

Sentencia C-097/19

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Corte Constitucional

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Principio pro actione

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Certeza en concepto de violación

CARRERA ADMINISTRATIVA-Principio constitucional

CARRERA ADMINISTRATIVA-Fundamento

La carrera administrativa está consagrada especialmente en tres disposiciones constitucionales: (i) el artículo 123 define lo que debe entenderse por servidores públicos, definiendo que se trata de todas aquellas personas que prestan sus servicios al Estado en calidad de miembros de las corporaciones públicas, al igual que los empleados y trabajadores del mismo y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; (ii) el artículo 125 establece el régimen de carrera administrativa como regla general para todos los empleos en los órganos y entidades del Estado colombiano; y, (iii) el artículo 150.23 autoriza al Congreso de la República para expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas

CARRERA ADMINISTRATIVA-Regla general de acceso a la función pública/CARRERA ADMINISTRATIVA-Excepciones

(...) por regla general los empleos en los diversos organismos y entidades del Estado son de carrera, mientras que la excepción está constituida por los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. La regla general sobre carrera se extiende de tal manera que cuando existan empleos cuyo sistema de provisión no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, deberá acudirse al concurso público para el nombramiento de los respectivos funcionarios.

FUNCION ADMINISTRATIVA-Principios

CARRERA ADMINISTRATIVA-Proceso de selección

CONCURSO DE MERITOS-Debe garantizar igualdad de oportunidades

En la materia objeto de análisis el principio de igualdad se proyecta en dos dimensiones concretas, por una parte, implica la libre concurrencia en los concursos de méritos, prohibiéndose toda forma de discriminación y, por otra, implica el deber de las autoridades de proporcionar el mismo trato a todos los concursantes en las diversas etapas del proceso de selección, así como en el ejercicio de la respectiva función pública a la que eventualmente un aspirante ingrese.

MERITO-Concepto/MERITO-Cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad

CARRERA ADMINISTRATIVA Y PRINCIPIO DEL MERITO-Jurisprudencia constitucional

CARRERA ADMINISTRATIVA-Eje definitorio de la Constitución

(...) se concluye que la norma en juicio debe ser analizada de manera sistemática valiéndose de las normas constitucionales que consagran la carrera administrativa como un eje definitorio de la Carta Política, el desarrollo legal y las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional.

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC-Régimen específico de carrera administrativa/SISTEMA ESPECIFICO DE CARRERA PENITENCIARIA DEL INPEC-Desarrollo normativo

CARRERA PENITENCIARIA Y CARCELARIA-Régimen especial/CARRERA PENITENCIARIA Y CARCELARIA-Desarrollo normativo

CARRERA PENITENCIARIA Y CARCELARIA-Finalidad

La especial naturaleza del servicio penitenciario y carcelario tiene sustento en la función pública de mantener y garantizar el orden, la disciplina, la custodia y la vigilancia de los internos en las prisiones, a través de políticas preventivas, educativas y resocializadoras

que, además, hoy en día deben acompañarse con la humanización en las condiciones carcelarias y en el trato hacia los reclusos por parte de los miembros que conforman el cuerpo de seguridad.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Finalidad

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta Política la finalidad de la carrera administrativa en las diversas actividades que cumplen las entidades del Estado consiste en garantizar un procedimiento objetivo para seleccionar con base en el mérito a las personas más calificadas para desarrollar una determinada función pública.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Límites

(...) la jurisprudencia consolidada de esta Corporación ha sido enfática en señalar que la facultad del legislador en orden a establecer los requisitos exigidos para acceder al ejercicio de cargos y funciones públicas y excluir a aquellos aspirantes que no las satisfagan, por tratarse de una materia inserta en el ámbito de los derechos fundamentales, indefectiblemente debe obedecer a condiciones de razonabilidad y proporcionalidad.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Regulación legislativa de procedimiento de selección y fijación de requisitos y condiciones

REGIMEN DE INHABILIDADES PARA ACCESO A LA FUNCION PUBLICA-Límites al legislador

JUICIO DE RAZONABILIDAD-Relación de proporcionalidad entre trato desigual y fin perseguido

En esta orientación, es dable concluir que la medida en juicio persigue un fin constitucionalmente legítimo que corresponde al desarrollo reglamentario del mandato constitucional consagrado en el artículo 125 de la Carta Política. Particularmente la restricción para participar durante un año en los concursos de méritos, al parecer está orientada a que las personas que habiendo perdido un concurso previo se preparen o instruyan de forma consciente durante un periodo razonable para enfrentar una nueva convocatoria.

INTENSIDAD DEL JUICIO DE RAZONABILIDAD A APLICAR-Proporcionalidad entre el medio y el fin buscado por la medida

Al respecto, la Sala encuentra que no aprobar un concurso puede obedecer a diversos factores los cuales no necesariamente determinan que la persona sea o no apta para el cargo. En tal sentido, una medida de naturaleza restrictiva como la que se encuentra consagrada en la norma demandada, difícilmente guarda relación de correspondencia adecuada con la finalidad que persigue, pues como ya se dijo, está dada por proveer los cargos de carrera penitenciaria bajo el sistema de méritos. Precisamente, el mérito de una persona que aspira en determinado momento a ocupar un cargo en la carrera penitenciaria es el objeto de la evaluación que se debe hacer dentro del concurso, de tal suerte, que no tiene sentido alguno descalificarla antes del mismo

INHABILIDADES-Límite temporal

(...) El legislador extraordinario sí puede establecer inhabilidades temporales en relación con el ingreso a la carrera administrativa, pero estas se justifican en tanto estén objetivamente encaminadas a garantizar la confianza pública a través de la comprobación de la idoneidad y transparencia de quien ha de ejercer el cargo en carrera

TEST INTERMEDIO DE IGUALDAD-Aplicación

TEST INTERMEDIO DE IGUALDAD-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA IGUALDAD-Criterio de comparación o tertium comparationis para establecer si existe diferencia de trato injustificado

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Trato diferente para alcanzar un fin legítimo

El medio elegido para realizar este fin (exigir no haber desaprobado un examen previo) es inadecuado para alcanzarlo, por el simple razonamiento que incumplir con el requisito de haber aprobado un concurso previo, no descalifica los méritos y calidades de una persona, ni hace de esta un aspirante menos capaz. Además, porque al realizarse la correspondiente prueba de conocimientos se comprueba si el aspirante reúne las calidades para ingresar como alumno al curso de formación y así se asegura la exigencia de seleccionar a los mejores y más aptos aspirantes a tales cargos (...)

JUICIO INTEGRAL DE IGUALDAD-Trato desigual entre iguales o igual entre desiguales [YSC1]

NORMA ACUSADA-Trato diferencial constituye un medio inadecuado y desproporcionado

La Corte encuentra que le asiste la razón a la demandante, pues estando dotado el legislador extraordinario de las atribuciones para fijar las condiciones que de acuerdo con la especial naturaleza del servicio se requieran para ingresar a carrera penitenciaria, el principio de igualdad se opone a establecer requisitos o condiciones ajenas al mérito y que constituyan limitaciones al ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. A partir de los anteriores elementos de juicio, la Sala Plena concluye que el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994 establece una diferenciación injustificada de trato entre los aspirantes a los empleos en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, que es incompatible con el derecho a la igualdad de trato.

Referencia: Expediente D-12444

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994, “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”.

Demandante: Yannyn Tatiana Álvarez López

Magistrado Sustanciador:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C. seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los y las Magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en

el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, la ciudadana Yannyn Tatiana Álvarez López demanda la inconstitucionalidad del artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994, por la supuesta vulneración de los artículos 13, 25 y 40 Superiores.

1. Disposición demandada

“DECRETO LEY 407 DE 1994

(febrero 20)

Diario Oficial No. 41.233, de 21 de febrero de 1994

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

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

ARTÍCULO 95. CONSECUENCIAS DE LA NO APROBACION DEL CONCURSO. Quienes no aprobaren un concurso, no podrán ser convocados para concursar en otro empleo de la misma clase o de superior categoría dentro de los doce (12) meses siguientes.”

2. LA DEMANDA

La ciudadana Yannyn Tatiana Álvarez López demanda el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994, con fundamento en que se genera un trato discriminatorio injustificado al establecer que las personas que no aprueben un examen de méritos en los concursos realizados por el INPEC, no puedan volver a presentarse durante el término de un año. A juicio de la demandante esta circunstancia es violatoria de los derechos a la igualdad (art. 13 C.P.), al trabajo (art. 25 C.P.) y al acceso a cargos públicos (art. 40 C.P.).

Con respecto al derecho a la igualdad señala que la norma acusada contraría el artículo 13 de la Constitución Política dado que establece que los aspirantes que no aprueben el concurso de méritos no podrán concursar en otro empleo de la misma clase o categoría por un término de 12 meses, creando una “desigualdad manifiesta”[1] con respecto a quienes sí aprueben el concurso y frente a otros cargos públicos, pues al hacer un análisis de comparación con la Ley 909 de 2004[2], es claro que en ninguno de los empleos se hace este tipo de exclusión. En palabras de la demandante:

“...al hacer una aplicación del decreto 407 de 1994 que es por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en su artículo 95, que habla sobre las consecuencias de la no aprobación del concurso, donde se restringe que quienes no aprobaron un concurso, no podrán ser convocados para concursar en otro empleo de la misma clase o de superior categoría dentro de los doce (12) meses siguientes, hay una desigualdad manifiesta con respecto a otros cargos públicos, como muestra ponemos varios ejemplos que se encuentran contemplados en la ley 909 de 2004 por medio de la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en dicha ley podemos encontrar varios cargos y en ninguno de estos hacen esta exclusión, como primer ejemplo es el concurso de los miembros de la comisión nacional del servicio civil que se encuentra regulado lo referente al concurso, al nombramiento entre otras cosas en el artículo 9 de esta misma ley y en ningún apartado mencionan un periodo de espera para presentarse a un nuevo concurso, del mismo empleo o de uno distinto; en el apartado del concurso o de ingreso que se encuentra en el título V tampoco hacen mención del termino de espera para aspirar a un nuevo concurso, entonces se hace evidente la desigualdad dado que esta ley aplica a un gran número de funcionarios públicos, a un gran número de cargos que se encuentran en el artículo 3 de la misma ley, entre ellos: Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos. Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media, En la Comisión Nacional del Servicio Civil, En la Comisión Nacional de Televisión, En la Auditoría General de la República, En la Contaduría General de la Nación, esto por hacer mención a unos pocos.

Adicionalmente, sostiene que la norma atacada vulnera los derechos fundamentales al trabajo (art. 25) y al acceso a los cargos y funciones públicas (art. 40), ya que establece

límites temporales para el desempeño de los mismos mediante una restricción discriminatoria que se aparta del texto constitucional:

“En cuanto al artículo 25 el trabajo es un derecho y una obligación Social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene Derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, hay una vulneración a este derecho fundamental porque se priva a las personas que quieren acceder a un cargo estable en la administración pública de volver a intentar ingresar a alguno de estos cargos por un periodo de un año y por último el Artículo 40 que dice que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y Determinará los casos a los cuales ha de aplicarse, este numeral 7 debería aplicarse a todos los ciudadanos solo manejando las dos excepciones que ese mismo numeral contempla, entonces las personas que quieren acceder a un cargo en el INPEC no deberían ser parte de esa excepción salvo que uno de los que aspira cuente con esa doble nacionalidad, además tendrían derecho a hacerlo en cualquier tiempo, porque al aplicarse esa restricción de un año se le estaría negando ese acceso al desempeño de cargos públicos.”

Con base en lo anterior, solicita se declare la inexequibilidad de la norma demandada.

3. Auto admisorio

Por Auto del 30 de noviembre de 2017, el Despacho Sustanciador admitió la demanda de inconstitucionalidad formulada por la ciudadana Yannyn Tatiana Álvarez López contra el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994, por la supuesta vulneración de los artículos 13, 25 y 40 Superiores y, simultáneamente, (ii) suspendió los términos del proceso de conformidad con lo dispuesto por la Sala Plena de esta Corporación mediante Auto 305 de 2017.

Mediante Auto 501 del 16 de agosto de 2018 se levantó la suspensión de términos ordenada por Auto 305 de 2017.

II. INTERVENCIONES

En el Auto admisorio del 30 de noviembre de 2017 se comunicó la iniciación de este proceso de constitucionalidad al Presidente del Congreso, al Presidente de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio de Defensa Nacional, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y a la Defensoría del Pueblo, para que intervinieran directamente o por intermedio de apoderado escogido para el efecto dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, indicando las razones que justifican la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.

Del mismo modo, se invitó a las Facultades de Derecho de las Universidades de Los Andes, de Antioquia, de Cartagena, EAFIT, Santo Tomás sede Bogotá, Externado de Colombia, de Medellín, Javeriana, Libre, Nacional de Colombia, del Rosario, de La Sabana y Sergio Arboleda, para que intervinieran dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación respectiva, explicando las razones que en su criterio sustentan la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición acusada.

Vencido el término de fijación en lista el 3 de septiembre de 2018, de conformidad con la constancia expedida por la Secretaría General[3], se recibieron escritos de intervención de las Facultades de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, la Universidad de Antioquia y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

1. Universidad Sergio Arboleda

“El artículo 95 del Decreto 407 de 1994 establece una sanción para las personas que reprobaron el curso de formación para el ingreso a la carrera de Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), consistente en la prohibición de ser convocados a concursar en otro empleo de la misma clase o de superior categoría dentro de los doce (12) meses siguientes. Dicha disposición debe declararse inexecutable por exceder el mandato constitucional del artículo 150-23 atentando contra el derecho a acceder a cargos públicos establecido en el artículo 40-7 de la Constitución Política.

La sanción establecida en el artículo 95 del decreto 407 se traduce, por lo menos materialmente, en una inhabilidad al establecer como impedimento para obtener un empleo por el término de 12 meses como funcionario de carrera en el INPEC el haber reprobado el curso de formación. La Corte Suprema en Sentencia de junio 9 del 88 Fabio Morón definió

inhabilidad como “[A]quella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros.”

(...)

“En el presente caso, el ejecutivo a través de un Decreto con fuerza de Ley, excedió los límites dados por la constitución al establecer dicha sanción atentando contra al derecho a acceder a cargos públicos establecido en el artículo 40-7 de nuestra Constitución. Para los suscritos, parece excesiva la medida que busca impedir la obtención de determinados cargos basados en la reprobación de un curso de formación realizado con anterioridad a la convocatoria sobre la cual opera la sanción y para un puesto diferente. Dicho artículo crea un requisito adicional e injustificado para las personas que a pesar de haber reprobado con anterioridad el concurso, aún es su deseo participar en una convocatoria para acceder a la carrera del INPEC.

De igual manera, esa imposibilidad de presentarse a otra convocatoria por 12 meses tras reprobado el curso de formación es innecesaria para proteger los principios que orientan la función pública, es decir, la eficacia, economía, igualdad, celeridad, imparcialidad y publicidad. Lo anterior, dado a que el simple hecho que a la persona que repruebe el curso de formación no se le permitirá el ingreso a la carrera para el cargo específico, permite proteger dichos fines. No obstante, extender dicha sanción por 12 meses y para cargos similares y superiores es por el contrario excesivo y supedita el ejercicio del derecho fundamental de acceder a cargos públicos a la simple reprobación de un curso que puede ser producto de un mal día.”

2. Universidad de Antioquia

Mediante escrito recibido en la Secretaría General el 07 de febrero de 2018[5], Luquegi Gil Neira, obrando en calidad de Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, solicita a la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad del artículo 95 del Decreto ley 407 de 1994, con base en los argumentos transcritos a continuación:

“En nuestro concepto esta disposición vulnera los derechos a la igualdad, al acceso a los cargos públicos y al trabajo, todos ellos consagrados en la Constitución Nacional, tal como fue planteado por la demandante, además de estarlo por normas internacionales suscritas por Colombia y que son vinculantes en el orden interno de este país. Adicional a ello, dicha disposición impone una sanción irrazonable y desproporcionada que afecta a quienes reprobaban un concurso dentro del sistema específico de carrera previsto para el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

1. En efecto, al impedir que una persona pueda ser convocada a un nuevo concurso para aspirar a otro empleo de la misma clase o de superior categoría dentro de los doce (12) meses siguientes, la norma demandada genera un trato desigual injustificado entre estos aspirantes y los que desean ocupar un empleo público regido por otros sistemas de carrera administrativa.”

(...)

“Los aspirantes a los empleos del INPEC se encuentran en la misma situación fáctica que otros aspirantes a empleos públicos, pero, a diferencia de éstos, están sujetos a un régimen de participación en los concursos mucho más exigente y desfavorable, precisamente por los efectos que puede tener la falta de aprobación del concurso. De ahí se desprende una clara violación a la igualdad de oportunidades, como bien lo planteó la demanda que se coadyuva.

2. El artículo 40 de la Constitución determina que “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse”

Esta disposición constitucional no prevé limitaciones para los ciudadanos colombianos al acceso, desempeño de cargos públicos, lo cual no significa que le este vedado al legislador hacerlo en virtud del principio democrático y la facultad de libre configuración de los derechos que se desprende de dicho principio. El contenido básico de este derecho es la protección que se ofrece al ciudadano de que en tanto cumpla los requisitos y condiciones de idoneidad requeridos para el empleo público y los demuestre mediante los

procedimientos establecidos en la ley, tiene derecho, por un lado, a aspirar al empleo público de su interés y, por otro a desempeñarlo cuando sea designado para tal efecto.”

(...)

“Se habla en este caso de una inhabilidad, porque la norma contenida en el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994, tiene el alcance de impedir la participación en concursos adelantados para proveer empleos de la misma clase o de superior categoría, dentro de los doce (12) meses siguientes; lo anterior, por haber no haber aprobado un concurso del INPEC, así el aspirante cumpla los requisitos y perfiles exigidos y no esté incurso en alguna de la inhabilidades e incompatibilidades definidas expresamente como tales en la ley y en la Constitución.

El legislador no denomina a esta restricción inhabilidad, pero sustancialmente lo es por implicar la imposibilidad -así sea temporal- de participar en concursos desarrollados, en este caso dentro del INPEC, para ocupar cargos públicos.”

(...)

“Si se indaga por la finalidad que procura la disposición demandada a la hora de establecer la restricción anotada, se puede constatar que el legislador nada dijo sobre la finalidad perseguida, como tampoco es posible presumir un objetivo que pueda vislumbrar el sentido que tiene para los concursos que se adelantan el INPEC.

Las finalidades deben ser básicamente las propias de la función pública, pero más concretamente la moralidad, idoneidad, probidad, transparencia e imparcialidad. La pregunta que cabe es si la restricción de participar en un concurso, puede razonablemente pretender satisfacerlas.

No parece que la norma demandada se haya establecido en virtud de alguna de estas finalidades. En este caso no se involucran problemas de moralidad, transparencia e imparcialidad; y resulta absurdo pensar que se pretenda garantizar la idoneidad impidiendo la participación en los concursos públicos de méritos, cuando precisamente es esa idoneidad el objeto de constatación de las pruebas que se aplican dentro de tales concursos.

Las pruebas deben permitir decantar el nivel de competencia que demuestran los aspirantes, no tanto el prejuicio de haber reprobado un concurso, pues con ello se parte de la desconfianza en las personas y de su imposibilidad para progresar moral e intelectualmente, algo que desconoce, de contera, su propia dignidad.”

3. Departamento Administrativo de la Función Pública

“ [...] en orden a desvirtuar los argumentos presentados por la parte actora, sea lo primero precisar que nos encontramos frente a regímenes de carrera administrativa diferentes, pues tal como se señaló, el INPEC cuenta con un régimen específico de carrera administrativa, el cual permite al legislador apartarse dentro del marco de la legalidad y el respeto a la Constitución de las disposiciones generales estatuidas en la Ley 909 de 2004 para el régimen general de carrera administrativa, así lo ha reconocido la Corte Constitucional en varios pronunciamientos [...]”

(...)

“[...] que efectivamente en el caso de las carreras específicas, el legislador tiene una potestad reglamentaria y normativa más amplia, la cual se justifica si se entiende que este régimen se debe adaptar a las necesidades propias de la entidad a la cual se aplicara, de allí que sea justificado que en ocasiones se establezcan condiciones que en principio parecerían ajenas al principio del mérito para el ingreso a la carrera administrativa. Puntualmente en relación con la facultad del legislador la Corte en la sentencia C- 811 - 14 indicó:

“Los límites al margen de configuración del legislador en materia de carrera administrativa, conforme al principio antedicho, están fijados por tres objetivos fundamentales: (i) la búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público, ya que la administración debe seleccionar a sus servidores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional, empleando como regla para el ingreso a la carrera administrativa el concurso de méritos; (ii) la garantía de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen el mismo derecho fundamental a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas; y (iii) la protección de los derechos reconocidos por los artículos 53 y 125 de la Constitución, pues las personas vinculadas a la carrera administrativa son titulares de unos derechos adquiridos que deben ser protegidos y respetados por el Estado”.

Si se examinan con detenimiento los límites de configuración del legislador queda claro que con el Decreto 407 de 1994 se propende por que las personas que accedan a los cargos vacantes en el INPEC, lo hagan con base en el mérito y su capacidad profesional, pues únicamente aquellas personas que demuestren sus calidades profesionales y experiencia serán incluidas en la lista de elegibles, sin que ello constituya ninguna vulneración a la Constitución Política; en cuanto a la presunta vulneración del derecho a la igualdad, se debe resaltar que la demandante pretende equiparar el sistema específico estatuido para el INPEC, con los regímenes especiales (Entes Universitarios, Contraloría General de la República) y el régimen general u ordinario (Comisión Nacional del Servicio Civil, la extinguida Comisión Nacional de Televisión “Ahora Autoridad Nacional de Televisión” y la Auditoria General de la República), tal como se lee en el texto de la demanda presentada y que dio origen a la presente controversia.

Afirmaciones que desde un principio se encuentran erróneamente encausadas, pues no es posible hablar de la vulneración del derecho a la igualdad si nos encontramos frente a regímenes diferentes, toda vez que tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en varios pronunciamientos la igualdad se predica entre iguales y ese no es el caso que nos ocupa, pues como quedo señalado, atendiendo a las particularidades del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el legislador previo la necesidad de crear un régimen que se ajuste a las necesidades de esta entidad, el cual por supuesto debe apartarse en algunos clausulados de la norma general, sin que esto implique la vulneración de los derechos consagrados en la Constitución Política.[...]”

(...)

“[...] en torno al argumento de la privación para el ingreso a la carrera administrativa, es de anotar que en el Decreto 407 de 1994, se estipulan los pasos para el ingreso y ascenso en la carrera administrativa específica del INPEC, sin que se vislumbren obstáculos que impidan la participación en los concursos o cursos realizados por el Instituto; en relación con el artículo puntualmente demandado este no constituye una vulneración para el ingreso o desempeño a los cargos públicos como lo afirma la actora, pues tal como está estatuido en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, el acceso a los cargos públicos se hace con base en el mérito, es decir, únicamente aquellas personas que superen las pruebas estipuladas en los cursos o concursos tienen el derecho a ser nombradas en los

cargos que se encuentren vacantes y hayan sido convocados para el respectivo concurso.

De otra parte, si se lee integralmente lo dispuesto en el Decreto 407 de 1994, nos encontramos con lo prescrito en el artículo 96 ibídem:

“LISTA DE ELEGIBLES. Con base en los resultados del concurso o curso, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, elaborará la lista de elegibles con los aspirantes aprobados en riguroso orden de méritos. Dicha lista tendrá una vigencia de un (1) año, para los empleos objeto del concurso o curso. La provisión del empleo deberá hacerse con una de las personas que se encuentre entre los cinco (5) primeros puestos de la lista de elegibles. Efectuado uno (1) o más nombramientos, los puestos se suplirán con los nombres de las personas que sigan en el orden descendente. Quienes aprobaren el curso o concurso correspondiente, pero no pudieren ser nombrados inmediatamente por inexistencia de vacantes, quedarán en lista de elegibles por un término hasta de un (1) año”

De acuerdo a la norma transcrita, la lista de elegibles para cada curso o concurso tendrá vigencia de un año, por lo cual las vacancias que se surtan en dicho periodo serán suplidas en estricto orden de acuerdo a la lista de elegibles, lo que deja entrever que dentro de los doce (12) meses siguientes a la realización del concurso o curso no existirá la posibilidad de convocar un nuevo curso o concurso para el cargo al cual hayan aplicado los participantes que no superaron el concurso o curso primigenio, pues estará en vigencia el listado de elegibles que impide convocar nuevamente dentro de ese periodo de tiempo (12 meses).

Por lo anterior no se encuentra vulneración alguna al derecho al trabajo o a la participación en cargos públicos tal como lo afirma la demandante, pues si al participar en el curso o concurso no se ingresa a la lista de elegibles, el tiempo de espera para la nueva participación no podría ser diferente que aquel estipulado para la vigencia de la lista de elegibles, con lo cual se protege los derechos al trabajo y participación en los cargos públicos de aquellas personas que si cumplen los requisitos y condiciones necesarias para desempeñarlos, es decir, con la norma demandada se busca que aquellas personas que demostraron la idoneidad necesaria para el desempeño de los cargos tengan la oportunidad de acceder a los mismos si se genera la vacante dentro de los doce (12 meses) siguientes a

su inclusión en la lista de elegibles.”

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, el señor Procurador General de la Nación rindió el Concepto[6] de Constitucionalidad Número 006465 del 1 de octubre de 2018, mediante el cual solicita a la Corte Constitucional declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo por la vulneración del derecho al trabajo, así como al acceso a cargos y funciones públicas y, de manera simultánea, exequible el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994 en relación con el derecho a la igualdad.

En sustento de la inhibición frente a los cargos por vulneración de los artículos 13 y 40.7, el Jefe del Ministerio Público advierte:

“...la demanda no cumple con el requisito de especificidad porque la accionante se limita a expresar una apreciación subjetiva para explicar la presunta vulneración de las normas constitucionales citadas, al señalar que la norma demandada vulnera el derecho al trabajo, ya que impide a los aspirantes acceder a un trabajo estable, y al manifestar que las excepciones contempladas en el artículo 40-7 de la Constitución política “deberían aplicarse a todos los ciudadanos solo manejando las dos excepciones salvo que uno de los que aspira cuente con esa doble nacionalidad”

Al explicar la vulneración al derecho al trabajo, la demandante no expresa un parámetro objetivo que permita analizar cómo se afecta este derecho con la disposición atacada, sino que plantea su inconformidad basándose en su oposición clara y directa entre la norma censurada y la constitución.”[7]

En relación con el cargo formulado por violación del derecho a la igualdad, el Ministerio Público considera que no debe prosperar porque la carrera administrativa general y la carrera especial del INPEC al no ser equiparable, por consiguiente, su tratamiento jurídico es disímil.

“Al respecto es importante tener en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que existen tres sistemas de carrera administrativa. Así, en sentencia C-645 de

2017, se analizó la exequibilidad del artículo 90 del Decreto Ley 407 de 1994, y expresó la Corte que el primer sistema de carrera es el “sistema general de carrera administrativa”, al cual hace referencia el artículo 125 de la Constitución Política, que se encuentra regulado en la Ley 909 de 2004, se aplica a la mayor parte de los empleos de la administración pública del nivel nacional y territorial. Central y descentralizado; también están los sistemas “especiales de carrera”, que por su disposición de la Constitución tienen una regulación diferente, y “en estos casos, el constituyente dio un trato distinto a ciertas carreras, que al no ser parte de la rama ejecutiva o al desempeñar ciertas actividades constitucionalmente relevantes, merecen un trato diferenciado y autónomo.” Al respecto, pueden citarse como ejemplos, los sistemas de carrera de las universidades estatales (art. 69.C.P.), la Fiscalía General de la Nación (Art. 253 C.P.) y la Rama Judicial (Art.256 -1 C.P.), entre otros.”[8]

Con base en lo anterior, solicita se declare la exequibilidad de la norma demandada por el cargo relacionado con la presunta vulneración del derecho a la igualdad.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la disposición demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política.

2. Cuestión previa (aptitud de la demanda)

Conforme a lo indicado en precedencia en criterio de la demandante la norma acusada desconoce los derechos a la igualdad, al trabajo y al acceso a cargos y funciones públicas, toda vez que restringe de manera injustificada la posibilidad de participar durante un lapso de doce meses en los concursos públicos convocados por el INPEC a aquellas personas que previamente fueron admitidas para participar en los concursos de méritos para ingresar a dicha entidad y no hubiesen aprobado la correspondiente prueba de conocimientos.

Las Facultades de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda y de la Universidad de Antioquia coinciden en solicitarle a la Corte Constitucional declarar inexecutable el artículo

95 del Decreto Ley 407 de 1994, por considerar que impone una consecuencia jurídica negativa en los procesos de selección posteriores que se realicen para proveer cargos en la misma entidad, lo cual estiman violatorio de los derechos fundamentales a la igualdad y al acceso a cargos y funciones públicas. Por su parte, el Departamento Administrativo de la Función Pública solicita la exequibilidad de la norma demandada. Finalmente, el señor Procurador General de la Nación solicita que la Corte se abstenga de emitir un pronunciamiento de fondo en relación con los cargos presentados por la supuesta transgresión del derecho al trabajo y al acceso a cargos públicos y la exequibilidad de la disposición demanda por el cargo relativo a la vulneración del derecho a la igualdad.

Como se puede observar, en el asunto sometido a examen, dos intervinientes solicitan a la Corte declarar la inexequibilidad de la norma demandada y uno la exequibilidad de la misma. En tal sentido, deducen que de la demanda efectivamente se desprende al menos un cargo de inconstitucionalidad que amerita el pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación.

No obstante lo anterior, si bien el señor Procurador General de la Nación, al presentar su concepto de rigor, solicita a esta Corporación declare exequible la disposición demandada por el cargo relativo al desconocimiento del derecho a la igualdad, a la vez, solicita abstenerse de emitir un pronunciamiento de fondo en relación con la presunta transgresión del derecho al trabajo y del acceso a cargos públicos. Por consiguiente, se profiera un fallo inhibitorio, al considerar que no se satisfacen las condiciones sistematizadas por la jurisprudencia constitucional. El incumplimiento alegado por el Jefe del Ministerio Público se sustenta en que los accionantes realizan una interpretación subjetiva de la disposición impugnada: "...la demanda no cumple con el requisito de especificidad porque la accionante se limita a expresar una apreciación subjetiva para explicar la presunta vulneración de las normas constitucionales citadas, al señalar que la norma demandada vulnera el derecho al trabajo, ya que impide a los aspirantes acceder a un trabajo estable, y al manifestar que las excepciones contempladas en el artículo 40-7 de la Constitución política "deberían aplicarse a todos los ciudadanos solo manejando las dos excepciones salvo que uno de los que aspira cuente con esa doble nacionalidad" (...) Al explicar la vulneración al derecho al trabajo, la demandante no expresa un parámetro objetivo que permita analizar cómo se afecta este derecho con la disposición atacada, sino que plantea su inconformidad basándose en su oposición clara y directa entre la norma censurada y la

constitución.”[9]

El artículo 2 del Decreto Ley 2067 de 1991 establece que cuando los ciudadanos acuden a la jurisdicción constitucional mediante acción pública de inconstitucionalidad deben señalar: (i) el objeto demandado, (ii) las normas constitucionales que se reputan quebrantadas, (iii) el concepto de la violación, (iv) el trámite impuesto por la Carta Política para la expedición del acto demandado, así como la forma en que fue quebrantado, y, (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto.

Los numerales 1 y 3 de la mencionada normatividad disponen que para que se configure un cargo de inconstitucionalidad se requiere el señalamiento de las normas demandadas, así como las razones por las cuales la Constitución se estima infringida.

La jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado de manera reiterada sobre estos presupuestos de procedibilidad en el sentido que, si bien la acción pública de inconstitucionalidad no está sometida a mayores rigorismos y, por ende, en su trámite prevalece la informalidad[10], existen requisitos y contenidos mínimos que se predicán de la demanda que son indispensables para que se pueda generar una controversia constitucional.

En efecto, la Corte ha interpretado el alcance de las condiciones que debe cumplir la demanda de inconstitucionalidad y ha sistematizado -sin caer en formalismos incompatibles con la naturaleza popular y ciudadana de la acción- que los cargos formulados por el demandante deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes[11].

Al tenor de estas condiciones la demanda debe: (i) ser comprensible (claridad), (ii) recaer sobre el contenido de la disposición acusada y no sobre uno inferido por quien demanda (certeza), (iii) señalar cómo la disposición vulnera la Carta Política, mediante argumentos determinados, concretos y precisos que recaigan sobre la norma en juicio (especificidad), (iv) ofrecer razonamientos de índole constitucional que se refieran al contenido normativo de las disposiciones demandadas (pertinencia), todo lo cual redundará en (v) suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma que se estima contraria a la Carta Política (suficiencia).

Los cargos son claros cuando permiten al lector comprender el concepto de la violación que

se pretende alegar. Para que dicha comprensión sea posible, no solo la argumentación debe tener un hilo conductor, sino que quien la lee –en este caso el juez constitucional– entienda con facilidad las ideas expuestas y que los razonamientos sean sencillamente perceptibles.

En cuanto a la certeza, este presupuesto se cumple cuando los argumentos recaen sobre una proposición jurídica presente en el ordenamiento jurídico y se orienten a cuestionar la norma acusada y no otra que no hubiese sido mencionada en la demanda. En ese sentido, no es dable inferir consecuencias subjetivas de las disposiciones demandadas, ni extraer de éstas efectos que no contemplan objetivamente. En últimas, serán ciertos los cargos si las proposiciones jurídicas acusadas devienen objetivamente del texto normativo. Los supuestos, las conjeturas, las presunciones, las sospechas y las creencias del demandante respecto de la norma demandada no son admisibles a trámite de constitucionalidad.

La especificidad como parámetro de la demanda implica que los argumentos deben mostrar sencillamente una acusación de inconstitucionalidad contra la disposición atacada. Es decir, los cargos deben relacionarse directamente con la norma demandada y no pueden sustentarse en exposiciones vagas, indeterminadas, indirectas, abstractas y globales que impidan configurar un problema de constitucionalidad. En suma, esta exigencia pretende que los razonamientos sean efectivamente propios del estatuto superior y que sus fundamentos sean específicos, determinados, concretos y precisos en relación con la norma acusada.

La pertinencia alude a que los razonamientos efectivamente tengan una naturaleza constitucional, de tal manera que se contrapongan normas de inferior categoría con las disposiciones constitucionales. En este aspecto, no pueden admitirse argumentaciones simplemente legales o doctrinarias. Tampoco aparejan pertinencia los argumentos que pretenden sustentar la inconstitucionalidad de la norma acusada con fundamento en ejemplos, acaecimientos particulares, hechos personales, vivencias propias, sucesos y ocurrencias reales o imaginarias, en las que supuestamente se aplicó o será aplicada la norma demandada.

Así las cosas, para efectos de dilucidar el cumplimiento de los presupuestos jurisprudenciales referenciados, en primer término, la Sala Plena examinará la

argumentación presentada por la demandante en atención a cada uno de los cargos propuestos en la demanda.

2.1. Primer cargo: violación del artículo 13 de la Carta Política

La demandante sostiene que la norma acusada comporta un tratamiento discriminatorio entre las personas que aprueban un concurso de méritos para ingresar al INPEC y aquellas que no lo logran. En ese sentido, advierte que la disposición acusada no cumple condiciones de razonabilidad, toda vez que el fin perseguido no es legítimo y la medida es inadecuada y desproporcionada.

Sobre este cargo, es importante señalar que ninguno de los intervinientes solicito que la Corte se abstenga de emitir un pronunciamiento de fondo al encontrar que en efecto se estructura de manera adecuada una duda por la presunta vulneración del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, circunstancia que conduce a confrontar el contenido normativo de la norma demandada con dicho parámetro superior.

En efecto, la Sala Plena encuentra que el cargo (i) es claro, puesto que la argumentación presentada es comprensible; (ii) es cierta, porque se dirige contra una proposición jurídica que se desprende de la norma acusada; (iii) es pertinente, en tanto su cuestionamiento es de rango constitucional; (iv) es específica, ya que la demandante indica, apoyándose en la jurisprudencia constitucional, la forma en que resultaría vulnerado el parámetro constitucional; y, por último, (v) es suficiente, al generar una duda mínima en el juez constitucional.

En virtud de lo anterior y en particular de la aplicación del principio *pro actione*, la Sala Plena concluye que la demanda formulada contra el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994 sí cumple los presupuestos mínimos argumentativos para suscitar un juicio de constitucionalidad, por el cargo relacionados con la presunta vulneración del artículo 13 de la Carta Política.

Sobre el alcance del principio *pro actione*, es preciso reiterar que esta Corporación ha sido enfática en señalar que el derecho a demandar de los ciudadanos no se puede someter a un excesivo formalismo que haga inoperante su ejercicio y que, en mayor o menor medida, se convierta en un límite para la protección no sólo de los derechos y garantías de las

personas, sino también de la efectiva protección de un sistema jurídico fundado en el valor normativo de la Constitución.

2.2. Segundo cargo: violación de los artículos 25 y 40.7 de la Constitución

La accionante afirma que la disposición atacada desconoce los derechos al trabajo y al acceso a cargos y funciones públicas porque restringe de manera injustificada la participación en los concursos públicos de méritos convocados por el INPEC durante un lapso de doce (12) meses a las personas que habiendo sido admitidas en un concurso previo no hubiesen aprobado la correspondiente prueba de conocimientos.

Al confrontar los argumentos consignados en esta parte de la demanda con los presupuestos jurisprudenciales previamente referenciados, la Sala Plena advierte el incumplimiento de la condición de certeza, en lo atinente a la presunta vulneración de los artículos 25 y 40.7 de la Carta Política. A esta resolución se llega, toda vez que la demandante funda esta parte de la acusación en un contenido inexistente en la norma atacada.

Esto es verificable a folios 3 y 4 de la demanda cuando indica: “En cuanto al artículo 25 el trabajo es un derecho y una obligación social y goza en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, hay una vulneración a este derecho fundamental porque se priva a las personas que quieren acceder a un cargo estable en la administración pública de volver a intentar ingresar a alguno de estos cargos por un periodo de un año y por ultimo el artículo 40 que dice que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede #7. (sic) Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. la ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse, este numeral 7 debería aplicarse a todos los ciudadanos solo manejando las dos excepciones que ese mismo numeral contempla, entonces las personas que quieren acceder a un cargo en el INPEC no deberían ser parte de esa excepción salvo que uno de los que aspira cuente con esa doble nacionalidad, además tendrán derecho a hacerlo en cualquier tiempo, porque al aplicarse esa restricción de un año se le estaría negando ese acceso al desempeño de cargos públicos.”[13]

Como se puede observar, la argumentación transcrita no está relacionada con el contenido dispositivo de la norma atacada y está amparada en apreciaciones subjetivas que desatienden el requisito de certeza, porque la demandante fundamenta su acusación a partir de un contenido inexistente relacionado con la supuesta restricción del derecho al trabajo y al acceso de cargos públicos, siendo que la norma demandada sólo tiene el alcance de regular la eventual participación en un concurso público de méritos.

De esta manera, la Sala Plena encuentra que el contenido prescriptivo deducido por la accionante no está contemplado en la norma demandada, por lo que de tales argumentos no es factible estructurar un cargo de inconstitucionalidad tendiente a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma jurídica.

Sobre este aspecto, es preciso señalar que si bien la demanda inicialmente fue admitida por todos los cargos presentados, puede ocurrir que la Corporación decida abstenerse de emitir un pronunciamiento de fondo en relación con algunos cargos, ya que este tipo de determinaciones debe ser adoptada por la Sala Plena, quien es la autoridad judicial encargada de examinar la ponencia elaborada por el magistrado sustanciador, la cual puede ser avalada integralmente, modificada o denegada. En tal sentido, el auto admisorio no constituye un prejuzgamiento y entre lo resuelto en dicho proveído y lo decidido al momento de proferir la respectiva sentencia, pueden presentarse modificaciones que impliquen el examen sobre los argumentos de inconstitucionalidad expresados por los actores, -los cuales pueden en algunos casos-, llevar a la Sala Plena a determinar que las razones expuestas no cumplen los presupuestos de procedibilidad para suscitar un juicio sobre el fondo de la cuestión planteada.

Al respecto, esta Corporación en Sentencia C-841 de 2010 se pronunció en los siguientes términos:

“Ha explicado esta Corporación que aun cuando en principio la oportunidad para definir si la demanda se ajusta a los requerimientos de ley es la etapa de admisión, a través del respectivo auto admisorio, ese primer análisis que responde a una valoración apenas sumaria de la acusación, llevada a cabo por cuenta del Magistrado Ponente, no puede comprometer ni limitar la competencia del Pleno de la Corte, que es en quien reside la función constitucional de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten

los ciudadanos contra las leyes y los decretos con fuerza de ley, siendo así la Corte en pleno, al momento de proferir sentencia, la capacitada para establecer si la demanda fue presentada en legal forma, esto es, si cumple con los requisitos mínimos de procedibilidad, de lo que depende su competencia para emitir pronunciamiento de fondo.”

3. Problema jurídico y metodología de resolución

De acuerdo con la demanda, el concepto del señor Procurador General de la Nación y la participación ciudadana a través de las diversas intervenciones allegadas al trámite, en el presente caso la Sala Plena debe determinar si el establecimiento de una restricción consistente en impedir a aquellas personas que no hubiesen aprobado un concurso de méritos participar durante un periodo de doce (12) meses en las futuras convocatorias que realiza el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, constituye un trato discriminatorio que vulnera el derecho fundamental a la igualdad (art. 13 C.P.).

De manera puntual, en este proceso de constitucionalidad se debe verificar si la limitación para participar en los concursos de méritos que contempla la norma acusada, comporta una diferencia de trato injustificado entre los diversos aspirantes a la carrera administrativa y, si tal limitación obedece a condiciones de razonabilidad y proporcionalidad.

Para abordar el problema jurídico planteado, la Sala Plena reiterará su jurisprudencia en torno a: (i) los principios constitucionales que rigen la carrera administrativa; (ii) el carácter especial de la carrera penitenciaria y carcelaria; y, a partir de ello (iii) efectuará el examen de constitucionalidad de la disposición demandada.

4. Los principios constitucionales que rigen la carrera administrativa

El artículo 125 de la Carta Política consagra el sistema de carrera administrativa como un principio^[14] de la Constitución que orienta el desarrollo de los mecanismos jurídicos para que el desempeño de cargos y funciones en el Estado sea resultado del mérito.

La carrera administrativa está consagrada especialmente en tres disposiciones constitucionales: (i) el artículo 123 define lo que debe entenderse por servidores públicos, definiendo que se trata de todas aquellas personas que prestan sus servicios al Estado en calidad de miembros de las corporaciones públicas, al igual que los empleados y

trabajadores del mismo y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; (ii) el artículo 125 establece el régimen de carrera administrativa como regla general para todos los empleos en los órganos y entidades del Estado colombiano; y, (iii) el artículo 150.23 autoriza al Congreso de la República para expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas

Estos mandatos constitucionales implican que, por regla general los empleos en los diversos organismos y entidades del Estado son de carrera, mientras que la excepción está constituida por los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. La regla general sobre carrera se extiende de tal manera que cuando existan empleos cuyo sistema de provisión no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, deberá acudirse al concurso público para el nombramiento de los respectivos funcionarios. En este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado:

“Conforme lo prescribe el artículo 125 superior, la regla general es que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”, es decir, “el acceso a ellos se hace previo el cumplimiento de los requisitos y las condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes.” Consecuentemente, el mismo artículo 125 constitucional dispone que “(l)os funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.”[15].

En consonancia con el mandato que se desprende de las precitadas normas, el artículo 209 Superior establece los principios teleológicos y organizacionales[16] que rigen la función administrativa. Entre los principios teleológicos se encuentran la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, mientras que entre los organizacionales está la descentralización, la desconcentración y la delegación de funciones.

En desarrollo de dichos postulados constitucionales, la Ley 909 del 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, establece los procedimientos a través de los cuales se garantiza que la escogencia de las personas que ingresan a la carrera administrativa sea consecuencia de un procedimiento objetivo y meritario. Para tal efecto, con el fin de

asegurar que el ingreso, la permanencia y el acceso a la función pública se realice en observancia de parámetros y garantías objetivas, la Ley 909 de 2004 supedita todas las actuaciones del Estado a los principios[17] de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

En la materia objeto de análisis el principio de igualdad se proyecta en dos dimensiones concretas, por una parte, implica la libre concurrencia en los concursos de méritos, prohibiéndose toda forma de discriminación y, por otra, implica el deber de las autoridades de proporcionar el mismo trato a todos los concursantes en las diversas etapas del proceso de selección, así como en el ejercicio de la respectiva función pública a la que eventualmente un aspirante ingrese.

Por su parte, el mérito implica que para suplir un determinado empleo público se debe escoger a la persona más idónea de acuerdo con las aptitudes personales y requisitos técnicos o profesionales previamente exigidos en los respectivos concursos.

La moralidad en su acepción constitucional implica el establecimiento de un parámetro normativo de conducta ética que obliga a todos los servidores públicos y particulares que ejercen la función administrativa a actuar según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad[18]. El numeral 5 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 lo define de la siguiente manera:

“En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

En lo concerniente a la eficacia[19] el artículo 2º de la Carta Política establece como uno de los fines esenciales del Estado garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución. Este principio se traduce en la obtención de los resultados en relación con los objetivos y metas propuestos. En el plano de los concursos de méritos, de conformidad con lo dispuesto en el literal g del artículo 28 de la Ley 909 de 2004, la eficacia se asegura en la medida en que se logre elegir al personal más capacitado de acuerdo con el perfil requerido para determinado empleo.

El principio de economía está orientado a la austeridad y medida del gasto que le permitan al Estado garantizar resultados en la relación de costo y beneficio, a partir de una

perspectiva social. El numeral 12 del artículo 3 de la Ley 1437 lo define en los siguientes términos:

“En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.”

La imparcialidad implica que la evaluación de las calidades y aptitudes profesionales serán el criterio determinante para adelantar la escogencia de las personas que ingresen a la carrera administrativa. En consecuencia, los encargados de efectuar el proceso de selección deben obrar con total objetividad, conforme lo dispone el numeral 3 del artículo 3 de la precitada Ley 1437 de 2011:

“En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.”

La transparencia hace alusión a la claridad y certidumbre con la que se deben llevar a cabo los concursos de méritos, lo cual permite que los aspirantes conozcan desde su inicio hasta su culminación las reglas del proceso que posteriormente sustentarán las razones objetivas por las cuales fueron seleccionados o no para ocupar el respectivo cargo público.

La celeridad está definida en el numeral 13 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 así:

“En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.”

En lo que respecta a la publicidad, en los términos legales establecidos en el numeral 9 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011:

“En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que

ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.”

Esta previsión normativa en relación con la materia en examen de constitucionalidad conlleva a que los concursos de méritos deban divulgarse a través de medios de comunicación de amplia difusión y circulación, con el fin de garantizar que los ciudadanos conozcan las respectivas convocatorias.

En desarrollo de estos principios constitucionales y legales, la Corte Constitucional ha consolidado una línea jurisprudencial en la que se ha pronunciado sobre diversos aspectos relacionados con la carrera administrativa, los cuales en función de la brevedad que debe caracterizar las decisiones judiciales se sintetizan así:

En Sentencia C-479 de 1992 esta Corporación se refirió a los parámetros de eficiencia y eficacia en la carrera administrativa; en Sentencia C-040 de 1995 se pronunció en torno a la institucionalización de la carrera administrativa y el deber de nombrar a las personas que hubiesen obtenido el primer lugar en los concursos de méritos; en Sentencia C-030 de 1997 delimitó el alcance de los derechos adquiridos en el ámbito de la carrera administrativa; en Sentencia C-563 de 2000 resaltó la importancia de la carrera administrativa en el Estado Social de Derecho y precisó cuáles son los regímenes especiales; en Sentencia C-077 de 2004 se refirió a las implicaciones del derecho a la igualdad en el acceso a la carrera administrativa; en Sentencia C-177 de 2009 determinó que las restricciones temporales establecidas para participar en el concurso notarial constituyen límites a los derechos fundamentales; en Sentencia C-431 de 2010 definió la carrera administrativa como elemento axial de la Constitución; en Sentencia C-249 de 2012 reiteró que la carrera administrativa es un principio esencial de la Carta Política; y, en Sentencia C-288 de 2014[20] ratificó el alcance de la carrera administrativa en el Estado Social de Derecho.

De este amplio contexto jurisprudencial, es pertinente resaltar que en la Sentencia C-249 de 2012 la Corte declaró la inexecutable del Acto Legislativo No. 4 de 2011, con fundamento en que la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la Carta Política:

“No obstante lo anterior, y como se ha venido referenciando, el Acto Legislativo No 4 de 2011 quebranta al igual que lo hizo el Acto Legislativo No 1 de 2008 el principio axial de la carrera administrativa y sus componentes de mérito y de igualdad. En el primer caso la sustitución de dichos principios se evidenció por la inscripción automática de los empleados en provisionalidad o en encargo, en el segundo por el mayor puntaje que se establece en el concurso a los mismos empleados por su experiencia y por los estudios realizados que relativiza el principio de igualdad de oportunidades para los que quieran participar en dicho concurso. Así las cosas no se puede establecer que en el caso concreto se cumple con los presupuestos de la cosa juzgada material como aducen los demandantes.”

De lo anterior, se concluye que la norma en juicio debe ser analizada de manera sistemática valiéndose de las normas constitucionales que consagran la carrera administrativa como un eje definitorio de la Carta Política, el desarrollo legal y las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional.

5. Carácter especial de la carrera penitenciaria y carcelaria

El estudio de la disposición acusada también debe realizarse en el contexto de formar parte de una normatividad que dada la naturaleza específica del servicio que regula al paso del tiempo ha adquirido una naturaleza especial. Es así que antes de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 la función penitenciaria y carcelaria estaba regulada de manera dispersa en variadas disposiciones, entre las cuales, es preciso mencionar los Decretos 1817 de 1964 y 1661 de 1965, así como la Ley 32 de 1986. Estas normas instituyeron la carrera penitenciaria como una disciplina administrativa especial encargada de la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas por las diversas autoridades judiciales.

Al entrar en vigencia la Constitución de 1991, con la expedición del Decreto 2160 de 1992 el Gobierno Nacional fusionó la Dirección General de Prisiones y el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, con lo cual fue creado el actual Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, como establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, cuya función principal está dada por la ejecución de las penas y medidas de seguridad

impuestas por las autoridades judiciales, así como la atención básica de la población reclusa en el país y el tratamiento para su resocialización.

A pesar de que la Carta Política no consagró de manera expresa la función penitenciaria como carrera administrativa especial, el Legislador lo ha establecido como tal[21]. Sobre este aspecto, es preciso señalar que además del régimen general de carrera[22] hay varios regímenes especiales previstos en la Constitución, como efectivamente lo son el de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación[23]. Así mismo, existen regímenes especiales no previstos en la Constitución que han sido creados por el legislador[24], en razón de las especiales funciones de las entidades del Estado y condiciones de la actividad desarrollada por los diversos servidores públicos.

En efecto, la Ley 65 de 1993 modificada por las Leyes 415 de 1997 y 504 de 1999 “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario” establece la carrera penitenciaria como de naturaleza especial. El objetivo de dicho código está dado por armonizar la legislación en materia penitenciaria y carcelaria y humanizar el tratamiento penitenciario de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia, especialmente en relación con la resocialización de la población privada de la libertad. El artículo 40 de la precitada ley dispone:

“ARTICULO 40. AUTONOMIA DE LA CARRERA PENITENCIARIA. Modificado por el art. 40, Ley 1709 de 2014. La carrera penitenciaria es independiente del servicio civil. Estará regulada por los principios que consagra este estatuto y por las normas vigentes y las que lo adicionen, complementen o modifiquen. El Gobierno Nacional la reglamentará.”

En desarrollo de esta normatividad y con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 172 de la Ley 65 de 1993 el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 407 de 1994 “por el cual se establece el Régimen de Personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”, cuyo artículo 95 es objeto del presente juicio de constitucionalidad.

“La carrera penitenciaria y carcelaria tiene, como carrera administrativa especial, sustento en la Constitución por las siguientes razones: Era una carrera especial de origen preconstitucional. Aunque ésta sola circunstancia no avala su constitucionalidad, hay que

tener en cuenta que el Constituyente de 1991, en modo alguno tuvo la intención de suprimir las carreras especiales existentes con anterioridad, pues del conjunto normativo que regula el sistema de la carrera administrativa sólo se infiere que pueden existir una carrera administrativa general y unas carreras administrativas especiales.” (Subrayado y en negrilla fuera de texto)

La especial naturaleza del servicio penitenciario y carcelario tiene sustento en la función pública de mantener y garantizar el orden, la disciplina, la custodia y la vigilancia de los internos en las prisiones, a través de políticas preventivas, educativas y resocializadoras que, además, hoy en día deben acompañarse con la humanización en las condiciones carcelarias y en el trato hacia los reclusos por parte de los miembros que conforman el cuerpo de seguridad. Sobre este aspecto, siempre será pertinente recordar que por virtud de la Sentencia T-153 de 1998 la Corte Constitucional declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucionales ante la evidente y masiva vulneración de los derechos fundamentales de la población reclusa.

A lo anterior se agrega que en Sentencia C-811 de 2014, la Corte definiera la naturaleza jurídica del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, de la siguiente manera:

“El cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional es un organismo armado, de carácter civil y permanente, integrado por personal uniformado, jerarquizado, con régimen y disciplina especiales[25], que presta el servicio público esencial de mantener y garantizar el orden, la disciplina y los programas de resocialización en las prisiones, la custodia y vigilancia de los internos, la protección de los derechos y garantías de éstos, y asegurar el normal desarrollo de las actividades de tales establecimientos”

En la misma providencia judicial esta Corporación resaltó algunas de las características diferenciales del sistema de carrera de los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), las cuales por su relevancia frente al asunto sub examine, se citan continuación:

“Dicha carrera se justifica plenamente, conforme a los criterios antes expuestos, por: 1) La especialidad y la naturaleza del servicio penitenciario y carcelario que, según el artículo 20. del decreto 407 “es preventiva, educativa y social para los reclusos y de apoyo a las autoridades penitenciarias y carcelarias para el cometido de sus fines”. 2) La especialidad

de las funciones que cumple el personal adscrito al ramo penitenciario y carcelario. 3) La necesidad de establecer, para el personal del ramo penitenciario y carcelario, un distinto régimen de deberes, prohibiciones e incompatibilidades e inhabilidades y de control de su actividad laboral, tanto en el interior como en el exterior de los establecimientos carcelarios, y de situaciones administrativas, causales de ingreso y de retiro del servicio, régimen disciplinario, etc. 4) La justificación, por razones funcionales, técnicas y operativas y de moralidad y eficiencia administrativa (art. 209 C.P), de que un organismo como la Junta Penitenciaria pueda, con criterios de inmediatez y de celeridad, administrar y vigilar la carrera administrativa penitenciaria y carcelaria.”

Cabe agregar en este ámbito normativo y jurisprudencial sobre la cuestión penitenciaria sometida a examen, que por virtud del párrafo 5º transitorio del artículo 48 de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 se dispuso que a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria se les aplicará el régimen de seguridad social de alto riesgo. Esta categoría de pensiones de vejez responde justamente a la necesidad de proteger de forma especial a las personas que por la profesión u ocupación que ejercen están sujetos a actividades de alto riesgo.

Con base en esos elementos de juicio se realizará el análisis de constitucionalidad del artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1995.

6. Análisis de constitucionalidad de la norma demandada

Vista la naturaleza especial de la carrera penitenciaria y el mandato constitucional (art. 125 C.P.) conforme al cual los cargos en propiedad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC deben ser provistos por el sistema de concurso de méritos, pasa la Sala Plena de la Corte Constitucional a examinar el cargo de igualdad formulado por la demandante contra el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994.

Como se reseñó en precedencia, el contenido dispositivo de la norma en juicio está estructurado a modo de silogismo deductivo, al establecer una premisa que incorpora un supuesto de hecho, según el cual aquellas personas que no hubiesen aprobado un concurso previo, se les aplica la consecuencia jurídica inhabilitante de no poder participar por un lapso de doce meses en los concursos posteriormente celebrados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-. Sobre este aspecto, se debe precisar que la norma objeto

de estudio se refiere de manera puntual a una de las fases de los concursos, propiamente al examen de mérito, el cual hace parte de diversas etapas tales como: la Divulgación, la Convocatoria, las inscripciones, la verificación de requisitos mínimos, la aplicación de pruebas, la elaboración de la lista de Elegibles, los nombramientos, los periodos de prueba, entre otras fases. De este modo, no aprobar el examen al que la norma hace referencia se enmarca dentro de una de las etapas específicas del concurso de méritos.

En ese contexto, la demandante enfoca la acusación de inconstitucionalidad en que la norma establece una diferenciación de trato injustificado, entre los aspirantes a carrera penitenciaria que no hubiesen aprobado un concurso de méritos y aquellos que sí lo aprobaron, quienes en todo tiempo pueden participar en estos.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta Política la finalidad de la carrera administrativa en las diversas actividades que cumplen las entidades del Estado consiste en garantizar un procedimiento objetivo para seleccionar con base en el mérito a las personas más calificadas para desarrollar una determinada función pública.

En concordancia con lo anterior, el artículo 150.23 Superior dispone que el legislador cuenta con autonomía para establecer los requisitos de acceso a la carrera penitenciaria y, así mismo, lo dota de un amplio margen de configuración normativa para definir el régimen de inhabilidades aplicable. Sin embargo, esta elevada dosis de autonomía legislativa, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional no significa que la facultad del cuerpo democrático hacedor de normas sea irrestricta.

Al respecto, la jurisprudencia consolidada[26] de esta Corporación ha sido enfática en señalar que la facultad del legislador en orden a establecer los requisitos exigidos para acceder al ejercicio de cargos y funciones públicas y excluir a aquellos aspirantes que no las satisfagan, por tratarse de una materia inserta en el ámbito de los derechos fundamentales, indefectiblemente debe obedecer a condiciones de razonabilidad y proporcionalidad. En la pluricitada Sentencia C-811 de 2014, esta Corporación fijó el alcance de las limitaciones legislativas en esta precisa materia, las cuales por su pertinencia en relación con el asunto en esta oportunidad sometido a control de constitucionalidad se citan in extenso:

“Este tribunal ha reconocido que el legislador tiene un amplio margen de configuración para diseñar tanto el sistema de carrera administrativa como los mecanismos para valorar los méritos de los aspirantes a ingresar a ella o a ascender dentro de ella. No obstante, este margen no es ilimitado, pues debe respetar el principio constitucional de la carrera administrativa, que es asegurar que el ingreso y la permanencia en los cargos de carrera se funden exclusivamente en el mérito, por medio de procesos de selección transparentes, objetivos y no discriminatorios. El principio constitucional de la carrera administrativa es uno de los cimientos principales de la estructura del Estado, en tanto permite realizar otros principios constitucionales como los de igualdad e imparcialidad y, al mismo tiempo, derechos fundamentales como el de todos los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. Los límites al margen de configuración del legislador en materia de carrera administrativa, conforme al principio antedicho, están fijados por tres objetivos fundamentales: (i) la búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público, ya que la administración debe seleccionar a sus servidores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional, empleando como regla para el ingreso a la carrera administrativa el concurso de méritos; (ii) la garantía de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen el mismo derecho fundamental a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas; y (iii) la protección de los derechos reconocidos por los artículos 53 y 125 de la Constitución, pues las personas vinculadas a la carrera administrativa son titulares de unos derechos adquiridos que deben ser protegidos y respetados por el Estado.”

En aplicación de lo transcrito, las restricciones de acceso al ejercicio de cargos y funciones públicas deben consultar cánones de razonabilidad, que a la luz de la jurisprudencia reiterada[27] de esta Corporación al encontrarse inserto en el ámbito del derecho fundamental a la igualdad implican someter la medida demandada a juicio integrado[28], cuestión que en términos simples implica: (i) corresponder a un fin legítimo; (ii) cumplir una relación de correspondencia adecuada entre el medio y fin, de tal manera que logre su consecución[29]; (iii) no disponer de otras alternativas menos dañinas e igualmente eficaces para la consecución del fin perseguido (necesidad), y (iv) no sacrificar en mayor medida otros fines que el ordenamiento constitucional protege (proporcionalidad)[30].

Al aplicar estos parámetros a la función administrativa respecto a una inhabilidad temporal inserta en el ámbito de la carrera notarial, en sentencia C-373 de 2002 la Corte sostuvo lo

siguiente:

“...debe guardar una relación de equilibrio entre los fines estatales, los principios de la administración pública y el ámbito funcional del notariado y, al tiempo, los derechos de quienes aspiran a ocupar los cargos disponibles pues si bien se encuentra legitimado para limitar tales derechos en procura de la realización de esos propósitos, el régimen de inhabilidades para ello dispuesto debe ser razonable y proporcionado”.[31] (Subrayas y negrillas fuera de texto)

En perspectiva de lo anterior, la Sala Plena entiende que si bien el Decreto Ley 407 de 1994 está amparado en la legalidad conferida por las facultades extraordinarias otorgadas por el legislador, en el Estado constitucional de derecho la razonabilidad es un criterio garante de los derechos humanos, el cual opera como límite a las decisiones de las mayorías. En razón de lo anterior y dada la naturaleza misma de la función penitenciaria, pasa la Corte a examinar la condición de razonabilidad en relación con la disposición acusada.

En primer término se observa que a pesar de que el legislador extraordinario no ha consignado una exposición de motivos que permita dilucidar los fines perseguidos por la restricción contenida en la disposición demandada, el contexto normativo en que está inserta, permite inferir con sana lógica que su propósito está encaminado a salvaguardar el mérito como instrumento preferente para la provisión de cargos en la carrera penitenciaria. A este razonamiento se llega toda vez que el artículo 95 demandado se encuentra en el Capítulo II sobre Administración y Vigilancia de la Carrera Penitenciaria, del Título III relativo a la Carrera Penitenciaria y Carcelaria, en cuyos principios generales se consagra que la provisión de cargos se hará exclusivamente con base en el mérito.

En esta orientación, es dable concluir que la medida en juicio persigue un fin constitucionalmente legítimo que corresponde al desarrollo reglamentario del mandato constitucional consagrado en el artículo 125 de la Carta Política. Particularmente la restricción para participar durante un año en los concursos de méritos, al parecer está orientada a que las personas que habiendo perdido un concurso previo se preparen o instruyan de forma consciente durante un periodo razonable para enfrentar una nueva convocatoria.

En segundo lugar, se debe analizar si la norma en cuestión establece un medio adecuado

para el logro de dicho fin. Para tal efecto, frente al contenido dispositivo de la norma en juicio es pertinente formular el siguiente interrogante: ¿perder un concurso implica que la persona no tiene o no puede llegar a tener cualidades necesarias para acceder al ejercicio de una función pública?

La especialidad de la carrera penitenciaria y carcelaria respaldada en la normatividad contenida en la Ley 65 de 1993 y su desarrollo en el Decreto Ley 407 de 1994, necesariamente determina la consagración de requisitos y exigencias específicas para el ingreso y la permanencia en la función pública. Sin embargo, esa cualidad especial no justifica limitar la participación de una persona en futuros concursos penitenciarios por el simple hecho de haber perdido otro con anterioridad, pues con ello se comprometen sin fundamento plausible un postulado axial del sistema constitucional, como en efecto lo es el derecho a la igualdad.

En gracia de discusión, podría sostenerse que como la restricción es temporal, estaría llamada a superar el juicio de razonabilidad, en la medida en que no establece una limitación absoluta para aspirar a la carrera penitenciaria. Sin embargo, sacrifica el derecho a la igualdad de trato y los principios con arreglo a los cuales se debe desarrollar la función administrativa (art. 209 C.P.), en especial los de igualdad e imparcialidad.

Es así que frente a una inhabilidad temporal para participar en un concurso notarial, esta Corporación en sentencia C-373 de 2002 se pronunció en los siguientes términos:

“Es claro que en ejercicio de esa competencia el legislador debe guardar una relación de equilibrio entre los fines estatales, los principios de la administración pública y el ámbito funcional del notariado y, al tiempo, los derechos de quienes aspiran a ocupar los cargos disponibles pues si bien se encuentra legitimado para limitar tales derechos en procura de la realización de esos propósitos, el régimen de inhabilidades para ello dispuesto debe ser razonable y proporcionado.”

La consideración transcrita, aporta elementos de juicio que contribuyen a dilucidar el problema jurídico formulado, consistente en determinar ¿si el hecho de perder un concurso, es razón justificada para restringir temporalmente el derecho a la igualdad entre sujetos que en todo momento son pares: aquellos que han desaprobado un concurso previo y los que lo aprobaron?

Frente a esta delicada cuestión y a la luz de los parámetros constitucionales analizados, la respuesta es negativa, ya que el legislador extraordinario sí puede establecer inhabilidades temporales en relación con el ingreso a la carrera administrativa, pero estas se justifican en tanto estén objetivamente encaminadas a garantizar la confianza pública a través de la comprobación de la idoneidad y transparencia de quien ha de ejercer el cargo en carrera.

En esta medida, la premisa fáctica y su consecuencia jurídica comportan una “capitis diminutio” de los derechos de quienes no superaron un concurso previo, generando así un trato desproporcionado que no tiene justificación constitucional frente al baremo de igualdad (art. 13 C.P.).

Ahora bien, a efectos de determinar si la diferencia de trato de una medida está constitucionalmente justificada, es suficientemente conocido que la jurisprudencia de esta Corporación aplica un test que permita dilucidarlo con distintos niveles de intensidad[32].

Según lo expresado en las consideraciones generales de esta providencia, la naturaleza de la medida está simultáneamente inserta en el ámbito del derecho fundamental a la igualdad, -en el que los grupos en comparación son las personas que hubiesen superado un concurso de méritos convocado por el INPEC y aquellas personas que no lo han logrado- y, de otra, en el margen de configuración del legislador extraordinario para definir las condiciones de acceso a la función pública.

En atención a que el conflicto que se suscita entre estas materias confronta un principio constitucional con una función del legislador, la Corte estima apropiado efectuar una ponderación intermedia.

En reciente pronunciamiento, originado en el juicio de constitucionalidad de una medida de trato preferente para adoptantes colombianos contenida en el artículo 71 de la Ley 1098 de 2006, la Corte al referirse a la aplicabilidad del examen intermedio precisó lo siguiente:

“Entre los extremos del test leve y del test estricto, se ha identificado el test intermedio, que se aplica por este Tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental, cuando existe un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia económica o en aquellos casos en que la medida podría resultar

“potencialmente discriminatoria” en relación con alguno de los sujetos comparados, lo que incluye el uso de las acciones afirmativas. Este test examina que el fin sea legítimo e importante, “porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver”, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.”[33]

A la luz de lo anterior, el examen consiste en la verificación de los elementos que se examinan a continuación:

En primer término, se observa que los sujetos que hacen parte del “tertium comparationis” son de la misma naturaleza: ciudadanos que aspiran a acceder al desempeño de los cargos en la carrera penitenciaria.

En segundo lugar, como atrás se dijo, el fin pretendido por la medida en juicio es legítimo, en tanto se propone que el servicio público esencial que el cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria presta, por la especial naturaleza de sus funciones requiere, sea provisto a través del sistema de méritos que supone la carrera administrativa.

No obstante, el medio elegido para realizar este fin (exigir no haber desaprobado un examen previo) es inadecuado para alcanzarlo, por el simple razonamiento que incumplir con el requisito de haber aprobado un concurso previo, no descalifica los méritos y calidades de una persona, ni hace de esta un aspirante menos capaz. Además, porque al realizarse la correspondiente prueba de conocimientos se comprueba si el aspirante reúne las calidades para ingresar como alumno al curso de formación y así se asegura la exigencia de seleccionar a los mejores y más aptos aspirantes a tales cargos. De esta manera, al no superar la fase de adecuación es innecesario analizar la medida en la escala de los principios de necesidad y proporcionalidad.

A la luz de las consideraciones precedentes, al aplicar en el presente caso el juicio integrado de igualdad, la Corte concluye que existe un trato desigual entre iguales, pues frente a una persona que aprueba el curso y otro que no, la norma confiere un trato injustificado diferente por razón de un concurso previo.

Lo anterior, convierte la aprobación de un examen previo en un criterio sospechoso de discriminación frente al parámetro constitucional que se reputa infringido porque la

medida en juicio restringe severamente el ejercicio de los derechos fundamentales, al impedir a las personas que no superen un concurso volver a aspirar a la carrera penitenciaria por el lapso de un año.

En este orden de consideraciones, la Corte encuentra que le asiste la razón a la demandante, pues estando dotado el legislador extraordinario de las atribuciones para fijar las condiciones que de acuerdo con la especial naturaleza del servicio se requieran para ingresar a carrera penitenciaria, el principio de igualdad se opone a establecer requisitos o condiciones ajenas al mérito y que constituyan limitaciones al ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

A partir de los anteriores elementos de juicio, la Sala Plena concluye que el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994 establece una diferenciación injustificada de trato entre los aspirantes a los empleos en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, que es incompatible con el derecho a la igualdad de trato.

En virtud de lo anterior, la Corte declarará inexecutable el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994.

7.1. La demanda

La ciudadana Yannin Tatiana Álvarez López demanda la inconstitucionalidad del artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994, por considerar que el establecimiento de una diferenciación de trato injustificado, entre los aspirantes a carrera penitenciaria que no hubiesen aprobado un concurso de méritos y aquellos que sí lo aprobaron, es contrario a los artículos 13, 25 y 40.7 de la Carta Política.

7.2. Problema jurídico

De acuerdo con la demanda, el concepto del señor Procurador General de la Nación y la participación ciudadana contenida en las diversas intervenciones allegadas al trámite, en el presente caso la Sala Plena debió determinar si el establecimiento de una restricción consistente en impedir a aquellas personas que no hubiesen aprobado un concurso de méritos participar durante un periodo de doce (12) meses en las futuras convocatorias realizadas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, constituye un trato

discriminatorio que vulnera el derecho fundamental a la igualdad de trato (art. 13 C.P.).

7.3. Cuestión previa

Preliminarmente, la Corte decidió inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994, por la presunta vulneración de los artículos 25 y 40.7 Superiores. Lo anterior, toda vez que la demanda no cumplió la carga argumentativa mínima para estructurar un juicio de constitucionalidad en relación con estos cargos, al carecer de certeza los fundamentos planteados en esa censura.

7.4. Regla de decisión

En el estudio de mérito, la Sala Plena reiteró que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (Sentencias C-373 de 2002, C-288 de 2014, C-034 de 2015 y C-618 de 2015), las atribuciones del legislador orientadas a establecer los requisitos exigidos para acceder al ejercicio de cargos y funciones públicas, por tratarse de una materia inserta en el ámbito de los derechos fundamentales, debe obedecer a condiciones de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido, la Corte consideró que la medida de restricción en juicio, al estar inserta en el ámbito del derecho fundamental a la igualdad, en el que los grupos en comparación son las personas que hubiesen superado un concurso de méritos convocado por el INPEC y aquellas que no lo hubiesen aprobado, era susceptible de un examen de razonabilidad en intensidad intermedia.

A partir de lo anterior, la Sala Plena determinó que si bien la medida objeto de control persigue un fin constitucionalmente legítimo que corresponde al desarrollo reglamentario del contenido normativo constitucional consagrado en el artículo 125 Superior, no guarda relación de correspondencia adecuada con la finalidad que persigue, ya que el mérito de una persona que aspira en un determinado momento a ocupar un cargo en la carrera penitenciaria debe ser el objeto de la evaluación dentro del concurso, de tal suerte que no tiene sentido alguno descalificarla antes del mismo. Sobre este aspecto, la Corte precisó que si bien la especialidad de la carrera penitenciaria y carcelaria necesariamente determina la consagración de requisitos y exigencias específicas para el ingreso y la permanencia en la función pública, esa cualidad especial no justifica limitar la participación de una persona en futuros concursos penitenciarios, por el simple hecho de haber perdido otro con anterioridad, pues con ello se comprometen sin fundamento plausible derechos

fundamentales en el sistema constitucional, como en efecto lo es el derecho a la igualdad.

En tales términos, la Sala determinó que el medio elegido (exigir no haber perdido un examen previo) para realizar este fin (mérito en la función pública) es inadecuado, por el simple razonamiento de que la falta de aprobación de un concurso previo no descalifica los méritos y calidades de una persona, ni hace de esta un aspirante menos capaz, en relación con un proceso de selección subsiguiente.

Al aplicar el juicio integrado de igualdad, la Corte concluyó que en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales, ya que frente a una persona que aprueba el curso y otro que no, la norma proporciona un trato diferenciado injustificado, pues convierte la aprobación de una evaluación en un criterio sospechoso de discriminación.

A partir de los anteriores elementos de juicio, la Sala Plena determinó que el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994 establece una diferenciación injustificada de trato entre los aspirantes a los empleos en el INPEC en proceso de selección meritocrática, incompatible con el derecho a la igualdad, razón por la cual fue declarado inexecutable.

Un último aspecto requiere la atención de la Sala Plena, como quiera que la norma será declarada inexecutable, es innecesario que en la parte resolutive se declare que esta Corporación se abstiene de emitir un pronunciamiento de fondo en relación con los cargos por la alegada vulneración de los artículos 25 y 40.7 de la Carta Política.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos en el proceso correspondiente al Expediente D-12444.

Segundo.- Declarar INEQUILIBRADO el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994 “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.”.

Comuníquese, cúmplase y archívese el expediente,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

Magistrada

Con salvamento de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-097/19

DERECHO A LA IGUALDAD-Vulneración (Aclaración de voto)

Referencia: Sentencia C-097/19

Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos

Estoy de acuerdo con la sentencia mediante la cual se declaró inexecutable el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994[34] porque esta norma preveía una restricción injustificada para las personas que no aprobaban un concurso de méritos del INPEC.

Sin embargo, presento aclaración de voto porque, equivocadamente, el juicio de igualdad recayó sobre “las personas que aprueban el concurso de méritos para ingresar al INPEC y aquellas que no lo logran”[35].

Lo que cuestionó la demandante era que existía un tratamiento desigual entre las personas que participaban en los concursos de mérito del INPEC “con respecto a otros cargos públicos”[36], tal como se destacó en el auto admisorio, en el que se identificaron adecuadamente los grupos comparables así: “el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994: i) establece un trato diverso y aparentemente injustificado entre quienes participan en los concursos de méritos del INPEC y aquellos que lo hacen en otras entidades citadas por la demandante”[37].

En suma, considero que la Corte acertó al declarar inexecutable el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994, pero me aparto del análisis efectuado en relación con la vulneración del derecho a la igualdad. Este debía efectuarse entre quienes perdían un concurso de méritos para ingresar al INPEC y quienes perdían un concurso para ingresar a otras entidades del Estado.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA C-097/19

CONSECUENCIAS DE QUIENES PIERDEN EL CONCURSO DE PERSONAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-Inhibición para decidir de fondo (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD-Inexistencia de cargos específicos (Salvamento de voto)

PERSONAS VINCULADAS EN CARRERA-Titulares de derechos subjetivos adquiridos que deben ser protegidos y respetados por el Estado (Salvamento de voto)

Ref.: expediente D-12.444

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994, «Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario».

Magistrado sustanciador:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala Plena, salvo mi voto en el asunto de la referencia porque considero que la Corte debió declararse inhibida por ineptitud de la demanda, en virtud de las siguientes razones:

En criterio de la demandante, la norma acusada vulnera el derecho a la igualdad (artículo 13), al trabajo (artículo 25) y al acceso a los cargos públicos (artículo 40), pues impide que las personas que no aprueban un concurso de méritos para ingresar a la carrera del INPEC puedan ser convocadas para concursar en otro empleo de la misma clase o de superior jerarquía, dentro de los doce meses siguientes.

1. Respecto del cargo por vulneración del derecho a la igualdad, a mi juicio, la demanda no cumplió los requisitos de especificidad y suficiencia. En primer lugar, y en cuanto a la especificidad, porque omitió la explicación fundamental de por qué la norma, en sentido abstracto, se opone a la Constitución. En general, la accionante solo indicó que «hay una desigualdad manifiesta con respecto a otros cargos públicos» y, a renglón seguido, precisa que en la Ley 904 de 2006 no existe «esta exclusión».

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que las demandas que invocan la vulneración del artículo 13 superior deben cumplir unos requisitos adicionales, que se enmarcan dentro del concepto de suficiencia del cargo, derivados del carácter relacional del principio de igualdad y de que necesariamente, un cargo por esta causa, implica realizar una comparación. En la sentencia C-257 de 2015, la Corte explicó:

«[U]na demanda de inconstitucionalidad por violación del derecho a la igualdad debe cumplir con unos presupuestos específicos para activar el control de constitucionalidad, que básicamente tendrá la estructura de un test de comparación. Estos elementos son: i) los

términos de comparación –personas, elementos, hechos o situaciones comparables– sobre los que la norma acusada establece una diferencia y las razones de su similitud[38]; ii) la explicación, con argumentos de naturaleza constitucional, de cuál es el presunto trato discriminatorio introducido por las disposiciones acusadas y iii) la exposición de la razón precisa por la que no se justifica constitucionalmente dicho tratamiento distinto, es decir por qué es desproporcionado o irrazonable[39]. Esta argumentación debe orientarse a demostrar que “a la luz de parámetros objetivos de razonabilidad, la Constitución ordena incluir a ese subgrupo dentro del conglomerado de beneficiarios de una medida”»[40].

En el presente caso, la demandante incumplió estos requisitos, en la medida en que no explicó en debida forma los términos de la comparación que propone –en unos apartes del libelo dice que la comparación debe efectuarse respecto de las personas que sí aprueban el concurso y en otros indica que se debe hacer frente a otros cargos públicos–, las razones de su similitud, el supuesto trato discriminatorio que contiene la norma impugnada y los motivos por los cuales dicho trato no se ajusta a la Constitución. En relación con las razones de similitud, la actora se abstuvo de exponer por qué el régimen de carrera penitenciaria y carcelaria, que ha sido considerado por la jurisprudencia con una carrera administrativa especial[41], puede ser válidamente comparado con el régimen de carrera general previsto en la Ley 909 de 2004. Es decir, omitió justificar por qué grupos que no están en condiciones de similitud fáctica y jurídica deben ser tratados como iguales.

2. En opinión de la accionante, el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994 también vulnera el derecho al trabajo «porque priva a las personas que quieren acceder a un cargo estable en la administración pública de volver a intentar ingresar a alguno de estos cargos por un periodo de un año». Es claro que este cargo, así planteado, incumplió el requisito de certeza, en la medida en que no se fundó en una proposición jurídica real y existente y, por el contrario, se sustentó en la interpretación particular que la accionante hizo del texto de la ley. Lo anterior, pues aunque el citado artículo solo limita la posibilidad de participar en un curso de méritos, la demandante interpretó que lo que realmente hace la disposición acusada es impedir el acceso a un cargo de carrera. Estos dos escenarios han sido aclarados por la jurisprudencia, principalmente en materia de tutela, en el sentido de que la participación en un concurso de méritos únicamente constituye una expectativa para acceder al empleo y no garantiza el ingreso al servicio, de suerte que la imposibilidad de participar en un concurso o el hecho de no superar las pruebas son circunstancias que, por

sí mismas, no tienen la entidad suficiente para vulnerar el derecho al trabajo.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, «las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado[42], en la medida en que ejercitan su derecho al trabajo con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo[43]»[44]. Esto significa que tratándose de la carrera administrativa, la titularidad del derecho al trabajo se predica de las personas que, una vez han superado todas las pruebas pertinentes, son nombradas y se encuentran inscritas en carrera, y no de quienes participan en el concurso para acceder a ella[45].

Al respecto, por ejemplo, en la sentencia SU-133 de 1998, la Corte precisó:

«[E]l derecho al trabajo y el de desempeñar cargos y funciones públicas aparece lesionado en el caso de la persona no elegida que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, con notorio desconocimiento del artículo 25 de la Carta Política, que reconoce a toda persona el derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, y del 40, numeral 7, ibídem, a cuyo tenor tal posibilidad hace parte del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (cfr. Sentencia T-03 del 11 de mayo de 1992).

Esa persona es privada del acceso a un empleo y a una responsabilidad pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía ciertas condiciones –ganar el concurso, en el caso que se examina–, sería escogida para el efecto.

De allí también resulta que, habiendo obrado de buena fe, confiando en la aplicación de las reglas que el Estado ha debido observar, el aspirante debe soportar una decisión arbitraria que no coincide con los resultados del proceso de selección» (subraya fuera del texto).

3. La demandante también manifestó que la disposición impugnada resulta contraria a lo preceptuado en el artículo 40.7 de la Carta. Para fundamentar el cargo, la accionante adujo que la única limitación del derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos está dada por la doble nacionalidad del aspirante. De este modo, «las personas que quieren acceder a un cargo en el INPEC no deberían formar parte de esta excepción, salvo que uno de los que aspira cuente con esa doble nacionalidad». Así descrito, dada su vaguedad e indeterminación, el cargo formulado no cumplió los requisitos de especificidad, porque no

se explicaron las razones por las que la disposición acusada desconoce o vulnera el artículo 40.7 superior; y suficiencia, por cuanto la simpleza del argumento no logra despertar una duda mínima sobre la constitucionalidad del artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994, que haga necesario un pronunciamiento de la Corte.

4. Por todo lo anterior, considero que en las condiciones anotadas, un pronunciamiento de fondo en el presente caso era inviable, salvo que, como en efecto sucedió, la sentencia se ocupara de construir la demanda y ampliar el sentido de los cargos.

Como bien lo sostuvo la Corte en la sentencia C-535 de 2016, en la cual se declaró inhibida para fallar una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra el mismo artículo analizado en esta oportunidad, con base en dos de los cargos aquí estudiados -violación de los derechos a la igualdad y al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos-, el cumplimiento de los requisitos argumentativos de la demanda es fundamental porque, por un lado, permite defender la legitimidad democrática de la ley y, por otro, evita que esta Corporación ejerza un control oficioso. En mi sentir, la Corte no tuvo en cuenta que la satisfacción de tales requisitos es esencial para alcanzar estos propósitos.

En los anteriores términos dejo expresadas las razones de mi discrepancia.

Fecha ut supra

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-097/19

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, procedo a aclarar mi voto respecto de la Sentencia C-097 de 2019. La providencia resolvió declarar inexecutable el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994 “Por el cual se establece el régimen de personal

del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.” Si bien comparto la decisión, aclaro mi voto en relación con la categoría que se le otorga a la carrera administrativa como eje definitorio de la Constitución.

La Sentencia C-097 de 2019 recoge la jurisprudencia constitucional en torno a los principios que rigen la carrera administrativa y reitera lo señalado por esta Corte en anteriores oportunidades, esto es, que la carrera administrativa en sí misma es uno de los componentes determinantes y esenciales de la Carta Política. Si bien esta ha sido la posición mayoritaria de esta Corporación desde la Sentencia C-588 de 2009,[46] no la comparto por las razones que a continuación expongo.

1. La carrera administrativa, de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política, es el sistema que se establece como regla general para acceder a la función pública. No obstante, el mismo artículo constitucional consagra excepciones a esta regla para ocupar diferentes empleos en órganos y entidades del Estado, como los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. La carrera administrativa no cubre entonces a todo el conjunto de servidores estatales. Por ende, si bien esta herramienta ocupa un lugar importante en el ordenamiento jurídico y es un instrumento central en la administración pública del Estado colombiano, no puede considerarse que un sistema que admita diferentes excepciones en su aplicación, e incluso permita al Legislador establecer otras tantas, pueda constituir un eje definitorio de la Constitución.

2. Una lectura armónica de las normas constitucionales[47] y de la jurisprudencia de esta Corporación desde sus inicios permite evidenciar que son el mérito[48] y la igualdad[49] los principios que guían el acceso a la función pública, pues estos tienen una influencia más allá de la carrera administrativa. Al respecto, en la Sentencia T-422 de 1992[50] se precisó:

“El postulado de democracia participativa (CP, Preámbulo, arts. 1 y 2) inspira los derechos políticos de participación y fundamenta la aplicación del principio de igualdad de oportunidades en la provisión de empleos en las entidades del Estado (...). Independientemente de los efectos jurídicos de cada forma de vinculación al Estado – por carrera, libre nombramiento o concurso – todos los empleos públicos buscan un objetivo

común, cual es el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado. El ingreso y ascenso en los cargos de carrera se lleva a cabo mediante el sistema de méritos y cualidades de los aspirantes; de igual forma, la permanencia o desvinculación de una persona de libre nombramiento y remoción obedece a razones de buen servicio o de confianza, según el caso, sin que la discrecionalidad de la administración pueda tornarse en arbitrariedad. Nada diferente sucede con los concursos públicos para acceder a un cargo: el criterio principal es la “eunomía”, o ley del mejor, según la cual, los méritos personales determinan quién será el oponente para ejercer las funciones públicas”.[51]

3. Así entonces, si bien es cierto que a través de la carrera administrativa se aseguran los principios de igualdad y mérito, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte,[52] este no es el único sistema de acceso a la función pública. Por esto, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que los mencionados principios también deben irradiar los demás sistemas y mecanismos que se dispongan para proveer un empleo público, con miras a obtener el mejor desempeño de la administración.[53]

4. No puede confundirse entonces la carrera administrativa, que es un mecanismo principal para acceder al desempeño de cargos públicos, con un principio rector en esta materia, ni mucho menos asumirse como un eje definitorio de la Constitución. Son los principios de mérito e igualdad los ejes nodales del acceso a la función pública y elementos axiales de la Constitución, los cuales se materializan a través de la carrera administrativa y de los demás sistemas y mecanismos de selección de personas para ocupar cargos públicos que prevén la Constitución y la ley.

En estos términos dejo plasmadas las razones por las cuales aclaro el voto en la presente decisión.

Fecha ut supra.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

[1] Folio 2. Cuaderno 1.

[2] “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa,

gerencia pública y se dictan otras disposiciones”

[3] Folio 89.

[4] Folios 31-34

[5] Folios 36-39

[6] Folios 90-95.

[7] Folios 92-93.

[8] Folios 93-94.

[9] Folios 92-93.

[10] Corte Constitucional, Auto del 29 de julio de 1997, Expediente D-1718.

[11] Ver, entre otras, las sentencias C-1052 de 2001 y C-1256 de 2001.

[12] Respecto de los requisitos mínimos que deben contener los cargos véase las siguientes sentencias de esta Corporación: C-918 de 2002, C-150, C-332 y C-569, estas últimas del año 2003.

[13] Folios 3-4.

[14] Sentencia C-249 de 2012.

[15] Sentencia de la Corte Constitucional C-1122 de 2005.

[16] Ver Sentencia Sentencia C-561 de 2009.

[17] Ver Artículo 2 de la Ley 909 de 2004.

[19] Ver Sentencia C-823 de 2013.

[20] Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[21] Cfr. Sentencias C-507 de 1995 y C-099 de 2007.

[22] Cfr. Sentencias C-391 de 1993 y C-356 de 1994.

[23] Cfr. Sentencia C-507 de 1995.

[24] En la sentencias C-391 de 1993 (MP José Gregorio Hernández Galindo) [24] y C-356 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz) [24] la Corte se pronunció respecto del sistema general de la carrera administrativa y las carreras especiales, previstas en la Constitución, al indicar que ésta consagra un régimen general u ordinario de carrera en el Artículo 125 e igualmente regímenes especiales de carrera para ciertos organismos del Estado.

[25] Artículo 117 del Decreto Ley 407 de 1994.

[26] Sentencias C-373 de 2002, C-288 de 2014, C-034 de 2015, C-618 de 2015.

[27] Sentencias C-093 de 2001, C-673 de 2001 y C-100 de 2004.

[28] En la consideración jurídica 6 de la Sentencia C-673 de 2001, la Corte Constitucional explica la fusión de los dos métodos: “6. La complementariedad entre el juicio de proporcionalidad y los test de igualdad, así como sus fortalezas y debilidades relativas, han llevado a la doctrina, con criterios que esta Corte prohíja, a señalar la conveniencia de adoptar un ‘juicio integrado’ de igualdad, que aproveche lo mejor de las dos metodologías. Así, este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los test estadounidenses. Así por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la ‘adecuación’ deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la ‘indispensabilidad’ del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y

groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional [...] 7. La posibilidad de combinar ambas metodologías no solo es conceptualmente fecunda sino que tiene claros precedentes en la jurisprudencia de esta Corporación, y no solo en el campo de la igualdad sino también en otros ámbitos relacionados con la posible afectación de otros derechos fundamentales”.

[29] Sentencia C-1212 de 2001.

[30] Ibíd.

[31] En este mismo sentido ver las sentencias C-1212 de 2001, C-617 de 1997, C-537 de 1993.

[32] En Sentencia C-601 de 2015 la Corte precisó que indistintamente al nivel de intensidad del examen aplicado, se debe consultar el principio de proporcionalidad: “Actualmente, la Corte aplica la metodología que ha venido denominando juicio integrado de igualdad, buscando aprovechar, de la mejor manera, las ventajas del test de proporcionalidad y de los escrutinios de igualdad con niveles diferenciados de intensidad. Implica un estudio de proporcionalidad y se compone de tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis; (ii) definir si en el plano fáctico y jurídico existe un trato disímil entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada. En esa última fase, el escrutinio podrá efectuarse de acuerdo con los niveles leve, estricto e intermedio. Cada intensidad de escrutinio debe observar el análisis de proporcionalidad de las medidas, estudio que implica la utilización de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

[33] Sentencia C-104 de 2016. MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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

[35] Así se señaló en la sentencia C-097 de 2019.

[36] Folios 1 y 2 de la demanda de inconstitucionalidad presentada por Yannyn Tatiana

Álvarez López en contra del artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994.

[37] Folio 7 del auto del 30 de noviembre de 2017, mediante el cual se admitió la demanda.

[38] Sobre el carácter relacional de la igualdad, se pueden consultar entre otras las sentencias T-530 de 1997, C-1112 de 2000 y C-090 de 2001.

[39] Ver las sentencias C-099 de 2013, C-635 de 2012 y C-631 de 2011.

[40] Sentencia C-1052 de 2004.

[41] Al respecto, en la sentencia C-811 de 2014, la Corte explicó que la conclusión de que la carrera penitenciaria y carcelaria es especial se funda en las siguientes razones: «1) La especialidad y la naturaleza del servicio penitenciario y carcelario que, según el artículo 2o. del decreto 407 “es preventiva, educativa y social para los reclusos y de apoyo a las autoridades penitenciarias y carcelarias para el cometido de sus fines”. || 2) La especialidad de las funciones que cumple el personal adscrito al ramo penitenciario y carcelario. || 3) La necesidad de establecer, para el personal del ramo penitenciario y carcelario, un distinto régimen de deberes, prohibiciones e incompatibilidades e inhabilidades y de control de su actividad laboral, tanto en el interior como en el exterior de los establecimientos carcelarios, y de situaciones administrativas, causales de ingreso y de retiro del servicio, régimen disciplinario, etc. || 4) La justificación, por razones funcionales, técnicas y operativas y de moralidad y eficiencia administrativa (art. 209 C.P), de que un organismo como la Junta Penitenciaria pueda, con criterios de inmediatez y de celeridad, administrar y vigilar la carrera administrativa penitenciaria y carcelaria».

[42] Sentencia C-517 de 2002.

[43] Sentencia C-1177 de 2001.

[44] Sentencia C-288 de 2014.

[45] En la sentencia T-257 de 2012, esta Corporación concluyó: «De lo anterior se vislumbra que la persona que supera las pruebas del concurso público de méritos se convierte en el titular del derecho al trabajo, y por ende, tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el

cual concursó, pues sólo en este momento el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del ganador. || En síntesis, el derecho de acceder a cargos públicos está ligado a la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria. Por su parte, el derecho al trabajo, en las situaciones de acceso a cargos públicos se materializa cuando se crea en el titular el nacimiento del derecho subjetivo, es decir, cuando en virtud del mérito y la capacidad del aspirante obtiene el mejor puntaje, de lo cual se sigue o deviene su nombramiento y posesión» (subraya fuera del texto).

[46] MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Nilson Pinilla Pinilla, Mauricio González Cuero, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto.

[47] En materia de acceso a la función pública resulta importante tener en cuenta diversos artículos constitucionales, particularmente: (i) el artículo 2 que señala como uno de los fines del Estado el de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”; (ii) el numeral 7 del artículo 40 que establece el derecho de todos los ciudadanos a “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”; (iii) el artículo 125, según el cual, “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y (iv) el artículo 209 que indica que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

[48] La jurisprudencia constitucional ha señalado que a través del mérito se “evalúa la capacidad del aspirante como factor definitorio para acceder o permanecer en un cargo o para poder desempeñar una función pública, sobre la base de la demostración de las calidades académicas, la experiencia, la idoneidad moral o las competencias requeridas en un determinado empleo.” (Sentencia C-084 de 2018. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[49] En cuanto al principio de igualdad, esta Corte ha considerado que todo ciudadano tiene derecho a desempeñar funciones y cargos públicos en igualdad de condiciones. Esto se traduce en: “(i) un mandato de tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) la adopción de medidas positivas frente a grupos sociales que inveteradamente han sido discriminados en términos de acceso a cargos públicos, en especial, de dirección.” (Sentencia C-319 de 2010. MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

[50] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[51] En esta Sentencia se ampararon los derechos de una persona que no fue nombrada en un cargo público para el que se postuló, a pesar de haber ocupado el primer puesto en el concurso de méritos adelantado por la entidad que ofrecía la vacante.

[52] En Sentencia C-486 de 2000. MP. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte indicó que el sistema de carrera administrativa garantiza “la excelencia en la calidad del servicio y la eficiencia de la administración pública, y en general de las actividades estatales, ofreciendo igualdad de oportunidades para el ingreso, capacitación y ascenso del servicio público, con base exclusiva en el mérito y en las calidades de los aspirantes”.

[53] Sobre la función del legislador respecto de la regulación de los procedimientos para acceder a cargos públicos que no pertenecen a la carrera administrativa, dijo la Corte en Sentencia C-618 de 2015. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: “Se requiere, pues, que el Congreso de la República busque un equilibrio ‘entre dos principios de la función pública’, a saber: ‘el derecho de igualdad de oportunidades que tienen los ciudadanos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas’ y la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en la Administración, mediante mecanismos que permitan seleccionar aquellos trabajadores que, por su mérito y capacidad profesional, resulten los más idóneos para cumplir con las funciones y responsabilidades inherentes al cargo”.

[YSC1]