manifestado:

“El inciso final del artículo 160 de la Constitución Política dispone que ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. En el mismo sentido, establece que el aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la presidencia de cada Cámara o comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación.

Como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia,⁶⁵ el anuncio de la votación pretende hacer eficaces valores y principios constitucionales primordiales para la actividad legislativa. En efecto, el anuncio permite que los congresistas conozcan con la debida antelación qué proyectos de ley van a ser sometidos a votación, requisito indispensable para la concreción del principio de publicidad propio de la actividad congresional y, por ende, para la adecuada formación de la voluntad democrática al interior de las cámaras. Además, el cumplimiento del requisito mencionado facilita la actuación de los ciudadanos y las organizaciones sociales en el trámite de aprobación de los proyectos de ley, lo cual materializa la democracia participativa y el ejercicio de los derechos políticos previstos en el artículo 40 C.P.

Este precedente ha previsto, además, las condiciones fácticas requeridas para acreditar el cumplimiento de la obligación del anuncio de la votación. Así, resultará comprobado el requisito cuando (i) el anuncio de la votación de un proyecto de ley se realiza en sesión anterior y, por ende, distinta a la que se lleve a cabo la aprobación de la iniciativa (ii) la Presidencia de la cámara correspondiente informa expresa y claramente a sus integrantes que determinado proyecto de ley será sometido a votación en sesión posterior; y (iii) la fecha de esa sesión posterior para la cual fue convocada la votación sea determinada o, al menos, determinable.

En el mismo sentido, la Corte ha estimado que el incumplimiento del requisito mencionado es un vicio de naturaleza insubsanable, que acarrea la inexequibilidad de la disposición. Ello debido a que se trata de una instancia del procedimiento legislativo prevista de forma expresa por la Carta Política. Por ende, hace parte de las disposiciones que conforman el parámetro superior para la validez del procedimiento legislativo destinado a la creación de normas jurídicas, por lo cual debe ser aplicada de forma preferente en virtud del principio de supremacía constitucional (Art. 4 C.P.).

Bajo la misma perspectiva y de conformidad con lo expresado anteriormente, esta exigencia busca hacer eficaces tanto el principio de publicidad y transparencia en el trámite legislativo, como la democracia participativa y el respeto de las minorías parlamentarias. Así, se trata de un presupuesto formal relevante para la adecuada formación de la voluntad democrática de las cámaras legislativas, esto es, que hace parte del mínimo de requisitos exigibles para que el procedimiento de formación de las leyes cumpla con sus propósitos constitucionales.

Por último, la omisión del anuncio para la votación es un vicio de procedimiento que afecta el trámite subsiguiente puesto que, en atención del principio de consecutividad, la validez de cada una de las etapas del procedimiento para la formación de las leyes depende, a su vez, de la validez de las actuaciones antecedentes. En esa medida, no sería posible aplicar la facultad de subsanación prevista en el parágrafo del artículo 241 C.P.

(...) La Sala insiste en que el requisito para el procedimiento legislativo previsto en el inciso final del artículo 160 C.P. obliga a que al interior de las cámaras legislativas sean anunciados, de manera específica, cierta y expresa, cuáles son los proyectos de ley que serán sometidos a votación en la siguiente sesión y la fecha, determinada o determinable, en que se realizará esa reunión (...)”⁶⁶ (Negrilla fuera de texto)

En conclusión, el cumplimiento del anuncio previo con el lleno de las exigencias constitucionales hace efectivo al interior del trámite parlamentario de leyes y actos legislativos una serie de principios constitucionales, dentro de los que se realza el Estado Social de derecho. Principios éstos que pretenden que los congresistas *conozcan* qué proyectos van a ser sometidos a debate y votación. Lo anterior, como resultado del principio de contradicción, pilar de las sociedades democráticas, el cual busca que las normas que rigen la sociedad sean debatidas, discutidas y posteriormente sean votadas. Para lo anterior, es indispensable que los congresistas conozcan de manera cierta y clara en qué momento del trámite parlamentario los proyectos serán debatidos, discutidos y votados.

Ahora bien, de no cumplirse dicho conocimiento antecedente por parte de los congresistas, no existiría la idónea formación de la ley o del acto legislativo como expresión de la voluntad democrática. Esto por cuanto dicho desconocimiento impediría la oportunidad de debatir, discutir y hasta votar dichos proyectos por parte de los congresistas. En consecuencia, la norma resultante de un proceso que adolece del requisito señalado, no responde a la expectativa cierta de los asociados quienes depositan su confianza en los órganos del Estado, en este caso el Congreso, de que las normas se guiarán por los causes de producción que la Constitución, como norma de normas, establece para su fabricación.

Adicionalmente, otras cuatro razones fortalecen y ratifican la exigencia, dentro del trámite de aprobación de una ley, del requisito establecido en el artículo 160 Constitucional. Estas son:

a. La Constitución Política de Colombia establece en su artículo 183 las causales de pérdida de investidura de los congresistas; dentro de las cuales se encuentra la señalada en el numeral segundo que indica: “*Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.*” (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, el ordenamiento superior prevé que un congresista de la República puede perder su investidura por el hecho de no asistir en un mismo período de sesiones a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de ley. En este orden de ideas, el anuncio previo de los proyectos de ley que serán debatidos y votados en sesión posterior cierta y determinada (artículo 160 constitucional) es sin duda una garantía que la misma norma superior estableció para los congresistas, los cuales, conocedores de que un proyecto se debatirá y votará en sesión posterior cierta y determinada y, de las consecuencias señaladas en el artículo 183 numeral 2 de la Constitución, asumen las responsabilidades que la propia Constitución y la ley les exigen.

Por el contrario, el no cumplimiento del anuncio previo de que trata el artículo 160 constitucional, deja sin sustento la garantía constitucional que la norma superior ha otorgado a los congresistas para que asuman sus funciones con la responsabilidad que les es debida. En otras palabras, el no cumplimiento del requisito esbozado impediría exigir responsabilidad a los congresistas con base en el artículo 183 numeral 2 constitucional, por falta de conocimiento de la reunión plenaria en la que se votaría un proyecto de ley.

b. En este mismo orden de ideas, cualquier ciudadano necesita conocer, de manera cierta y determinada, cuándo se va a votar un proyecto de ley que lo puede afectar, ya que se debe legislar consultando el interés general. Lo anterior, con el propósito de que pueda hacer valedero el principio constitucional de participación en las decisiones políticas en cabeza de todos los ciudadanos, consagrado entre otros artículos en el 2, 40, 103, 153, 154, 155, 159 de la Constitución Nacional. Así las cosas, el ciudadano puede ejercer no sólo la vigilancia y el control social sobre la producción de las normas jurídicas que le van a ser aplicadas sino que igualmente puede participar de manera activa en la toma de esas decisiones, lo cual es un presupuesto del ordenamiento jurídico democrático y la cultura participativa.

Así pues, el desconocimiento del anuncio previo expresado en la norma constitucional ya mencionada con anterioridad, impide que el ciudadano vigile y controle socialmente la producción de las normas jurídicas y que participe, como lo señala la Constitución Política, y asista, como lo permite el artículo 71 de la Ley 5ª de 1992 al desarrollo de las sesiones y toma de decisiones por parte del Congreso. Específicamente, el ciudadano, carecería del conocimiento respecto de la sesión cierta en la cual se va a debatir y aprobar un proyecto de ley que sin dudas le incumbe.

c. El artículo 160 de la Constitución al exigir que ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente de aquella que previamente se haya anunciado y que por consiguiente dicho aviso debe realizarse en sesión distinta a aquella en la cual se realiza la votación, en realidad lo que está señalando es un *prerrequisito de competencia* del Congreso de la República para votar proyectos de ley y actos legislativos.

En otras palabras, la Constitución establece que el Congreso de la República, sea las comisiones o sea las Cámara en pleno, será *competente* para votar un proyecto de ley, como en el presente caso, solamente y de manera única cuando se haya efectuado en debida forma el anuncio de que trata el artículo 160 constitucional. De no ser así, el congreso carece de la competencia constitucional necesaria para votar un proyecto de ley. Lo anterior por falta del anuncio previo exigido en la norma de la Constitución mencionada.

Por tanto, si el Congreso vota un proyecto de ley sin la realización o la mala realización del anuncio previo, tantas veces mencionado, estaría actuando por fuera de las competencias asignadas constitucionalmente y por consiguiente el acto constituye una irregularidad superlativa a la luz de la Constitución por ser contrario a ésta, lo cual acarrea una sanción mayor por no respetar el procedimiento establecido, sanción ésta consistente en la expulsión del ordenamiento jurídico.

Así pues, al señalar la Constitución de manera expresa una prohibición – *que ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente de aquella que previamente se haya anunciado y que por consiguiente dicho aviso debe realizarse en sesión distinta a aquella en la cual se realiza la votación* – su no cumplimiento genera de manera inmediata la incompetencia del Congreso de la República – comisiones o Cámara en pleno – para votar dicho proyecto de ley. En consecuencia, de votarse un proyecto de ley sin el cumplimiento pleno de los requisitos exigidos para el anuncio previo para votación consagrado en el artículo 160 constitucional se estaría violando la prohibición constitucional anotada, se estaría actuando sin competencia y dicho acto traería consigo un vicio mayor que aparejaría como sanción su expulsión del ordenamiento jurídico.

d. Adicionalmente, el inciso adicionado al artículo 160 por el Acto Legislativo 01 del 2003, consagra que “(e)l aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la presidencia de cada Cámara o comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación” (negrilla fuera de texto), con el fin de darle mayor seriedad, solemnidad y certeza a la determinación de la sesión en la cual se llevará a cabo la votación.

De conformidad con esta disposición superior es claro que la obligación del anuncio para votación tiene que ser realizada por la presidencia de cada Cámara o de la comisión correspondiente, de lo cual resulta evidente que el cumplimiento de este requisito constitucional es tan importante que el mismo constituyente no se lo dejó a cualquier persona sino que lo asignó al propio presente(a) de cada Cámara o de la comisión respectiva.

A juicio de la Corte, la exigencia de que el anuncio lo haga la presidencia de cada Cámara o comisión trae importantes consecuencias jurídicas a saber: (i) en primer lugar, que si el anuncio no lo hace la presidencia de cada Cámara o comisión, entonces no existe anuncio alguno; (ii) en segundo lugar, que si se llega a presentar una discrepancia entre lo anunciado por la presidencia frente a lo anunciado por el secretario, prevalece en todo momento el anuncio hecho por la presidencia; (iii) en tercer lugar, que esta función se le otorgó a la presidencia de la Cámara

o comisión correspondiente, con el fin de que no existiera duda respecto de cuándo se va a votar de forma cierta y determinada el proyecto legislativo, al otorgarle mayor seriedad, solemnidad y certeza al anuncio.

Pues bien, en síntesis la exigencia constitucional establecida en el artículo 160 determina como norma de producción del derecho, que *“ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. El aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la presidencia de cada Cámara o comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación”*

Así las cosas, requisitos de producción del derecho, como el del anuncio previo, establecido en la propia Constitución hace que el vicio que respecto de éste se presente sea insubsanable, por la alta trascendencia que al interior de un Estado de Derecho posee la decisión popular vertida en la Constitución Política, al optar por la forma de producción del derecho que va a seguir.

3. Con fundamento en lo anterior, el suscrito magistrado reitera, como lo he sostenido en innumerables oportunidades, que la exigencia de cumplimiento del anuncio para votación contenido en el artículo 160 Superior no es un simple formalismo sino que es de fundamental importancia en un Estado constitucional y democrático de Derecho puesto que atañe directamente al problema de la validez de las normas jurídicas y de su legitimidad democrática, y que su falta o irregularidad constituye un vicio procedimental insubsanable por ser una exigencia de origen constitucional que insisto, se encuentra fundamentada en la exigencia de validez de las normas jurídicas y en la garantía de la transparencia y la participación en el procedimiento democrático de creación de leyes.

Con fundamento en las razones anteriormente expuestas, aclaro mi voto a la presente decisión.

Fecha *ut supra*.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

Fecha y hora de creación: 2026-05-21 17:11:49