

Sentencia C-249/12

HOMOLOGACION DE PRUEBAS DE CONOCIMIENTO PROPIAS DE CONCURSO DE MERITOS POR EXPERIENCIA Y ESTUDIOS ADICIONALES A LOS REQUERIDOS PARA CARGOS EN CARRERA ADMINISTRATIVA-Inexequibilidad

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR SUSTITUCION O FALTA DE COMPETENCIA DE ORGANO REFORMADOR-Término de caducidad

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR REPRODUCCION DE CONTENIDO MATERIAL DECLARADO INEXEQUIBLE POR RAZONES DE FONDO-Jurisprudencia constitucional

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO REFORMATARIO DE LA CONSTITUCION-Parámetros de control

SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Jurisprudencia de la Corte Constitucional/JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Objeto/INCONSTITUCIONALIDAD POR SUSTITUCION O LIMITES COMPETENCIALES DEL PODER DE REFORMA-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIOS Y VALORES DETERMINADOS COMO INTANGIBLES Y TEST DE INCONSTITUCIONALIDAD POR SUSTITUCION Y DE EFECTIVIDAD-Jurisprudencia constitucional/PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION-Límites competencias/PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Jurisprudencia constitucional

DEMANDA CONTRA ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION POR VICIOS COMPETENCIALES DEL PODER DE REFORMA-Test de inconstitucionalidad por sustitución y test de la efectividad

JUICIO DE SUSTITUCION-Metodología

TEST DE EFECTIVIDAD-Objeto

Respecto al “Test de la efectividad” que dicha metodología tiene como objetivo verificar: (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma; (ii) de impedir normas ad-hoc de carácter particular o singular aplicadas a unos sujetos determinados ya que se violaría el presupuesto de generalidad o universalidad que deben tener las normas constitucionales; y por último (iii) que debido a la finalidad de la

Constitución de tener una compilación en un cuerpo completo de normas, se proscriben las modificaciones tácitas o de imposible, difícil o dudoso conocimiento que hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la Constitución.

PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL-Límites

LIMITES COMPETENCIALES DEL PODER DE REFORMA-Presupuestos que debe tener en cuenta la Corte Constitucional

Después de realizar un análisis pormenorizado de la jurisprudencia constitucional que se ha establecido sobre los límites competenciales al poder de reforma en la Sentencia C- 574 de 2011 se sintetizaron los siguientes presupuestos que debe tener en cuenta la Corte para el análisis de las demandas contra reformas constitucionales por vicios competenciales o de sustitución: 1. Que por tratarse de una demanda por un vicio formal relacionada con la competencia, la Corte tiene que verificar que no se haya sobrepasado el término de caducidad de un año establecido en los artículos 242.3 e inciso final del artículo 379 de la C.P, y que la competencia en el análisis de la demanda estará únicamente determinada por los cargos establecidos en ella. 2. Que el juicio de sustitución no es un juicio de intangibilidad ni tampoco un juicio de un contenido material de la Constitución, ya que el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario, ni verificar si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad. Por tal razón, la Corte debe comprobar que este elemento esencial es irreductible a un artículo de la Constitución o un límite material intocable por el poder de reforma, lo cual supone evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. 3. Que el concepto de sustitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido sentar unas premisas para avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. En este sentido se trata de un control de tipo inductivo y no deductivo, porque la Corte analizará en cada caso concreto si el principio estructural fue sustituido, pero al mismo tiempo el precedente en torno a la definición del principio servirá para resolver si se presentó o no la sustitución de la

Constitución en casos posteriores. 4. Que la sustitución de la Constitución puede ser total, parcial, temporal o definitiva. En todos los casos se debe analizar si la sustitución es de tal magnitud que se ha producido un cambio o reemplazo de la Constitución existente. 5. Que para determinar si la Constitución fue sustituida por otra -parcial, total, transitoria o permanentemente- se debe realizar el llamado 'juicio o metodología de la sustitución' que está compuesto de tres premisas. En primer lugar la Premisa mayor (i) en donde se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución; en segundo término la Premisa menor (ii) en donde se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, finalmente, la Premisa de síntesis (iii) en donde se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles. 6. Que para la verificación del cumplimiento de la Premisa mayor, la Corte debe comprobar a través de una lectura transversal e integral de la Constitución de 1991, si dicho elemento que se establece como sustituido es un elemento estructural o axial de la Constitución. Este elemento estructural puede estar reflejado o contenido en varios artículos de la Constitución o en elementos del bloque de constitucionalidad, que se pueden determinar a través del análisis histórico o sistemático de la Constitución. Para construir dicha premisa es necesario para el demandante en su acción y para la Corte en su estudio: (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. 7. Que mediante el llamado test de la eficacia el juez constitucional puede comprobar: (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular, (ii) que el cambio no dio lugar a que se establecieran normas ad hoc o particulares, y (iii) que no se hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la Constitución. 8. Teniendo en cuenta lo anterior se puede afirmar que dentro de la clasificación de los límites al poder de reforma constitucional, la Corte Constitucional a través de la teoría de la inconstitucionalidad por sustitución ha reconocido que existen unos límites intrínsecos al poder de reforma, ya que estos se encuentran reflejados en la Constitución misma o en los elementos del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, estos límites intrínsecos al poder de reforma no deben

confundirse con elementos intangibles ni inmanentes, como en las Constituciones que establecen cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas, ya que el análisis de sustitución que se realiza a través de la metodología planteada en la jurisprudencia descrita tiene como finalidad comprobar que se produjo evidentemente una sustitución de la Constitución so pretexto de la reforma. Esta sustitución como se ha dicho, puede ser total, parcial, temporal o permanente y se refiere a principios estructurales o axiales que hacen parte de la arquitectura constitucional de la Constitución de 1991.

CARRERA ADMINISTRATIVA Y CUMPLIMIENTO DE LOS FINES ESENCIALES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Relación intrínseca

FUNCION ADMINISTRATIVA-En ausencia del mérito y eficiencia, no puede estar al servicio de los intereses generales, ni desarrollada con base en principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad

CARRERA ADMINISTRATIVA-Titularidad

PRINCIPIO ESTRUCTURAL DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Prohibición de reformas de contenido particular y temporal

REPRODUCCION DE CONTENIDO DE UN ACTO JURIDICO DECLARADO INEXEQUIBLE-Prohibición

COSA JUZGADA MATERIAL-Contenido normativo

DECISION DE INCONSTITUCIONALIDAD O CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA-Carácter de fuerza vinculante

DERECHO VIVIENTE-Subreglas

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Desbordamiento en el ejercicio de la competencia

HOMOLOGACION DE PRUEBAS DE CONOCIMIENTO PROPIAS DE CONCURSO DE MERITOS POR EXPERIENCIA Y ESTUDIOS ADICIONALES A LOS REQUERIDOS PARA CARGOS EN CARRERA ADMINISTRATIVA-Comporta una sustitución parcial y temporal de la Constitución

Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No 04 de 2011, "Por medio del

cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia”

Demandante: Miguel Ángel González Ocampo, Giovany Alexander Gutiérrez Rodríguez y Rafael Cañón González

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Texto normativo demandado

Los ciudadanos Miguel Ángel González Ocampo, Giovany Alexander Gutiérrez Rodríguez y Rafael Cañón González demandaron la inconstitucionalidad del Acto Legislativo No 04 de 2011 “Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia”. El texto normativo demandado es el siguiente:

ACTO LEGISLATIVO 4 DE 2011

(julio 7)

Diario Oficial No. 48.123 de 7 de julio de 2011

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. Adiciónese un artículo transitorio a la Constitución Política, así:

Artículo transitorio. Con el fin de determinar las calidades de los aspirantes a ingresar y actualizar a los cargos de carrera, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, de quienes en la actualidad los están ocupando en calidad de provisionales o en encargo, la Comisión Nacional del Servicio Civil, homologará las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público, preservando el principio del mérito, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo, para lo cual se calificará de la siguiente manera:

5 o más años de servicio

70 puntos

La experiencia homologada, no se tendrá en cuenta para la prueba de análisis de antecedentes.

Los estudios adicionales, a los requeridos para el ejercicio del cargo, otorgarán un puntaje así:

1. Título de especialización 3 puntos

2. Título de maestría 6 puntos

3. Título de doctorado 10 puntos

Para el nivel técnico y asistencial, los estudios adicionales se tomarán por las horas totales debidamente certificadas así:

1. De 50 a 100 horas 3 puntos

2. De 101 a 150 horas 6 puntos

3. De 151 o más horas 10 puntos

Los puntajes reconocidos por calidades académicas, no serán acumulables entre sí.

Agotada esta etapa de homologación, el empleado provisional o en encargo cumplirá lo establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, esto es, el análisis comportamental, lo que finalmente posibilitará la cuantificación del puntaje y su ubicación en la lista de elegibles.

Para que opere esta homologación, el servidor público debe haber estado ejerciendo el empleo en provisionalidad o en encargo al 31 de diciembre de 2010 y cumplir con las calidades y requisitos exigidos en la Convocatoria del respectivo concurso.

La Comisión Nacional del Servicio Civil y quien haga sus veces en otros sistemas de carrera expedirán los actos administrativos necesarios tendientes a dar cumplimiento a lo establecido en el presente acto legislativo.

Quedan exceptuados los procesos de selección para jueces y magistrados que se surtan en desarrollo del numeral 1 del artículo 256 de la Constitución Política, relativo a la carrera judicial y docentes y directivos docentes oficiales.

ARTÍCULO 2o. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.

2. Demanda de inconstitucionalidad

2.1. Pretensiones

2.1.1. De diferente manera y con invocación de disposiciones constitucionales diversas, los ciudadanos demandantes solicitan se declare la inexequibilidad del acto legislativo No 04 de 2011 señalando, en general, que desconoce los artículos 1, 2, 13, 40, 125, 150, 158, 209, 217, 218, 253, 268, 274, 287, 339, 340, 341, 356, 357 y 379 de la Constitución Política.

2.1.2. En la demanda de referencia D-8673, se pide otorgar efectos retroactivos a la sentencia de inexequibilidad solicitada y, en consecuencia, ordenar se reanuden los trámites relacionados con los concursos públicos que se hubieren suspendido con fundamento en las disposiciones demandadas.

2.2. Concepto de inconstitucionalidad

2.2.1. Las demandas indican que la expedición del Acto Legislativo No 04 de 2011 constituye

una sustitución temporal y parcial de la Constitución, razón por la cual debe declararse su inconstitucionalidad por haberse excedido el Congreso de la República en sus competencias constitucionales que solo le permiten reformar, pero no sustituir la Constitución.

2.2.2. En este sentido señalan que la sustitución de la Constitución se produce porque con el Acto Legislativo se están desconociendo principios o ejes constitucionales en los que se fundamenta la Carta de 1991, a saber: (i) el principio del mérito como definitorio de la vinculación y permanencia en la función pública; (ii) el principio de igualdad, que atraviesa todo el ordenamiento constitucional y prohíbe cualquier tipo de discriminación; (iii) la vocación de permanencia de los preceptos constitucionales y la pretensión de universalidad y generalidad que deben tener las disposiciones que integran la Constitución. Señalan que tales elementos básicos del Estado Social de Derecho se desarrollan en los artículos 13, 125 y 209 de la Constitución, pero inspiran todo el orden constitucional, sin cuya vigencia efectiva la Constitución de 1991 se entendería sustituida. Por lo tanto, dichos principios conforman la premisa mayor del juicio de sustitución.

2.2.3. Explican que la carrera administrativa y la exigencia del mérito para acceder a ella, constituyen principios constitucionales vinculados de manera profunda con el modelo social de Estado. Indican que el Acto Legislativo “sustituye el mérito por otros criterios como la experiencia o la duración en el ejercicio del cargo”, con lo cual, de manera parcial y temporal, se deja sin aplicación un elemento fundamental y definitorio de la Constitución de 1991, que tiene que ver con el logro de los fines del Estado Social y los principios de la función pública y administrativa.

2.2.4. Por otra parte manifiestan que siendo el principio de igualdad eje esencial de la Constitución de 1991, también se da una sustitución parcial y temporal de la Carta del 91 cuando el Acto Legislativo introduce excepciones al régimen de carrera administrativa. En este sentido señalan que “al establecer una homologación de distintos aspectos en el proceso del concurso público que comporta una discriminación a favor sólo de quienes ejercen cargos de carrera en calidad de provisionales o de encargo, siempre y cuando los estuviesen ejerciendo, además al 31 de diciembre de 2010, y de funcionarios de carrera que estén en encargo por más de tres años ininterrumpidos en un cargo vacante definitivamente y que hayan obtenido calificación sobresaliente”. Indican que la sustitución se concreta en el tratamiento discriminatorio que reciben los ciudadanos que aspiren a ejercer tales cargos de

carrera ocupados en provisionalidad o en encargo, quienes se hallarán en desventaja frente a los beneficiarios del acto legislativo, esto es, de quienes los ocupan.

2.2.5. Por otra parte explican que se presenta una sustitución de la Constitución con la expedición del Acto Legislativo demandado, por cuanto: expide normas transitorias que no cumplen la exigencia de permanencia de las “auténticas reformas”; de otra parte, benefician a un grupo específico de personas, de manera tal que desconoce “la pretensión de universalidad propia de las regulaciones constitucionales”; y además, exceptúan supuestos normativos establecidos en el texto de la Constitución y afectan su carácter escrito a través de modificaciones tácitas.

2.2.6 Igualmente consideran que los textos demandados no constituyen una simple reforma sino verdaderas sustituciones de la Constitución, dado que introducen excepciones, así sean parciales y de manera temporal, a la carrera administrativa y a su aplicación en condiciones de igualdad, con desconocimiento de principios básicos del Estado Social de derecho. Por esta razón consideran que debe declararse la inconstitucionalidad del Acto Legislativo No 04 de 2011, ya que la Corte Constitucional ha sostenido de manera reiterada que el Congreso de la República, como órgano constituido, tiene poder de reforma de la Constitución pero no poder de sustitución total o parcial de ella. En este sentido indican que por tratarse de elementos básicos del Estado Social de Derecho, su sustitución sólo le corresponde al constituyente primario, razón por la cual el Legislador habría incurrido en un exceso en el ejercicio de su competencia de reforma de la Constitución.

2.2.7. Finalmente hay que anotar que las tres demandas coinciden en afirmar que el Acto legislativo No 4 de 2011 desconoció la razón de la decisión (ratio decidendi) contenida en la Sentencia C-588 de 2009 que se ocupó de examinar la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2008. Sobre este punto se dice que los propósitos del Acto Legislativo declarado inconstitucional en la referida sentencia eran los mismos del presente acto legislativo “bajo un ropaje distinto”, dado que “establecía condiciones relacionadas a la provisionalidad de la función pública” (demanda D-8679). Señalan además que el vicio competencial que dio lugar a la declaratoria de inexecuibilidad del Acto Legislativo 01 de 2008 se fundamenta en las mismas razones que justificarían la declaratoria de inconstitucionalidad del Acto Legislativo

04 de 2011 (expediente D-8673). Concluyen diciendo que el Acto Legislativo, ahora demandado, tiene “el mismo fondo del acto legislativo 01 de 2008” y, en consecuencia, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución conforme al cual “ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución” (expediente D-8680).

3. Intervenciones

3.1. Comisión Nacional del Servicio Civil

3.1.1. El Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil remite escrito en el que solicita declarar la inexecutable del Acto Legislativo 04 de 2011. En primer lugar indica que dicha reforma a la Constitución implica un exceso de la competencia del Congreso en el ejercicio de sus funciones para modificar la Constitución dado que las normas demandadas comportan una sustitución parcial y temporal de la Constitución.

3.1.2. Por otra parte señala que el sistema de carrera administrativa, así como el mérito, la igualdad de oportunidades y el concurso público y abierto, conforman un elemento esencial definitorio de la Carta Política, aplicables a los procesos de selección y de ascenso. Del mismo modo indica que el Acto legislativo cuestionado impacta el principio del mérito porque otorga una ventaja en la calificación a los provisionales y encargados a quienes les otorga una calificación aprobatoria en las pruebas de conocimiento, desarticulando temporalmente el sistema de carrera administrativa en el país e imponiendo contenido normativo totalmente distinto al establecido por la Constitución Política de 1991. En este sentido manifiesta que no se trata únicamente de un cambio de redacción sino de la modificación del contenido esencial de los artículos 13, 40 y 125 de la Constitución así como de todo el sistema de carrera administrativa.

3.1.3. Igualmente se dice que no sólo es una excepción a la regla general dado que la salvedad establecida en el acto legislativo impide que la identidad de la Constitución mantenga su alcance general y, aun admitiendo que se tratara de una limitación, ella habría de calificarse como sustitutiva dado que supone que la esencia de un elemento definitorio de la Carta pierda vigencia para algunos casos y durante cierto tiempo.

3.1.4. Finalmente especifica que el Acto Legislativo cuestionado implica el establecimiento de un privilegio arbitrario y, por esa vía, una afectación profunda de la manera en que se proyecta el derecho a la igualdad en el sistema de carrera administrativa.

3.2. Universidad Externado de Colombia

3.2.1. El Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia remite el concepto elaborado por el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la referida Universidad, indicando la configuración de un vicio competencial que conduce a la inconstitucionalidad del Acto Legislativo No 4 de 2011.

3.2.2. En primer lugar señala que el sistema de carrera administrativa se articula funcionalmente (1) con el aseguramiento de los fines estatales y de la función pública, (2) con la garantía de diferentes derechos fundamentales y (3) con la realización del principio de igualdad de aquellos que pretenden acceder al ejercicio de la función pública. Dice que tal eje definitorio habría sido alterado por el Acto Legislativo, pues no todos los colombianos tendrían la misma posibilidad de acceder en condiciones de igualdad a la carrera administrativa, impidiendo cuantificar el mérito en abstracto y propiciando unos requisitos privilegios que aplican exclusivamente para un segmento reducido de la población.

3.2.3. Finalmente explica que al homologar la experiencia por conocimientos del personal en provisionalidad y en encargo, se está haciendo un juicio a priori sobre las capacidades de las personas que están en la entidad, dando por sentado de plano que por la permanencia en la entidad tienen solvencia de conocimientos que los hace acreedores a la máxima ponderación.

3.3. Intervenciones de los ciudadanos Giovanni Padilla Téllez, Bernardo de Jesús Parrado Torres, Luz Mary Suárez Ortiz y Doris Madero Mendoza

3.3.1. En escrito radicado en la Secretaria General de esta Corporación el día 23 de noviembre de 2011, el ciudadano Giovanni Padilla Téllez interviene señalando, de una parte, que el poder constituyente derivado excedió su competencia de reforma dado que “derogó, sustituyó y subvirtió parcialmente, elementos definitorios de la Constitución” y, de otra, que los efectos de la expulsión del ordenamiento del acto legislativo examinado deben ser retroactivos.

3.3.2. Por su parte, en escrito radicado el día 12 de diciembre de 2011 ante esta Corporación, el ciudadano Bernardo de Jesús Parrado Torres solicita se declare la inexecutable del acto legislativo y, para fundamentar tal solicitud, expone la situación de desigualdad que produce en su caso -y también en el caso de otros funcionarios- la aplicación del Acto Legislativo 4 de 2011.

3.3.3. Igualmente en escrito presentado ante esta Corporación el día 13 de diciembre de 2010 la ciudadana Luz Mary Suárez Ortiz expone su preocupación a raíz de las decisiones adoptadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del Acuerdo 162 de 2011 dado que, en su opinión, la referida entidad alteró el texto del Acto Legislativo ahora demandado.

3.3.4. Del mismo modo en comunicación presentada a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y reenviado por esa oficina a la Corte Constitucional el día 16 de enero de 2012, la ciudadana Doris Madero Mendoza pide declarar inexecutable dicho acto, por violar los derechos de muchos a favor de unos pocos.

3.3.5. Finalmente en escritos radicados ante la Corte Constitucional el día 15 de marzo del año 2012 los ciudadanos Fanny Helena Castillo Sáenz y Jorge Daniel Zipa Rodríguez exponen la situación específica en la que se encuentran y las dificultades que se han suscitado a raíz de la expedición del Acto Legislativo No 4 de 2011. Teniendo en cuenta dichos hechos solicitan a la Corte que se pronuncie sobre la constitucionalidad o no del referido Acto Legislativo, ya que en su opinión, “aunque sea transitorio, altera el acceso a la Carrera Administrativa y va en contravía del mandato de la carta magna, vulnerando el principio del mérito y el derecho a la igualdad”.

4. Procuraduría General de la Nación¹

4.1. El Procurador General de la Nación solicita a la Corte que se declare la inexecutable del Acto Legislativo No 04 de 2011. Su solicitud la fundamenta en los argumentos que a continuación se resumen:

4.2. En primer lugar dice que el concurso público de méritos constituye el mecanismo constitucionalmente previsto para el ejercicio de la función pública en Colombia. Señala que el sistema de méritos se erige, en consecuencia, en el punto de partida para ingresar y ascender en la carrera y que la modalidad de acceso a la carrera garantiza una valoración

objetiva de los méritos y calidades de los diferentes aspirantes.

4.3. En segundo lugar explica que el Acto Legislativo demandado tiene el propósito de homologar las pruebas de conocimiento propias del concurso de méritos por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para el cargo correspondiente. Indica que ello implica que en virtud de esta homologación las personas que logren acreditar experiencia o estudios adicionales, pueden evitar realizar la prueba de conocimiento.

4.4. En tercer lugar, y teniendo en cuenta el análisis del cuestionamiento constitucional formulado, dice que la Corte Constitucional debe vincularse al precedente relevante que se deriva de la sentencia C-588 de 20092 en la que se decidió la inconstitucionalidad del Acto legislativo No 1 de 2008. Señala que allí se contemplaba una inscripción automática en el escalafón de carrera cuando se cumplían algunos requisitos de permanencia y que aunque en el Acto Legislativo 04 de 2011 no se prevé una autorización de inscripción automática, se elimina la necesidad de practicar y aprobar las pruebas de conocimiento propias del concurso.

4.5. En cuarto lugar estima que en el examen de constitucionalidad del Acto Legislativo No 4 de 2011 se debe considerar que, tal y como ocurría frente a la decisión del Congreso incorporada en el Acto Legislativo No 01 de 2008, en la presente oportunidad (i) se trata de una disposición transitoria, (ii) son beneficiarios de la misma dos grupos de funcionarios tomando como referente el momento de su vinculación o la extensión de la misma, (iii) se trata de un Acto Legislativo que modifica el artículo 125 de la Constitución dado que establece un beneficio especial -instrumentando una discriminación- a favor de quienes se encuentran en las hipótesis previstas en el acto legislativo y (iv) la modificación referida se traduce en la afectación del mérito, como eje del sistema de la carrera administrativa y principio estructural y definitorio de la Constitución según lo advirtió la sentencia C-588 de 2009.

4.6. Finalmente explica que a través de la homologación contemplada en el Acto Legislativo No 4 de 2011 se incurre en los mismos defectos de las disposiciones expulsadas del ordenamiento en la sentencia C-588 de 2009 ya que al “eliminar la prueba de conocimiento, priva al concurso público de méritos del principal elemento objetivo para determinar el mérito de los aspirantes”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

1.1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, conforme a lo dispuesto en los artículos 241, numeral 1, y 379 de la Constitución.

1.2. En primer lugar hay que decir que el artículo 241 numeral 1 establece que a la Corte Constitucional le corresponde, “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación”³. Así mismo el artículo 379 de la C.P establece que, “los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto mediante el cual se convoca a una Asamblea Constituyente sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título (...)”⁴.

1.3. Por otra parte se tiene que decir que en el tema de los vicios formales que tiene que revisar la Corte cuando se trata de reformas a la Constitución, se estableció a partir de la Sentencia C-551 de 2003⁵ y que una de las razones para que se constituya un vicio formal es la falta de competencia del órgano reformador. Dicha posibilidad se dio a partir de la diferenciación entre reformar, revisar o modificar la Constitución, que es una competencia propia del poder de reforma, poder de revisión o poder constituyente constituido, y la competencia del poder constituyente para cambiar, derogar, subvertir, sustituir o remplazar una Constitución por otra⁶.

1.4. Teniendo en cuenta esta diferenciación la Corte Constitucional empezó a realizar el control de constitucionalidad no solamente de los vicios formales en sentido estricto de los Actos Legislativos⁷ y de los demás mecanismos de reforma a la Constitución⁸, sino también la revisión de la competencia de dicho órgano y así verificar que so pretexto de la reforma no se haya cambiado, derogado, remplazado o sustituido la Constitución de 1991 por otra integralmente diferente. Como se estableció en la Sentencia C-574 de 2011⁹ este juicio ha sido llamado por la Corte “juicio de competencia”, “metodología o juicio de la sustitución” pero también puede ser llamado juicio de “inconstitucionalidad por sustitución”¹⁰.

1.5. Por otra parte se debe resaltar que en la Sentencia C-551 de 2003 se dijo que cuando la

Constitución le asigna el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional, “no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia”¹¹. Esta doctrina que se había establecido en un primer lugar para el control de los referendos constitucionales (Art. 376 de la C.P.)¹² se empezó a implementar también en el control de los Actos Legislativos del artículo 375 de la C.P., en la Sentencia C- 1200 de 2003¹³. En dicha jurisprudencia se estableció que el parámetro para hacer el control de los actos reformativos de la Carta está conformado por las disposiciones del Título XIII de la Constitución, así como por los preceptos constitucionales y orgánicos pertinentes y por “las normas constitucionales que regulan la competencia en materia de reforma constitucional”¹⁴.

1.6. En síntesis se tiene que resaltar que teniendo en cuenta la diferencia que existe entre poder de reforma y poder constituyente, y la teoría acogida por la Corte Constitucional según la cual el poder de revisión no es competente para sustituir, derogar, cambiar, remplazar o subvertir la Constitución existente so pretexto de la reforma¹⁵, la Corte Constitucional es competente en este caso para establecer si el poder constituyente derivado o secundario asumió las funciones propias del constituyente originario o primario.

2. Problema jurídico y esquema de resolución

2.1. El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el Acto Legislativo 04 de 2011, sustituye temporal y parcialmente la Constitución de 1991, por haber excedido el Congreso su competencia y haberse configurado una inconstitucionalidad por sustitución por el quebrantamiento de los principios de mérito o de “meritocracia”, de carrera administrativa y el derecho a la igualdad para el acceso a los cargos públicos que identifican la Constitución de 1991. Del mismo modo se debe comprobar si la vocación de permanencia de los preceptos constitucionales y la pretensión de universalidad y generalidad que deben tener las disposiciones que integran la Constitución se vio vulnerada con esta reforma.

2.2. Para solucionar dicho problema la Corte analizará previamente si desde el punto de vista formal la demanda cumplió con los requisitos para ser estudiada, es decir, si se presentó dentro del término de caducidad de un año después de promulgado el Acto Legislativo como se establece en el artículo 242.3 de la C.P.¹⁶. Por otro lado se estudiará cada uno de los

cargos expuestos por los demandantes para verificar si cumplen con las condiciones constitucionales y legales para ser analizados¹⁷. Una vez verificados estos aspectos, y de ser pertinente, la Corte procederá a realizar el análisis de fondo que como quedó visto consiste en estudiar si se presentaron los defectos competenciales establecidos por los demandantes, es decir si so pretexto de la reforma con el Acto Legislativo No 4 de 2011 se sustituyó la Constitución de 1991 por una integralmente diferente.

3. Aspectos preliminares: término de caducidad de la acción e integración normativa

3.1. Sobre el término de caducidad de la acción por inconstitucionalidad por sustitución o falta de competencia del órgano reformador, se tiene que seguir lo que establecen los artículos 242.3 y el inciso final del artículo 379 de la C.P sobre la caducidad de la acción pública de inconstitucionalidad. El artículo 242.3 dispone que, “Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto” y el inciso final del artículo 379 se establece que, “La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2º”¹⁸.

3.2. En el caso en estudio se comprueba que se cumple con el término de caducidad, ya que el Acto Legislativo 04 de 2011 fue promulgado el día 7 de julio de 2011¹⁹, y las demandas de inconstitucionalidad contra dicho acto reformativo de la Constitución fueron presentadas con anterioridad al vencimiento del término de caducidad ya que fueron acumuladas el 24 de agosto de 2011 es decir²⁰, antes de cumplirse el año exigido para las demandas de inconstitucionalidad por falta de competencia del órgano reformador o por inconstitucionalidad por sustitución.

4. Análisis y pertinencia de los cargos por sustitución planteados por los demandantes

4.1. Primer cargo. Violación del inciso 2º del artículo 243 de la Constitución por reproducción del contenido material de un texto normativo inexecutable

4.1.1. El demandante del Expediente 868021, específicamente considera que el Acto Legislativo No 4 de 2011, “tiene el mismo fondo del Acto Legislativo 1/08”, y en consecuencia, transgrede el inciso segundo del artículo 243 de la C.P. que prohíbe “reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de

fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

4.1.2. En este sentido se tiene que anotar que la Corte Constitucional en la Sentencia C - 311 de 2002²² estableció que ante la configuración de los elementos enunciados en el artículo 243 constitucional, procede la declaración de inconstitucionalidad por violación de dicha prohibición constitucional cuando, “(...) estos [cuatro] elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, en consecuencia, la norma reproducida, también debe ser declarada inexecutable por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues éste limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental”.

4.1.3. Teniendo en cuenta que el actor en la presente demanda estructura un cargo claro, específico, suficiente y pertinente respecto a que con el Acto Legislativo demandado se está reproduciendo el mismo contenido del Acto Legislativo No 1 de 2008 y que por ende se estaría yendo en contra del inciso segundo del artículo 243 de la C.P., éste será decidido en la presente sentencia.

4.2. Segundo cargo. Sustitución de la Constitución de 1991 por incompetencia del Congreso de la República para la expedición de normas constitucionales que la sustituyen - parcial y temporalmente -, relativas al principio de mérito, carrera administrativa y de igualdad

4.2.1. Sobre este cargo las demandas, en esencia, se basan en la inconstitucionalidad del Acto Legislativo No 4 de 2011 por incompetencia del órgano reformador para expedir normas constitucionales sustitutivas de la Constitución. A juicio de los demandantes, los contenidos de este acto reformativo de la Constitución, sustituyen parcial y temporalmente la Constitución en algunos de sus principios o ejes fundamentales relacionados con el principio de mérito en el ingreso y ascenso a los cargos públicos, el principio de carrera administrativa y en el principio de igualdad en la vinculación a ella.

4.2.2. Para los demandantes, la carrera administrativa y la exigencia del mérito para acceder a ella, constituye un principio constitucional esencial al modelo constitucional de Estado Social de Derecho que fue tutelado en la Sentencia C-588 de 2009. Estiman que la sustitución de este eje constitucional fundamental se produce cuando el Acto Legislativo demandado acoge criterios de experiencia en el cargo y formación académica adicional,

como factores de homologación de las pruebas de conocimiento en la calificación de los aspirantes y su ubicación en la lista de elegibles, sin que tales factores respondan al criterio de mérito que debe presidir la incorporación de servidores públicos a la carrera administrativa.

4.2.3. Del mismo modo, estiman los demandantes que el principio de igualdad es un eje esencial de la Constitución ya que se trata de un mandato que impregna la totalidad del orden constitucional. Consideran que dicho principio axial se ve sustituido por otro integralmente diferente ya que el Acto Legislativo No 4 de 2011 consagra una desigualdad discriminatoria de los ciudadanos aspirantes a determinados cargos públicos de carrera, privilegiando a los funcionarios que ocupan tales cargos en provisionalidad o en encargo, así se trate de manera transitoria y parcial.

4.2.4. Considera la Corte que por haber cumplido las demandadas con las cargas de claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia que se desprenden del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, en el presente caso los cargos de inconstitucionalidad por sustitución o límites competenciales del poder de reforma, se encuentran claramente delimitados y por tanto la Corte abordará el análisis de dicho cargo.

4.3. Tercer cargo. Violación del principio de universalidad o generalidad de las normas y el establecimiento normas constitucionales temporales particulares puramente “ad hoc”

4.3.1. Como quedo dicho los demandantes utilizando el precedente de la Sentencia C- 588 de 2009 y el “test de efectividad” utilizado en dicha jurisprudencia para indicar que con el Acto Legislativo No 4 de 2011 se esta instaurando nuevamente un régimen especial y temporal para aquellos empleados públicos que hayan ejercido el empleo en provisionalidad.

4.3.2. Según los demandantes esta particularidad del Acto Legislativo demandado desconoce la vocación de permanencia de los preceptos constitucionales y la pretensión de universalidad y generalidad que deben tener las disposiciones que integran la Constitución ya que están dirigidas a beneficiar a un grupo especial de personas por un lapso de tiempo limitado y circunstancial que iría en contra del carácter permanencia, de universalidad y de generalidad de las reformas constitucionales.

4.3.3. Estima la Corte que dicho cargo de sustitución o de falta de competencia del órgano

reformador que se deriva del “test de efectividad” que se consagró en la Sentencia C- 588 de 2009 cumple con las cargas mínimas de claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia de las demandas de inconstitucionalidad por sustitución y por ende debe ser estudiado en la presente sentencia.

5. Reiteración de jurisprudencia de la inconstitucionalidad por sustitución o límites competenciales del poder de reforma, principios y valores que ha determinado la Corte como intangibles y test de inconstitucionalidad por sustitución y de “efectividad” para solucionar dichos casos

En el siguiente apartado analizará la Corte lo concerniente a la línea jurisprudencial que ha seguido en el tema de los límites competenciales del poder de reforma o la inconstitucionalidad por sustitución. En una primera parte (5.1.) se analizará brevemente el fundamento teórico que ha tenido en cuenta la jurisprudencia constitucional para conocer de la competencia del órgano reformador y verificar si so pretexto de la reforma se está tomando atribuciones propias del poder constituyente sustituyendo, cambiando o derogando la Constitución de 1991 por otra integralmente diferente. En este primer punto se analizará lo relacionado con los principios y valores que la Corte Constitucional ha establecido como consustanciales o axiales de la Constitución. En segundo lugar (5.2.) estudiará la Corte los test de razonabilidad que ha establecido la jurisprudencia constitucional para determinar si una modificación constitucional produjo una sustitución de la Constitución. En este punto se estudiará en primer lugar el llamado “test de la sustitución de la Constitución” establecido desde la Sentencia C - 970 de 2004 y en segundo término explicará el “test de la efectividad” previsto en la Sentencia C- 588 de 2009 que se constituyen en parámetros metodológicos para el análisis de las demandas relacionadas con los límites competenciales del poder de revisión.

5.1. Reiteración de jurisprudencia de la inconstitucionalidad por sustitución o límites competenciales del poder de reforma, principios y valores que ha determinado la Corte como consustanciales a la Constitución de 1991

5.1.1. En el tema de los límites competenciales del poder de revisión el profesor Pedro de Vega García estima que se trata uno de los problemas más importantes del constitucionalismo moderno ya que se relaciona con los posibles conflictos o tensiones que

se presenten entre el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución²³.

5.1.2. Sobre la tensión entre estos dos principios De Vega explica que desde la filosofía política griega se presenta un dilema lógico aparentemente insoluble cuando se establece la democracia como forma política de Gobierno²⁴. La pregunta que surge para los filósofos griegos consiste en determinar lo siguiente: si el pueblo hace la ley y en consecuencia la ley depende de la voluntad del pueblo ¿cómo se puede predicar que el pueblo aparezca supeditado a la voluntad de una norma aprobada por él mismo? o en otras palabras, si el pueblo tiene la capacidad para crear una ley y de igual manera tiene la potestad para derogarla, entonces ¿cómo justificar la limitación del poder democrático a partir de la misma ley que este poder establece y anula a voluntad?

Dice el constitucionalista español que para solucionar dicho dilema Aristóteles en su obra la Política²⁵, diferencia entre la democracia legal y la democracia no legal²⁶. En la democracia legal, se establece la idea de limitación del poder popular con base en la diferenciación entre los Nomoi, aquellas normas naturales y racionales en donde se asienta la vida de la comunidad, y aquellas normas Psefismata que por no tener un rango superior podían ser objeto de discusión en la asamblea. Para Aristóteles el problema de la democracia no legal o que no se sujeta a limitaciones normativas se presenta cuando a través del uso de herramientas de la retórica como el paralogismo y el razonamiento erístico en la discusión asamblearia, los Psefismata terminan invadiendo el campo de los Nomoi. Dice Aristóteles que cuando se presenta esta situación la democracia se distorsiona, y se acaba convirtiendo en el peor de los regímenes políticos posibles de la taxonomía aristotélica de los regímenes políticos, que es la demagogia. Por otro lado explica que aunque estos Nomoi no fueron definidos con exactitud por los griegos, se entiende que son el conjunto de leyes que fundamentaban la vida comunitaria y el orden de una sociedad y que para no corromper la democracia legal se colocan por encima de la voluntad del pueblo.

Los Nomoi que se implementaron en la democracia ateniense tenían relación íntima con una serie de leyes que provenían de la costumbre y de las tradiciones, que se referencian algunas veces en las tragedias griegas, como la Antígona de Sófocles²⁷. En dicha tragedia Antígona arguye que tiene el derecho a enterrar a su hermano Polinices a pesar de la prohibición decretada por Creonte, ya que existen unas leyes inveteradas e inmodificables -Nomoi- que

“no son de hoy ni son de ayer, sino que se encuentran en todos los tiempos y nadie sabe cuándo aparecieron”.

5.1.3. El problema lógico de las limitaciones del poder democrático se vuelve a presentar en la época de las revoluciones burguesas y el surgimiento del primer constitucionalismo en donde el abate Sieyès, en su clásico opúsculo *¿Qué es el tercer Estado?*, crearía la diferenciación entre poder constituyente y poder constituyente constituido. Dice Sieyès que mientras el poder constituyente estaría sometido a una serie de limitaciones propias de su función²⁸, el poder de reforma o poder constituyente constituido estará sometido a los elementos formales y estructurales establecidos en la Constitución por el poder originario.

5.1.5. En este período de crisis del constitucionalismo democrático autores como Hermann Heller y Gustav Radbruch se cuestionaron si el poder de reforma constitucional es ilimitado y si puede llegar incluso a destruir o sustituir aquellos elementos estructurales de cada Constitución en particular y del concepto de Constitución en general. Heller en un escrito de 1931 titulado “Metas y límites de una reforma a la Constitución alemana”²⁹, propone que no se debe prescindir jamás de la legitimidad democrática, pero que tampoco se prive “bajo ninguna circunstancia” de la legalidad del Estado de derecho que se fundamenta en la Constitución.

Por su parte Radbruch en un texto titulado “Relativismo y derecho”³⁰ establecería que la democracia se debe proteger a sí misma y por ende no puede a través de la regla de la mayoría y los métodos de elección llegar a suprimirse. Igualmente con la diferenciación entre los conceptos de arbitrariedad legal y derecho suprallegal, establece que existe más allá de las leyes una serie de presupuestos generales del derecho como los principios de no retroactividad y de generalidad de la ley, el principio de no contradicción intrínseca de las normas, la claridad, la publicidad, y elementos propios de la democracia como la división de poderes, la alternancia del poder, la protección de los derechos fundamentales y la igualdad ante la ley, que no pueden ser suprimidos a través de los mecanismos de reforma a la Constitución, ya que ésta se destruiría y se convertiría en un régimen que produciría normas arbitrarias o extremadamente injustas que no podrían ser consideradas desde el punto de vista material como derecho³¹.

5.1.6. Esta serie de reflexiones teóricas fueron retomadas una vez terminada la Segunda

Guerra Mundial, en donde se cuestionó la idea de la democracia como el poder de la mayoría, para establecer que ésta significa el poder de la mayoría, pero con el respeto de los derechos de la minoría y los más vulnerables a través de la salvaguarda de los derechos fundamentales. De este modo se empiezan a fortalecer los tribunales constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad de las leyes que puedan limitar dichos derechos y a establecer acciones directas para la protección o tutela de los derechos fundamentales de las personas. Así mismo, en los países en donde se habían utilizado los mecanismos de reforma a la Constitución para destruir el sistema democrático mismo, como el caso de Alemania e Italia, se empezaron a establecer cláusulas de intangibilidad expresas, en donde se introdujeron límites formales al poder de revisión relacionado con el respeto del principio democrático y el principio de la dignidad de la persona humana³².

5.1.7. Del mismo modo en este período se empieza a consolidar una nueva teoría del derecho constitucional que se puede ejemplificar en autores como Karl Loewenstein, que a finales de los años cincuenta en su libro “Teoría de la Constitución”, afirma que: “la clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de las instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder”³³. Este mismo autor subraya que: “Siendo la naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o los detentadores del poder sean capaces, por autolimitación voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y a sí mismos del trágico abuso de poder”³⁴.

5.1.8. Contemporáneamente autores como Jon Elster en “Ulises y las Sirenas”, y Stephen Holmes en “Precompromisos y la paradoja de la democracia”, sostienen que la Constitución funciona como un precompromiso o límite a la misma democracia, ya que ésta se encuentra atada a elementos estructurales del concepto mismo de Constitución como los derechos fundamentales o la idea sustancial de democracia. Esto llevaría a plantear una cuestión difícil (puzzle) dentro del constitucionalismo, expuesta por Elster a través de un pasaje de la Odisea, en donde Ulises se ata a un mástil de su barco y se llena los oídos con cera para no caer en los cantos de las Sirenas que lo llevarían a su propia muerte. La Constitución sería ese mástil en que se ata la propia democracia, para que ésta no se destruya a partir de sus propias reglas y se convierta en un poder suicida o que permita su propia destrucción.

5.1.9. Igualmente autores como Daryl L. Levinson y Lawrence G. Sager se plantean qué pasaría si la mayoría parlamentaria de un gobierno popular decide acabar con los derechos de la minoría o con los elementos de la democracia misma. Para Levinson la Constitución se debe convertir en una forma de autorrestricción de la propia democracia, siguiendo la idea de Madison de una democracia limitada a través del pacto constitucional y esta sería la manera de diferenciar la democracia, eminentemente mayoritaria, democracia de aclamación y democracia de opinión, con la democracia constitucional³⁵. Por su parte Lawrence Sager considera que no es plausible el argumento de que en una democracia la Constitución pertenezca al pueblo, y no el pueblo a la Constitución³⁶.

5.1.10. Teniendo en cuenta esta doctrina en donde se establece el paso de la democracia de mayorías a la democracia constitucional y que resuelve la tensión entre el principio democrático y el principio de supremacía constitucional, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que se constituye en un vicio de forma que el órgano de reforma ejerza funciones del órgano constituyente y suplante de este modo su competencia confundiendo en un mismo órgano la potestad de reforma con la potestad constituyente. En la Sentencia C- 551 de 2003 se estableció que los límites competenciales del poder de reforma constitucional son en primer lugar (i) aquellos principios y valores que identifican a la Constitución de 1991; y en segundo término (ii) aquellos elementos del bloque de constitucionalidad que son axiales o consustanciales a ésta.

5.1.11. Estos dos elementos (i) principios y valores consustanciales a la Constitución y (ii) elementos que surjan del bloque de constitucionalidad que la identifican son los límites competenciales del poder de revisión que están en cabeza del Congreso de la República cuando se trata de la reforma ordinaria mediante Acto Legislativo (artículo 375), del Congreso con la ratificación del pueblo cuando se trata de referendos (artículo 378), y del Congreso con ratificación popular cuando se trata de una convocatoria a una Asamblea Constituyente para la reforma (Artículo 376)³⁷.

5.1.12. Del mismo en la Sentencia C-551 de 2003³⁸, se estableció específicamente que el poder de reforma no puede sustituir, derogar, suprimir o reemplazar la Constitución vigente por otra integralmente diferente y que la Corte Constitucional tiene la facultad de revisar si el poder de revisión so pretexto de la reforma rebasó o excedió sus competencias abrogándose potestades propias del poder constituyente.

5.1.13. En el fundamento jurídico 39 de dicha jurisprudencia se dijo que, “Aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad...”³⁹.

5.1.14. Del mismo modo la Corte Constitucional ha sostenido a lo largo de su jurisprudencia sobre el tema, que dicha forma de control es un análisis formal y no material, ya que de lo que se trata es de revisar si el órgano de reforma se abrogó competencias propias del órgano constituyente o si se mantuvo dentro de los límites de sus facultades. No obstante lo anterior la Corte ha hecho hincapié en que en este caso, y para verificar si la labor del constituyente primario fue suplantada por el órgano de reforma, se tiene que analizar el contenido de la reforma constitucional para comprobar de este modo si el órgano de revisión no rebasó o se extralimitó en sus competencias. Por este hecho el juicio de sustitución de la Constitución se ha convertido en un análisis de constitucionalidad complejo ya que si bien es cierto que de lo que se trata es de verificar si se cometió un vicio de forma relacionado con la competencia, en últimas para realizar dicha comprobación se tiene que revisar el contenido de cada una de las reformas constitucionales para de este modo verificar si el órgano de revisión en el ejercicio de su potestad no excedió o superó sus competencias.

5.1.15. Por otro lado aunque la Corte hasta ahora no ha delimitado de manera estricta cuáles son aquellos principios o valores consustanciales a la Constitución o aquellos elementos del bloque de constitucionalidad que no pueden ser sustituidos o derogados por el poder de reforma, sí ha venido estableciendo a través del análisis de cada caso concreto, cuáles son aquellos elementos que pueden entenderse como axiales o consustanciales a la Constitución de 1991 y que de derogarse o suprimirse integralmente supondrían un cambio o sustitución de la Constitución por otra diferente.

5.1.16. De este modo en las Sentencias C- 970 y C- 971 de 2004 se dispuso que el principio de separación de poderes era un elemento consustancial o axial de la Constitución de 1991

que no podría derogarse, cambiarse o eliminarse íntegramente⁴⁰ ya que al hacerlo el poder de reforma se abrogaría competencias propias del poder constituyente que no le eran propias constituyéndose de este modo un vicio de competencia de carácter insubsanable.

5.1.17. Del mismo modo en la Sentencia C- 1040 de 2005⁴¹ que resolvió la demanda de inconstitucionalidad de la totalidad del Acto Legislativo No 2 de 2004, que daba lugar a la posibilidad de la reelección inmediata del Presidente de la República por una sola vez, y la expedición de una ley de garantías electorales para garantizar el principio de igualdad a los demás candidatos, se estableció que la sustitución de la Constitución se presentaba cuando, “...un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente”. En esta ocasión encontró la Corte que el párrafo transitorio del artículo 4º del Acto Legislativo, que establecía que si en un plazo de dos meses el Congreso no dictaba la ley de garantías electorales se le daba potestades al Consejo de Estado para que lo hiciera⁴², sustituía o eliminaba integralmente el principio de separación de poderes que como se había establecido en las Sentencias C- 970 y C- 971 de 2004 era un elemento consustancial o identificador de la Constitución de 1991 que no podían ser limitado por el poder de revisión⁴³. En esta ocasión la Corte declaró la inconstitucionalidad de una reforma a la Constitución por falta de competencia del órgano reformador ya que conferir competencias legislativas a un órgano jurisdiccional – el Consejo de Estado – daba lugar a un cambio o sustitución de la Constitución de 1991 por otra integralmente diferente subvirtiendo de esta manera el poder de reforma constitucional al abrogarse competencias del poder constituyente originario.

5.1.18. Por otra parte en la Sentencia C-757 de 2008⁴⁴ que resolvió la demanda de inconstitucionalidad por sustitución del Acto Legislativo No 1 de 2007, sobre la ampliación de la moción de censura a los superintendentes y directores de los departamentos administrativos, y la posibilidad de citar a sesiones a estos funcionarios para efectuar el control político, so pena de ser sancionados con la moción, la Corte conoció de la demanda pero dispuso que en este caso el principio de bicameralismo como expresión del principio de separación de poderes no estaba siendo sustituido por otro integralmente diferente⁴⁵.

5.1.19. Del mismo modo en la Sentencia C-588 de 2009⁴⁶ que resolvió el Acto Legislativo No 1 de 2008 que adicionaba al artículo 125 de la C.P un párrafo transitorio estableciendo que durante un tiempo de tres (3) años la Comisión Nacional de Servicio Civil implementaría mecanismos para que los servidores públicos en provisionalidad se inscribieran en la carrera sin necesidad del concurso⁴⁷, la Corte después de implementar el “Test de efectividad” estableció que el principio estructural de carrera administrativa, que contiene el principio de mérito o “meritocracia”, se había sustituido temporal y parcialmente abrogándose de este modo el poder de reforma competencias propias del poder constituyente⁴⁸. Del mismo modo se dijo en aquella Sentencia que dicha reforma había modificado de manera tácita, el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución⁴⁹.

5.1.20. Finalmente en la Sentencia C-141 de 2010⁵⁰, que estudió de manera automática y previa la Ley 1354 de 2009, que convocaba a un referendo constitucional que pretendía reformar la Constitución para posibilitar la reelección del Presidente de la República por una segunda vez, dijo la Corte que si dicho referendo se convocaba podían sustituirse pilares consustanciales a la Constitución de 1991 como la separación de poderes, la alternancia del poder, el control entre poderes o checks and balances y el principio de igualdad que se derivan del principio democrático consustancial a la Carta de 1991⁵¹.

5.1.21. En conclusión se tiene que decir que a partir de la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma y el paso de la democracia de mayorías a la democracia constitucional que resuelve la tensión entre el principio democrático y el de supremacía de la Constitución, la jurisprudencia de la Corte ha acogido que so pretexto de la reforma a la Constitución no se puede cambiar, derogar o sustituir una Constitución por otra. Igualmente, sobre la determinación de los principios estructurales de la Constitución se puede decir que aunque la Corte Constitucional no ha establecido de manera directa y detallada a través de su jurisprudencia cuáles son los principios y valores consustanciales a ésta que no pueden ser sustituidos por el poder de reforma, a partir del análisis puntual de las reformas a la Constitución que ha tenido bajo su estudio en casos particulares, ha concluido hasta el momento que dichos principios o valores que identifican la Constitución de 1991 son los siguientes: (i) separación de poderes, (ii) carrera administrativa, meritocracia (iii) igualdad, (iv) bicameralismo, (v) principio democrático, (vi) alternancia del poder y (vii) control entre los poderes o checks and balances. Del mismo modo se tiene que decir, para examinar si el Congreso al ejercer el poder de reforma incurrió o no en un vicio de competencia, el

parámetro de control de constitucionalidad está conformado por las disposiciones del Título XIII de la Constitución, que configura una limitación competencial del poder de revisión, por lo que, so pretexto de la reforma, el constituyente derivado o secundario no puede sustituir al Carta, porque, en tal caso, asume funciones propias del constituyente originario o primario.

5.2. Test de inconstitucionalidad por sustitución y test de la efectividad para solucionar las demandas contra actos reformativos de la Constitución por vicios competenciales del poder de reforma

5.2.1. La Corte Constitucional desde las Sentencias C- 970 y C- 971 de 2004 ha establecido un test de razonabilidad para conocer si so pretexto de la reforma constitucional el órgano de revisión se abrogó competencias del órgano constituyente. En dichas sentencias se expone la metodología que debe seguir el juez constitucional para determinar si el poder de reforma constitucional fue subvertido o alterado convirtiéndose en poder constituyente so pretexto de la revisión constitucional. Sobre esta metodología o juicio de sustitución dijo la Corte que, “no se trata, en tales eventos, de un examen de fondo en torno al contenido del acto reformativo de la Constitución, sino de un juicio sobre la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma”⁵².

5.2.2. Teniendo en cuenta lo anterior estableció que la Corte debe analizar si el órgano que expidió la reforma era competente para hacerlo y por ende debe verificar como premisa mayor “... los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo”, ya que ello permite establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado. Sobre esta primera parte de la metodología de la sustitución señaló la Corte en la Sentencia C- 970 de 2004 que se trata de verificar un enunciado específico y “no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad”.

5.2.3. Por otra parte y en segundo lugar, la Corte estableció que la metodología de la sustitución de la Constitución supone a su vez el análisis de la premisa menor que consiste en analizar el contenido del acto reformativo “para establecer cuál es su alcance jurídico, en

relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control”.

5.2.4. Finalmente señaló la Corte en dicha Sentencia que al contrastar la premisa mayor con la premisa menor se debe concluir el análisis de inconstitucionalidad con una premisa de síntesis en donde a la Corte le corresponde verificar en su juicio de constitucionalidad “...si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente...”⁵³. Este último juicio que hace parte del test de la sustitución de la Constitución tiene como finalidad determinar si con la reforma a la Constitución sometida al análisis de la Corte se ha incurrido por parte del poder de revisión en un vicio de competencia.

5.2.5. Por otra parte y a partir de estas tres premisas la Corte elaboró una metodología más extensa del test de sustitución que tiene como finalidad establecer una mayor exigencia para los demandantes al momento de presentar una acusación contra una reforma a la Constitución por vicios competenciales del poder de revisión. Sobre el particular se dijo en la Sentencia C- 1040 de 2005 que se tienen que verificar siete elementos en el análisis de las demandas de inconstitucionalidad por límites competenciales del poder de reforma y estableció que:

“El método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto. Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, – para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por

la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro -no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior...”⁵⁵.

5.2.6. Del mismo modo se dijo que en el análisis de la inconstitucionalidad por sustitución de un valor o principio consustancial a la Constitución se debe tener en cuenta que esta “(...) no está específicamente plasmado en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad”. Finalmente se estableció que en el estudio de constitucionalidad de una reforma a la Constitución se debe “verificar el resultado” que lleve a la conclusión de que “como el elemento esencial definitorio ha sido remplazado por otro opuesto o integralmente diferente, no es posible armonizar la reforma constitucional con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible, para lo cual el bloque de constitucionalidad es especialmente relevante”⁵⁶.

5.2.7. Finalmente sobre la metodología de la sustitución se dijo en la Sentencia C- 141 de 2010 que, “Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución del juicio de intangibilidad y del juicio de violación de un contenido material de la Constitución, consisten en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad”. En el mismo sentido se estableció en dicha sentencia que, “(...) el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni se verifica si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad-, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles”. Del mismo modo en esta jurisprudencia se estableció que el concepto de sustitución de la Constitución “no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido a la Corporación sentar unas premisas a partir de las cuales

avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional”⁵⁷.

5.2.8. Por otra parte se debe resaltar que el juicio o metodología de la sustitución en donde se verifica como premisa mayor el principio o valor que se considera sustituido, se compara como premisa menor con el principio o valor sustituido y se concluye como premisa de síntesis si la Constitución fue sustituida, derogada o subvertida por otra integralmente diferente así sea parcial y temporalmente, se complementa con el llamado “Test de la Efectividad”. Este test o metodología fue concebido como una nueva forma de análisis racional que se debe tener en cuenta por parte del juez constitucional para el estudio de las reformas constitucionales cuando estas son demandadas por sustitución o cuando el juez en su control automático y previo tiene que hacer dicho control⁵⁸.

5.2.9. El test de la efectividad fue propuesto en la Sentencia C- 588 de 2009 y tiene como objetivo verificar si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, “...entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular”. En dicha sentencia se explicó que de lo que se trata de impedir con esta metodología es que a través de la reforma a la Constitución se establezcan normas “puramente singulares o adoptadas exclusivamente para ser aplicadas a unos sujetos determinados y concretos”. En este sentido se indicó que las normas de carácter ad-hoc dirigidas a favorecer, o en su caso a desmejorar, las condiciones de un grupo específico de personas, violarían el presupuesto de generalidad o universalidad que deben tener los preceptos constitucionales⁵⁹.

5.2.10. Del mismo modo se estableció que debido a la finalidad de la Constitución de tener una compilación en un cuerpo completo de normas, se proscriben las modificaciones tácitas o de imposible, difícil o dudoso conocimiento, “...lo que a su vez implica la clara identificación de los textos que mediante los especiales procedimientos son sometidos a modificación y que, efectivamente, se produzcan transformaciones a tal punto verificables que la certeza acerca de aquello que rige, en la cima del ordenamiento y como Derecho superior del Estado, aflore con facilidad, acompañe la variación y sea prenda de garantía de la seguridad jurídica”.

5.2.11. Finalmente se concluyó en dicha Sentencia respecto al “Test de la efectividad” que dicha metodología tiene como objetivo verificar: (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma; (ii) de impedir normas ad-hoc de carácter particular o singular aplicadas a unos sujetos determinados ya que se violaría el presupuesto de generalidad o universalidad que deben tener las normas constitucionales⁶⁰; y por último (iii) que debido a la finalidad de la Constitución de tener una compilación en un cuerpo completo de normas, se proscriben las modificaciones tácitas o de imposible, difícil o dudoso conocimiento que hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la Constitución.

5.2.12. Por otra parte se debe destacar que después de realizar un análisis pormenorizado de la jurisprudencia constitucional que se ha establecido sobre los límites competenciales al poder de reforma en la Sentencia C- 574 de 2011⁶¹ se sintetizaron los siguientes presupuestos que debe tener en cuenta la Corte para el análisis de las demandas contra reformas constitucionales por vicios competenciales o de sustitución:

1. Que por tratarse de una demanda por un vicio formal relacionada con la competencia, la Corte tiene que verificar que no se haya sobrepasado el término de caducidad de un año establecido en los artículos 242.3 e inciso final del artículo 379 de la C.P, y que la competencia en el análisis de la demanda estará únicamente determinada por los cargos establecidos en ella.

2. Que el juicio de sustitución no es un juicio de intangibilidad ni tampoco un juicio de un contenido material de la Constitución, ya que el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario, ni verificar si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad. Por tal razón, la Corte debe comprobar que este elemento esencial es irreductible a un artículo de la Constitución o un límite material intocable por el poder de reforma, lo cual supone evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte.

3. Que el concepto de sustitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido sentar unas premisas

para avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. En este sentido se trata de un control de tipo inductivo y no deductivo, porque la Corte analizará en cada caso concreto si el principio estructural fue sustituido, pero al mismo tiempo el precedente en torno a la definición del principio servirá para resolver si se presentó o no la sustitución de la Constitución en casos posteriores.

4. Que la sustitución de la Constitución puede ser total, parcial, temporal o definitiva. En todos los casos se debe analizar si la sustitución es de tal magnitud que se ha producido un cambio o reemplazo de la Constitución existente.

5. Que para determinar si la Constitución fue sustituida por otra -parcial, total, transitoria o permanentemente- se debe realizar el llamado 'juicio o metodología de la sustitución' que está compuesto de tres premisas. En primer lugar la Premisa mayor (i) en donde se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución; en segundo término la Premisa menor (ii) en donde se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, finalmente, la Premisa de síntesis (iii) en donde se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles.

6. Que para la verificación del cumplimiento de la Premisa mayor, la Corte debe comprobar a través de una lectura transversal e integral de la Constitución de 1991, si dicho elemento que se establece como sustituido es un elemento estructural o axial de la Constitución. Este elemento estructural puede estar reflejado o contenido en varios artículos de la Constitución o en elementos del bloque de constitucionalidad, que se pueden determinar a través del análisis histórico o sistemático de la Constitución. Para construir dicha premisa es necesario para el demandante en su acción y para la Corte en su estudio: (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada.

7. Que mediante el llamado test de la eficacia el juez constitucional puede comprobar: (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una

decisión política singular, (ii) que el cambio no dio lugar a que se establecieran normas ad hoc o particulares, y (iii) que no se hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la Constitución.

8. Teniendo en cuenta lo anterior se puede afirmar que dentro de la clasificación de los límites al poder de reforma constitucional, la Corte Constitucional a través de la teoría de la inconstitucionalidad por sustitución ha reconocido que existen unos límites intrínsecos al poder de reforma, ya que estos se encuentran reflejados en la Constitución misma o en los elementos del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, estos límites intrínsecos al poder de reforma no deben confundirse con elementos intangibles ni inmanentes, como en las Constituciones que establecen cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas, ya que el análisis de sustitución que se realiza a través de la metodología planteada en la jurisprudencia descrita tiene como finalidad comprobar que se produjo evidentemente una sustitución de la Constitución so pretexto de la reforma. Esta sustitución como se ha dicho, puede ser total, parcial, temporal o permanente y se refiere a principios estructurales o axiales que hacen parte de la arquitectura constitucional de la Constitución de 1991.

5.2.13. En conclusión sobre este punto se puede establecer que para verificar si el poder de reforma ha superado los límites competenciales del poder de revisión y si se ha producido la llamada inconstitucionalidad por sustitución, la Corte debe realizar un análisis pormenorizado de los cargos de inconstitucionalidad utilizando el test o metodología de la sustitución y cuando sea el caso el “test de la efectividad” para establecer si con la modificación constitucional se subvirtió la potestad del poder de reforma para revisar o modificar la Constitución.

Se reitera que el juicio de sustitución de la Constitución tiene por objeto evaluar la constitucionalidad de un Acto Legislativo, lo cual comporta la confrontación entre lo modificado y la Carta anterior, no para determinar si hay diferencias, que siempre las habrá, sino para establecer si, en realidad, se produjo un reemplazo de un eje axial del ordenamiento superior o de principios provenientes del bloque de constitucionalidad. Sobre este punto hay que subrayar que la sustitución es un reemplazo de la Constitución e implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra completamente distinta, ya que cuando se produce la sustitución se incorpora a la Constitución un nuevo elemento que reemplaza originalmente

al adoptado por el Constituyente. Como quedo visto para establecer si se ha presentado o no una sustitución de la Constitución, es necesario tener en cuenta los principios y valores vertebrales que la Constitución contiene, así como aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma mediante la comparación de un artículo reformativo con una regla, norma o principio constitucional, sino para determinar si los principios estructurales anteriores y los introducidos opuestos o integralmente diferentes resultan incompatibles.

Del mismo modo y como se ha dicho anteriormente, se debe tener en cuenta que desde la Sentencia C- 588 de 2009 se ha establecido el “test de efectividad”, en donde se dijo que “es la esencia de una regla o de una norma tener una pretensión mínima de universalidad, esto es, debe tratarse de una regulación expedida para regular un conjunto de situaciones que son iguales en sus aspectos relevantes” y no de una regla puramente ad hoc, es decir, mínimamente singular o adoptada exclusivamente para ser aplicada a unos sujetos determinados y concretos. En el siguiente apartado la Corte analizará cada uno de los cargos propuestos por los demandantes para verificar si el Acto Legislativo No 4 de 2011 sustituyó, cambió o derogó uno de los principios o valores consustanciales de la Constitución de 1991 y si se trata de una reforma que no cumple con los presupuestos de generalidad y universalidad que deben tener las normas constitucionales como lo proponen los demandantes.

6. Verificación de si el Acto Legislativo No 4 de 2011 sustituyó el principio de carrera administrativa, mérito e igualdad y si dicha reforma no cumplió con el “test de efectividad” sobre los presupuestos de generalidad y universalidad que deben contener las normas constitucionales

En este apartado estudiará la Corte en primer lugar (6.1) si el Acto Legislativo No 4 de 2011 “Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia” sustituyó principios consustanciales a la Constitución relacionados con la carrera administrativa para el acceso, permanencia y ascenso en los cargos públicos que contiene el principio de mérito o “meritocracia” y el principio de igualdad. En dicho punto se utilizará la metodología o test de la sustitución analizada anteriormente. Del mismo modo, y en segundo lugar (6.2) analizará la Corte si la reforma demandada no cumplió con los presupuestos propios del “Test de efectividad” y si como dicen los demandantes se estableció una reforma

temporal y particular que favoreció a un grupo especial de personas que son destinatarios únicamente de éstas normas. Finalmente (6.3) la Corte verificará si con la presente reforma constitucional se vulneró la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 243 de la Constitución que establece que, “Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

6.1. Los principios de carrera administrativa, de concurso público, de mérito y de igualdad como principios consustanciales a la Constitución y el test de sustitución aplicado al caso concreto

6.1.1. Como se explicó anteriormente la Corte Constitucional en la Sentencia C- 588 de 2009 resolvió que el Acto Legislativo No 1 de 2008 que disponía que los empleados en provisionalidad se inscribieran de manera automática sin necesidad de concurso era inconstitucional ya que dicha reforma sustituía temporalmente el principio consustancial de carrera administrativa con sus componentes de mérito, concurso público e igualdad.

6.1.2. En dicha ocasión dijo la Corte que, “dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, la carrera administrativa es un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución, cuando se la desconoce en conjunto con otras garantías constitucionales”.

6.1.3. En otras palabras dispuso la Corte en aquella ocasión que, la carrera administrativa, con sus componentes de concurso público, de mérito y de igualdad de oportunidades para acceder, permanecer y ascender a los cargos públicos, “no constituye un referente aislado, pues sus relaciones con distintos preceptos y postulados constitucionales se despliegan en tres órdenes, relativos al cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al respeto del principio de igualdad, de manera que la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución y su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta adoptada en 1991”⁶².

6.1.4. De otra parte se estableció que en el caso concreto “La mención de una inscripción ‘extraordinaria’, prevista en el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008, llama la atención

sobre la existencia de un régimen ordinario que deja de aplicarse y que es el régimen de carrera establecido en el artículo 125 de la Constitución que tiene carácter de principio constitucional y de regla general que sólo admite las salvedades contempladas en su propio texto e impone interpretarlas restrictivamente, introduciéndose así una excepción al régimen general de carrera administrativa, distinta de la que claramente surge del contenido del artículo 125 superior, excepción que afecta algunos otros elementos del régimen de carrera, al igual que suspende efectos de algunas disposiciones superiores, sin que dicha suspensión se encuentre prevista en una regulación legal-constitucional, lo cual es susceptible de configurar una nueva forma de sustitución de la carta, además de propiciar modificaciones tácitas con menoscabo del status constitucionalmente reconocido y asegurado a todos los asociados, sin distinción”.

6.1.5. En el mismo sentido se dijo en dicha jurisprudencia que,

“De conformidad con la interpretación realizada por la Corte Constitucional, la carrera administrativa se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde, siendo en consecuencia el mérito el factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general. Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, que el Constituyente previó como mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa, constituyéndose el concurso en un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impedir que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios subjetivos e irrazonables. La jurisprudencia constitucional, también ha manifestado que se quebranta la igualdad cuando se permite el acceso automático a la carrera administrativa, esto es, cuando a determinadas personas se les autoriza el ingreso a la carrera sin necesidad de pasar por un proceso orientado a valorar sus capacidades o méritos y con fundamento en la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera, y se quebranta por cuanto no tienen adquirido un derecho de ingreso a la carrera, ni siquiera por el simple hecho de haber ejercido el cargo por un periodo largo de tiempo”.

6.1.6. Teniendo en cuenta lo anterior pasa la Corte a realizar el juicio de sustitución en el caso concreto para determinar si el Acto Legislativo No 4 de 2011 sustituyó, derogó o eliminó temporal y parcialmente la Constitución de 1991 en sus principios estructurales de carrera administrativa, mérito, carrera e igualdad.

6.1.7. Como se ha venido analizando los demandantes establecen como Premisa Mayor en la determinación del principio constitucional sustituido que la carrera administrativa y sus componentes de concurso público, de mérito e igualdad de oportunidades constituye un principio constitucional esencial que no puede ser sustituido parcial y temporalmente por el poder de revisión. Explican que la Constitución de 1991 establece como principio general en materia de ingreso a los cargos de carrera y el ascenso de los mismos la carrera administrativa y el concurso, para de esta manera determinar los méritos y calidades de los aspirantes⁶³.

6.1.8. Como quedó dicho en la Sentencia C- 588 de 2009 se especificó que así se trate del régimen general o de los regímenes especiales o específicos, la carrera administrativa busca asegurar finalidades superiores, "...dentro de las que se cuentan el reclutamiento de 'un personal óptimo y capacitado para desarrollar la función pública⁶⁴, la realización de los principios de eficiencia y eficacia, así como el principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiren a acceder al ejercicio de un cargo o función pública, la dotación de una planta de personal que preste sus servicios de acuerdo con los requerimientos del interés general y la estabilidad laboral de los servidores, siempre que obtengan resultados positivos en la ejecución de esos fines"⁶⁵.

6.1.9. Del mismo modo se dijo en dicha sentencia que la Constitución de 1991 ha reconocido el principio constitucional de carrera administrativa y que dicho principio se encuentra contenido en artículos constitucionales como el 125⁶⁶, el 209⁶⁷, el 130⁶⁸ y el numeral 10º del artículo 268⁶⁹. En el mismo sentido se dijo que dicho principio se constituye en un elemento transversal que estructura y caracteriza a la Constitución de 1991 como un elemento axial y definitorio. Por otra parte hay que tener en cuenta que en la jurisprudencia constitucional se ha puntualizado que existe "una relación intrínseca" entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, "la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales, ni podrá ser desarrollada con base en los principios de

igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”⁷⁰.

6.1.10. Por otra parte, como se dijo en la misma Sentencia, existe una relación intrínseca entre la carrera administrativa y la preservación y vigencia de algunos derechos de las personas como el consagrado en el numeral 7º del artículo 40 de la C.P. que permite el desempeño de funciones y cargos públicos acogiéndose el ciudadano a las reglas del concurso público con sujeción a los méritos y calidades propios⁷¹.

6.1.11. Igualmente se ha tenido en cuenta dicho principio estructural para indicar que la carrera administrativa contribuye a asegurar la protección de los derechos de los trabajadores pues, “las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos ‘derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado’⁷², 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’⁷³ y con la posibilidad de obtener capacitación profesional, así como ‘los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados’”⁷⁴.

6.1.12. De otra parte el principio de carrera administrativa tiene una relación directa con el principio de igualdad ya que cuando se trata del ingreso, permanencia o ascenso en los cargos públicos se deben establecer fórmulas de evaluación que propicien el establecimiento de requisitos que apliquen para todos los aspirantes en paridad de condiciones. Como se estableció en la Sentencia C-1256 de 2005⁷⁵, “de nada serviría permitir que todas las personas que cumplen con los requisitos del cargo participen en el concurso para su provisión, si a todos no se les evalúa igual”.

6.1.13. Del mismo modo y con relación a la vinculación entre estos dos principios se dijo en la Sentencia C- 588 de 2009 que el acceso a la carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la igualdad, “...que se opone al establecimiento de ‘requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y la capacidad de los aspirantes’, pues en tal evento, se erigirían ‘barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales’”.

6.1.14. En este mismo sentido se ha dicho que para garantizar el principio estructural de la carrera administrativa y sus elementos consustanciales de mérito e igualdad se prohíbe,

“...prever condiciones que impiden la determinación objetiva del mérito de cada concursante, de incluir ítems de evaluación cuya aplicación proceda para algunos concursantes y no para todos, de disponer distintos criterios para evaluar a los aspirantes vinculados a la respectiva entidad y a los que no lo están y de establecer una regulación más restrictiva para el ingreso a la carrera que la prevista para el ascenso de la misma”⁷⁶.

6.1.15. En conclusión, se puede decir que la premisa mayor del test o metodología de la inconstitucionalidad por sustitución se cumple en el caso concreto, ya que como establecen los demandantes la carrera administrativa y sus componentes de mérito e igualdad son principios estructurales de la Constitución de 1991 que no pueden ser sustituidos, derogados o suprimidos por el poder de revisión. Como quedó visto el principio de carrera administrativa se relaciona con el mérito, el concurso público y la igualdad de condiciones para el acceso, permanencia y ascenso a los cargos públicos. Este principio estructural o axial que identifica la Constitución de 1991 tiene como finalidad garantizar la selección del personal fundado en la evaluación que determine la capacidad e idoneidad del aspirante y de esta manera evitar que se provean los cargos públicos por elementos subjetivos e irrazonables. Por ende, la carrera administrativa, el mérito, el concurso público y la igualdad conforman un eje definitorio de la identidad de la Constitución y su ausencia o eliminación trastocaría y afectaría contenidos relevantes de la Carta de 1991.

6.1.16. En cuanto al cumplimiento de la Premisa menor la Corte Constitucional ha establecido que de lo que se trata en esta parte de la metodología del juicio de sustitución es de analizar el contenido del acto reformativo de la Constitución demandado para establecer “cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificatorios de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado parámetros normativos de control” para analizar “si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente”.

6.1.17. En el caso concreto los demandantes alegan que el Acto Legislativo No 4 de 2011 sustituye parcial y temporalmente la Constitución de 1991 en su principio estructural de carrera administrativa ya que se remplazaron los principios de carrera administrativa, mérito, concurso público e igualdad por otros criterios opuestos como “la experiencia o la duración en el ejercicio del cargo”.

6.1.18. Así mismo explican que el principio de carrera administrativa se ve sustituido parcial

y temporalmente ya que “al establecer una homologación de distintos aspectos en el proceso de concurso público que comporta una discriminación a favor sólo de quienes ejercen cargos de carrera en calidad de provisionales o de encargo, siempre y cuando los estuviesen ejerciendo, además al 31 de diciembre de 2010, y de funcionarios de carrera que estén en encargo por más de tres años ininterrumpidos en un cargo vacante definitivamente y que hayan obtenido calificación de sobresaliente”, da lugar a un trato discriminatorio que reciben los ciudadanos que aspiren a ejercer tales cargos de carrera ocupados en provisionalidad o en encargo, quienes se hallarán en desventaja frente a los beneficiarios del acto legislativo, esto es, de quienes los ocupan.

6.1.19. Para los demandantes el Acto Legislativo No 4 de 2011 que establece que con el fin de determinar las calidades de los aspirantes a ingresar y actualizar los cargos de carrera, la Comisión Nacional de Servicio Civil homologará y otorgará puntajes adicionales por la experiencia y estudios de postgrado a quienes en la actualidad estén ocupando el cargo en calidad de provisionales o en encargo, sustituye de manera temporal y parcial la Constitución de 1991, en el principio estructural de carrera administrativa y sus componentes de concurso público, mérito o “meritocracia” e igualdad.

6.1.20. Las razones que aducen para comprobar que se cumple la premisa menor en el juicio de constitucionalidad por sustitución se derivan en que con este Acto Legislativo se puede llegar a vulnerar el principio general de carrera administrativa y sus elementos consustanciales de concurso público, mérito e igualdad, ya que se está estableciendo una reforma temporal y parcial para proteger a un grupo de personas a los que se les otorga mayor puntaje por el mero hecho de la permanencia evadiendo de este modo las condiciones establecidas por el constituyente primario para acceder, permanecer y ascender en la carrera administrativa.

6.1.21. Finalmente la Premisa de síntesis se refiere a que en esta parte del juicio la Corte “compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes al punto de que resulten incompatibles”. De lo que se trata en esta última etapa del juicio es de dar respuesta al problema jurídico planteado por los demandantes de si el Acto Legislativo No 4 de 2011, sustituye la Constitución al eliminar, derogar, remplazar o subvertir el principio de carrera administrativa y sus elementos consustanciales de mérito, concurso público e igualdad.

6.1.22. Sobre este punto estima la Corte que de acuerdo al contenido del Acto Legislativo No 4 de 2011 se puede llegar a la conclusión de que dicho principio fue sustituido parcial y temporalmente con la reforma, ya que se establece que para determinar las calidades de los aspirantes a ingresar y actualizar a los cargos de carrera se tendrá en cuenta además de las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso, criterios adicionales como la permanencia en el cargo y estudios adicionales a los requeridos para ejercer el empleo público.

6.1.23. Como quedó dicho anteriormente, el Acto Legislativo demandado establece que “5 o más años de servicio” otorga 70 puntos en la calificación. Del mismo modo que los estudios de especialización darán lugar a tres (3) puntos por título de especialización, seis (6) puntos por título de maestría, y diez (10) puntos por título de doctorado. Adicionalmente se establece que para el nivel técnico y asistencial, los estudios adicionales se tomarán por las horas totales debidamente certificadas así: de 50 a 100 horas 3 puntos, de 101 a 150 horas seis puntos de 151 o más horas 10 puntos.

6.1.24. Aunque se puede establecer que en este caso se está valorando para el ingreso al cargo público no solamente la permanencia en el cargo, sino también los estudios de postgrado como especialización, maestría y doctorado, en este caso se constata que se otorga un puntaje mucho mayor que equivale a setenta (70) puntos para los empleados en provisionalidad o en encargo que haya permanecido cinco (5) o más años de servicio dando lugar a una valoración injustificada y desproporcionada de la permanencia en el cargo.

6.1.25. En conclusión una vez realizado el test o metodología de la sustitución en su premisa mayor, premisa menor y premisa de síntesis, comprueba la Corte que con el Acto Legislativo No 4 de 2011 se está sustituyendo parcial y temporalmente el principio de carrera administrativa y sus elementos que lo componen de mérito e igualdad, ya que con dicha reforma se otorga un puntaje adicional por el solo hecho de la permanencia y los estudios adicionales. Este puntaje adicional sustituye el principio estructural de la carrera administrativa ya que en este caso la selección del personal no se funda solamente en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante, sino en otros criterios que harían nugatorio que el proceso de selección a los cargos públicos se realice en condiciones de igualdad. Reitera la Corte que la carrera administrativa tiene un vínculo estrecho con el concurso público ya que los sistemas de evaluación del personal garantizan

la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar y asumir las funciones propias de su cargo, e impedir de este modo que prevalezca la arbitrariedad del nominador o criterios subjetivos o irrazonables para la selección del personal.

6.2. La prohibición de reformas de contenido particular y temporal y la aplicación del “Test de efectividad” en el caso concreto

6.2.1. Como quedó dicho anteriormente⁷⁷, la Corte Constitucional estableció en la Sentencia C-588 de 2009 que el test de efectividad tiene como finalidad verificar en primer lugar (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma; en segundo término (ii) de impedir normas ad-hoc de carácter particular o singular que se aplicará a determinados sujetos o grupos de personas, y en tercer término (iii) que debido a la finalidad de la Constitución de tener una compilación en un cuerpo completo de normas, se prohíben las reformas indirectas a la Constitución que conlleven modificaciones de dudoso, difícil o imposible conocimiento que hayan reformado principios estructurales de la Constitución de manera tácita, dando lugar al “fraude de la Constitución”⁷⁸.

6.2.2. Se comprueba que el Acto Legislativo No 4 de 2011 se adiciona con un artículo transitorio que modifica de manera parcial y temporal los criterios de carrera administrativa, mérito e igualdad establecidos en el artículo 125 de la C.P. Como quedó dicho al aplicar el test o metodología de la sustitución se comprobó que el principio estructural de carrera administrativa se ve sustituido temporal y parcialmente por otro integralmente diferente, ya que se establecen elementos adicionales de valoración en los concursos como la permanencia o los estudios de postgrado.

6.2.3. De otra parte el establecimiento por parte del órgano reformador de una norma transitoria dirigida a regular la situación particular de los servidores públicos que actualmente ocupan cargos de carrera en calidad de provisionales o en encargo, con el propósito de otorgar un mayor puntaje por el hecho de la permanencia o los estudios adicionales va en contra del test de efectividad de las reformas constitucionales, ya que están estableciendo normas constitucionales ad-hoc o de carácter particular que benefician a un grupo especial de personas, en este caso a los empleados de provisionalidad que a 31 de diciembre de 2010 tengan cinco (5) o más años de servicio, a los cuales se les otorga setenta (70) puntos en la homologación del concurso por el hecho de la permanencia. En

virtud de esta homologación, los servidores que logren acreditar experiencia o estudios adicionales, no tendrían que realizar la prueba de conocimiento, lo que rompe abiertamente con el principio de igualdad de oportunidades para acceder a los cargos públicos.

6.2.4. Igualmente en el caso concreto si bien puede aducirse que el precepto parte de reconocer la exigencia de realización de un concurso para acceder a dichos cargos y no contempla la incorporación automática a la carrera administrativa, lo cierto es que a los empleados provisionales o en encargo se les reconoce un privilegio, una ventaja frente a los demás aspirantes, quebrantando sustancialmente el principio de igualdad y el mérito real inherente a todo concurso público.

6.2.5. Por otra parte se comprueba que la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No 4 de 2011 rompe con el postulado del test de la eficacia de impedir las modificaciones constitucionales tácitas, ya que bajo la apariencia de respetar la regla axial de la carrera administrativa en realidad se establecen ventajas a los servidores públicos que se encuentran en situación de provisionalidad o en encargo, desvirtuando de este modo los principios de igualdad de condiciones para acceder a los cargos públicos contenido por ejemplo en los artículos 125, 209, 130 y numeral décimo del artículo 268 de la C.P.

6.2.6. Así mismo se comprueba que con dicho Acto Legislativo se estarían sustituyendo los principios de mérito e igualdad para el ingreso, permanencia y ascenso sin que se aprecie una justificación constitucionalmente legítima para otorgar dicho privilegio. A juicio de la Corte, la permitida homologación de la prueba de conocimientos por experiencia o estudios adicionales, coloca en una desventaja evidente a los demás concursantes, más aún cuando a los servidores en provisionalidad o encargo, por el sólo hecho de tener cinco (5) o más años de servicio -no se señala que en el mismo cargo- se les otorga una calificación de setenta (70) puntos, lo cual desarticula temporalmente el sistema de carrera administrativa e impone un contenido normativo que desconoce abiertamente el postulado vertebral de carrera administrativa establecido en la Constitución.

6.2.7. En conclusión sobre este punto la Corte estima que con la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No 4 de 2011 se presenta la violación de los postulados del “test de la eficacia”, ya que se está presentando una reforma temporal de carácter ad- hoc o particular que beneficiaría de manera injustificada a un grupo de personas, los empleados en

provisionalidad o en encargo, a quienes se les otorga un puntaje adicional que homologarán para el concurso. Al mismo tiempo comprueba la Corte que se estaría presentando una reforma que tácitamente anularía de manera temporal artículos constitucionales como los artículos 125, 209, 130 y numeral décimo del artículo 268 de la C.P. en donde se encuentra reflejado el principio estructural de la carrera administrativa, del concurso, del mérito y de la igualdad. Finalmente se constata que con el Acto Legislativo No 4 de 2011 el Congreso de la República quebrantó un principio axial de la Constitución, sustituyéndolo temporalmente por uno integralmente diferente, con el único propósito de imponer una decisión particular que desnaturaliza el poder de reforma constitucional dando lugar a una ruptura o quiebre temporal o incidental de la Constitución de 1991⁷⁹ que produce un fraude a la Constitución.

6.3. La violación de la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 243 de reproducir el contenido de un acto jurídico declarado inexecutable

6.3.1. Para los demandantes el Acto Legislativo No 04 de 2011 tiene relevancia particular, porque se evidencia que dicha modificación constitucional tiene materialmente el mismo contenido que el Acto Legislativo No 1 de 2008 que fue declarado inconstitucional a través de la Sentencia C-588 de 2009 y por tanto violaría el artículo 243 de la C.P. que prohíbe “reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

6.3.2. Del mismo modo aducen que en este caso se configura la cosa juzgada constitucional de carácter material pues de acuerdo a la Sentencia C- 311 de 2002,

“De conformidad [con] el inciso segundo del artículo 243 de la Carta Política, para determinar si se esta (sic) en presencia del fenómeno de la cosa juzgada material, es preciso examinar cuatro elementos: 1) Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexecutable. 2) Que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca ya que el contenido material del texto demandado es igual a aquel que fue declarado inexecutable. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido

normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción. 3) Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la 'reproducción' haya sido declarado inconstitucional por 'razones de fondo', lo cual significa que la ratio decidendi de la inexequibilidad no debe haber reposado en un vicio de forma. 4) Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexequibilidad. Cuando estos cuatro elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, en consecuencia, la norma reproducida, también debe ser declarada inexequible por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues éste limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental”

6.3.3. En este sentido compete a la Corte estudiar si en el caso concreto se produjo la violación del artículo 243 de la C.P. y si de acuerdo a la jurisprudencia citada, en este caso se está violando la cosa juzgada material respecto a la Sentencia C- 588 de 2009. Sobre este punto la Corte ha determinado que cuando se han producido demandas de inconstitucionalidad por los mismos cargos de una reforma a la Constitución que ha sido declarada como inconstitucional por vicios de forma relacionados con la competencia del órgano reformador – límites competenciales del poder de reforma o inconstitucionalidad por sustitución – opera o se configura el efecto de cosa juzgada constitucional y por este hecho no se podría reproducir por parte de ninguna autoridad el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo⁸⁰.

6.3.4. Igualmente la Corte Constitucional ha establecido el criterio de cosa juzgada material⁸¹ que consiste en que la disposición acusada “tiene un contenido normativo idéntico al de otro artículo sobre el cual la Corte ya ha emitido pronunciamiento, por lo que los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de éste serían totalmente aplicables en el segundo caso y la decisión que habría que adoptarse sería la misma que se tomó en la Sentencia anterior”⁸².

6.3.5. Por otra parte se debe tener en cuenta que una vez se haya tomado una decisión de inconstitucionalidad o constitucionalidad de una norma ésta decisión tiene el carácter de fuerza vinculante. En este sentido se han venido creando dentro de la jurisprudencia y la doctrina técnicas de interpretación y de comprensión de la jurisprudencia como fuente del

derecho, como la teoría sobre el precedente constitucional, la vinculatoriedad horizontal y vertical a éste, y la verificación de si la vinculación por parte de las instancias jurídicas inferiores fue acertada o no mediante las subreglas del derecho viviente⁸³.

6.3.6. Por otra parte se evidencia que a través de la técnica de la reforma constitucional se puede presentar el caso en que mediante una reforma a la Constitución se pueden llegar a contradecir, neutralizar o reversar fallos jurisprudenciales que se han realizado sobre leyes. Respecto a esta problemática la doctrina no ha sido muy profusa y sólo se han establecido algunos estudios relacionados con la rigidez de la Constitución y su posibilidad de reforma.

6.3.7. Por ejemplo, desde la perspectiva de la rigidez constitucional Ferreres Comellas⁸⁴ considera que la flexibilidad o la rigidez de las Constituciones depende no solamente de si se establecen sistemas procedimentales mucho más rigurosos en la Constitución para posibilitar la reforma que lo diferencie de la aprobación de la ley, como estableciera Bryce en su estudio sobre Constituciones rígidas y flexibles⁸⁵, sino que se debe tener en cuenta el sistema político y la organización de los partidos políticos y el sistema de mayorías en el Congreso. Sobre esta relación entre mayorías en el Congreso y la posibilidad de reforma indica Ferreres que en cuanto más disciplinados sean los partidos, y cuanto más arraigada esté la cultura de la coalición (como ocurre en las llamadas “democracias consociativas”), tanto más fácil será satisfacer la exigencia de alcanzar una supermayoría parlamentaria necesaria para la reforma constitucional⁸⁶.

6.3.8. Del mismo modo explica este autor, que al tener las mayorías necesarias, algunos Parlamentos han aprobado con rango constitucional normas sobre materias ordinarias que tienen un contenido material de ley, con la finalidad de “inmunizar” esas normas frente al control judicial. Ferreres expone el caso de Austria en donde no ha sido gravoso obtener el apoyo del 2/3 del Parlamento para reformar la Constitución, especialmente durante los períodos de “gran coalición” gubernamental, en donde se evidencia la práctica de dotar de rango constitucional a normas que deberían haberse aprobado a través de leyes ordinarias⁸⁷.

6.3.9. Igualmente expone que otra forma de eludir o neutralizar el control de constitucionalidad de las leyes, es establecer con detalle aspectos que tendrían que tener rango legal, para concretar de este modo en la Constitución la interpretación de un principio

o regla constitucional. Del mismo modo se evidencia la práctica de algunos países en los que el Congreso, como respuesta a un fallo de inconstitucionalidad de una norma legal, decida mediante la técnica de la reforma constitucional aprobar la misma legislación invalidada como norma de rango constitucional, defraudando de esta manera la potestad de control que tienen las Cortes y Tribunales Constitucionales.

6.3.10. Para ejemplificar dicha posibilidad Ferreres indica que en Francia se presentaron en los años noventa, dos reformas constitucionales que tuvieron como objetivos neutralizar decisiones del Consejo Constitucional que habían invalidado leyes ordinarias: la reforma del 25 de noviembre de 1993 (en materia de asilo), que responde a la Sentencia de 12-13 de agosto de 1993, y la reforma de 8 de julio de 1999 (sobre cuotas femeninas en las elecciones), que responde a la Sentencia de 14 de enero de 1999 (así como a la del 18 de noviembre de 1982). En Irlanda la decimoséptima enmienda, de 17 de septiembre de 1997, se adoptó como reacción a la Sentencia de la Corte Suprema en el caso Attorney General v. Hamilton (1993), que había sostenido que las deliberaciones del gobierno estaban absolutamente protegidas por el secreto. Por otro lado, la reforma (aprobada por referéndum el 30 de octubre de 1997), modificó el artículo 28, e introdujo dos excepciones a este principio de reserva⁸⁸. Del mismo modo expone que en Estados Unidos recientemente, se propuso una enmienda (que no prosperó) para contrarrestar el precedente *United States v. Eichman*, 11 S.Ct.2402 (1990), decisión por la que la Corte protegió la quema de la bandera nacional como ejercicio de la libertad de expresión⁸⁹.

6.3.11. Teniendo en cuenta los ejemplos dados por Ferreres, considera la Corte que la práctica de otorgar rango constitucional a las leyes declaradas inconstitucionales para así inmunizarlas o neutralizarlas del control de constitucionalidad de las leyes, evidencia nuevamente la tensión entre el principio democrático y el de supremacía de la Constitución. Igualmente se constata que hay una confrontación entre dos formas de democracia: la democracia de mayorías y la democracia constitucional.

6.3.12. Como se ha venido exponiendo, existen en la Constitución colombiana una serie de principios estructurales que no pueden ser sustituidos, eliminados, remplazados o derogados so pretexto de la reforma. Del mismo modo la Corte ha establecido a lo largo de la jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad por sustitución que dichos principios son intrínsecos, es decir, que no son principios materiales, ni tampoco deben ser entendidos

como cláusulas de intangibilidad o elementos materiales insustituibles.

6.3.13. La Constitución de 1991 ha sido reformada en poco más de veinte años de existencia en más de 30 ocasiones. Esta posibilidad de mutabilidad constante del pacto constituyente refleja dos problemas: en primer lugar, el llamado fetichismo hacia las leyes y en este caso hacia la Constitución, en donde a través de la modificación constitucional se pretende solucionar los problemas más acuciantes de nuestra sociedad, y, en segundo lugar, que existe una relativa facilidad de aprobar reformas constitucionales en Colombia, haciendo que la Constitución colombiana puede ser clasificada de flexible⁹⁰.

6.3.14. Teniendo en cuenta que dicha práctica se puede utilizar para reversar, neutralizar o ir en contra de decisiones de constitucionalidad sobre leyes, evidencia la Corte que se puede llegar a relativizar la potestad de control de constitucionalidad. Sobre esta posibilidad la Corte debe tener en cuenta dos posibilidades: (i) en primer lugar cuando se trata de una norma constitucional que reproduce el contenido de una reforma constitucional que ha sido declarada previamente como inconstitucional por vicios competenciales del poder de revisión. En este caso la Corte podrá utilizar el efecto de cosa juzgada formal y material para establecer nuevamente la inconstitucionalidad de la reforma. En segundo lugar (ii) cuando el legislador reproduce mediante una reforma constitucional el contenido de una norma legal declarada previamente como inconstitucional. En este caso el principio de cosa juzgada se relativiza ya que la jerarquía de la disposición normativa varía de legal a constitucional.

6.3.15. Considera la Corte que la utilización de la reforma constitucional para neutralizar, reversar o ir en contra de decisiones jurisprudenciales sobre leyes, no puede llegar a ser de tal magnitud que genere un fraude a la Constitución que haga nugatoria la potestad de control de constitucionalidad que tiene la Corte. Es decir, que el poder de revisión no puede ser utilizado para evadir el control de constitucionalidad de las leyes, estableciendo como normas constitucionales el contenido de leyes que previamente hayan sido declaradas como inconstitucionales. Para la Corte esta práctica puede llegar a generar un fraude a la Constitución en su principio estructural de la supremacía y el control de constitucionalidad de las leyes y será un elemento a tener en cuenta en el “test de efectividad”.

6.3.16. En el caso concreto le corresponde a la Corte verificar si el Acto Legislativo No 1 de 2008 tiene el mismo contenido normativo que el Acto Legislativo No 4 de 2011 y así

establecer si en el presente caso se presentó la cosa juzgada material que alegan los demandantes. Para realizar dicha verificación se expondrá en el siguiente cuadro el contenido de los Actos legislativos:

Acto Legislativo No 1 de 2008

Acto Legislativo No 4 de 2011

“ARTICULO 1º. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así: Párrafo Transitorio. Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción. Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente párrafo. La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa. Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular”.

“DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. Adiciónese un artículo transitorio a la Constitución Política, así

5 o más años de servicio

70 puntos

La experiencia homologada, no se tendrá en cuenta para la prueba de análisis de antecedentes.

Los estudios adicionales, a los requeridos para el ejercicio del cargo, otorgarán un puntaje así:

1. Título de especialización 3 puntos
2. Título de maestría 6 puntos
3. Título de doctorado 10 puntos

Para el nivel técnico y asistencial, los estudios adicionales se tomarán por las horas totales debidamente certificadas así:

1. De 50 a 100 horas 3 puntos
2. De 101 a 150 horas 6 puntos
3. De 151 o más horas 10 puntos

Los puntajes reconocidos por calidades académicas, no serán acumulables entre sí.

Agotada esta etapa de homologación, el empleado provisional o en encargo cumplirá lo establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, esto es, el análisis comportamental, lo que finalmente posibilitará la cuantificación del puntaje y su ubicación en la lista de elegibles.

Para que opere esta homologación, el servidor público debe haber estado ejerciendo el empleo en provisionalidad o en encargo al 31 de diciembre de 2010 y cumplir con las calidades y requisitos exigidos en la Convocatoria del respectivo concurso.

La Comisión Nacional del Servicio Civil y quien haga sus veces en otros sistemas de carrera expedirán los actos administrativos necesarios tendientes a dar cumplimiento a lo establecido en el presente acto legislativo.

Para los empleados que se encuentren inscritos en carrera administrativa y que a la fecha estén ocupando en encargo por más de tres (3) años de manera ininterrumpida un cargo que se encuentre vacante definitivamente, y que hayan obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año, al momento de realizar los concursos respectivos se le calificará con la misma tabla establecida en el presente artículo transitorio.

Quedan exceptuados los procesos de selección para jueces y magistrados que se surtan en desarrollo del numeral 1 del artículo 256 de la Constitución Política, relativo a la carrera judicial y docentes y directivos docentes oficiales.

ARTÍCULO 2o. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación”.

6.3.17. Como se puede evidenciar aunque los dos actos legislativos son normas transitorias que tienen como finalidad regular la situación particular de los servidores públicos que actualmente ocupan cargos de carrera en calidad de provisionales o en encargo, no tienen un contenido idéntico y por ende no se puede aplicar el efecto de cosa juzgada material, ni tampoco la prohibición del inciso segundo del artículo 243 de la C.P. en el sentido de que ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo.

6.3.18. En efecto, se evidencia por parte de la Corte que mientras el Acto Legislativo No 1 de 2008 establece que, “Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional de Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de la publicación de la Ley 909 de 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera”; en el Acto Legislativo No 4 de 2011 se establece que, “...la Comisión Nacional del Servicio Civil, homologará las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público, preservando el principio de mérito, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo”. Es decir que mientras en el caso del Acto Legislativo No 1 de 2008 se establece la inscripción automática de los empleados en provisionalidad o en encargo que cumplan con las condiciones referidas, en el caso del Acto Legislativo No 4 de 2011 se establece un sistema de homologación mediante puntajes adicionales por la experiencia y la permanencia y los estudios realizados.

6.3.19. 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.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

1. Declarar INEXEQUIBLE el Acto Legislativo 4 de 2011.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con Salvamento de Voto

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con Aclaración de Voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con Salvamento de Voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con Salvamento de Voto

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

A LA SENTENCIA C-249/12

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO REFORMATARIO DE LA CONSTITUCION-Competencia de la Corte Constitucional solo por vicios de procedimiento o de forma (Salvamento de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR VICIOS DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Implicaciones negativas de su ejercicio (Salvamento de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO REFORMATARIO DE LA CONSTITUCION-Tesis de los vicios de sustitución conlleva a un control material del acto reformativo que desborda el alcance de la competencia de la Corte (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION CUALQUIERA QUE SEA SU ORIGEN-Alcance de la expresión “sólo por vicios de procedimiento en su formación” (Salvamento de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Extensión del examen a los vicios de competencia supone una nueva categoría (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION CUALQUIERA QUE SEA SU ORIGEN-Extensión del alcance significa desnaturalizar el concepto de vicios de competencia y darle el significado de vicios de contenido (Salvamento de voto)

PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION POR EL CONGRESO-Alcance (Salvamento de voto)

PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION POR EL CONGRESO-Límites (Salvamento de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Al arrogarse la función de determinar los elementos definitorios identificadores de la Constitución, transformó el ordenamiento constitucional colombiano en un orden cerrado (Salvamento de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO REFORMATARIO POR VICIOS DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Desconoce el poder de reforma previsto en la misma Constitución

(Salvamento de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-En tanto poder constituido no puede oponerse a la voluntad del poder constituyente expresada en los términos señalados por la Constitución (Salvamento de voto)

VICIOS DE COMPETENCIA DE LOS ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION Y CONTROL DE SUSTITUCION-Razones en que se fundamenta la disidencia de la tesis de la Corte Constitucional (Salvamento de voto)

Las razones por las cuales me aparto de la tesis de los vicios de competencia y del control de sustitución, son las siguientes: (i) es una tesis contraria al tenor del artículo 241.1 constitucional y a cualquier criterio de interpretación que se emplee para establecer el alcance de este enunciado normativo; (ii) es una tesis que incurre en numerosas contradicciones internas al pretender negar presupuesto esencial, esto es, el control material de los actos reformativos de la Constitución; (iii) implica adoptar un concepto material de Constitución, que en definitiva sería aquel defendido por las mayorías al interior de la Corte Constitucional; (iv) implica que la Corte Constitucional se aparte de los cánones del control jurídico y adopte un modelo de control político e ideológico; (v) significa una desvalorización del poder de reforma a la Constitución y en definitiva puede conducir a una petrificación del ordenamiento constitucional y (vi) supone alterar el principio de soberanía popular.

MODIFICACION DEL REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA FUNCION PUBLICA-Es transversal a la Constitución Política (Salvamento de voto)

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO SOBRE MODIFICACION DEL REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA FUNCION PUBLICA-Implica un desbordamiento de las competencias de la Corte Constitucional (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-8673, D-8679 Y D-8680 (acumulados)

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 04 de 2011,

“Por medio del cual se incorpora un

Política de Colombia”.

Actores: Miguel Ángel González Ocampo, Giovanni Alexander Gutiérrez Rodríguez y Rafael Cañón González.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito adelantar una breve exposición de los motivos por los cuales me aparto de la argumentación y decisión adoptada por la Sala Plena, que justifican la suscripción de un salvamento de voto respecto de la sentencia de la referencia.

i. Contenido de la sentencia

La objeción de inconstitucionalidad expuesta en la demanda interpuesta fue la siguiente: El Congreso de la República excedió su competencia constitucional para reformar la Constitución con la expedición del Acto

Legislativo No. 04 de 2011, por cuanto desconoce principios o ejes

constitucionales en los que se fundamenta la Carta de 1991,

específicamente: (i) el principio de mérito como definitorio de la

vinculación y permanencia en la función pública; (ii) el principio de

igualdad; y (iii) la vocación de permanencia de los preceptos

constitucionales, a partir de lo cual se configura un vicio de competencia por sustitución de la Constitución de 1991.

Teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 04 de 2011 fue acusado en su totalidad, a continuación se hace la transcripción del mismo conforme a su publicación en el Diario Oficial 48.123 de 7 de julio de 2011:

ACTO LEGISLATIVO 4 DE 2011

(Julio 7)

ARTÍCULO 10. Adiciónese un artículo transitorio a la Constitución Política, así:

Artículo transitorio. Con el fin de determinar las calidades de los aspirantes a ingresar y actualizar a los cargos de carrera, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, de quienes en la actualidad los están ocupando en calidad de provisionales o en encargo, la Comisión Nacional del Servicio Civil, homologará las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público,

preservando el principio del mérito, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo, para lo cual se calificará de la siguiente manera:

5 o más años de servicio: 70 puntos

La experiencia homologada, no se tendrá en cuenta para la prueba de análisis de antecedentes.

Los estudios adicionales, a los requeridos para el ejercicio del cargo, otorgarán un puntaje así:

1. Título de especialización 3 puntos
2. Título de maestría 6 puntos
3. Título de doctorado 10 puntos

Para el nivel técnico y asistencial, los estudios adicionales se tomarán por las horas totales debidamente certificadas así:

1. De 50 a 100 horas 3 puntos
2. De 101 a 150 horas 6 puntos

3. De 151 o más horas 10 puntos

Los puntajes reconocidos por calidades académicas, no serán acumulables entre sí.

Agotada esta etapa de homologación, el empleado provisional o en encargo cumplirá lo establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, esto es, el análisis comportamental, lo que finalmente posibilitará la cuantificación del puntaje y su ubicación en la lista de elegibles.

Para que opere esta homologación, el servidor público debe haber estado ejerciendo el empleo en provisionalidad o en encargo al 31 de diciembre de 2010 y cumplir con las calidades y requisitos exigidos en la Convocatoria del respectivo concurso.

La Comisión Nacional del Servicio Civil y quien haga sus veces en otros sistemas de carrera expedirán los actos administrativos necesarios tendientes a dar cumplimiento a lo establecido en el presente acto legislativo.

Para los empleados que se encuentren inscritos en carrera administrativa y que a la fecha estén ocupando en encargo por más de tres (3) años de manera ininterrumpida un cargo que se encuentre vacante definitivamente, y que hayan obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año, al momento de realizar los concursos respectivos se le calificará con la misma tabla establecida en el presente artículo transitorio.

Quedan exceptuados los procesos de selección para jueces y magistrados que se surtan en desarrollo del numeral 1 del artículo 256 de la Constitución Política, relativo a la carrera judicial y docentes y directivos docentes oficiales.

ARTÍCULO 2°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.

fundamental y definitorio de la Carta, referido al logro de los fines del

Estado Social de Derecho y los principios de la función pública y

administrativa.

A su vez, manifiestan que el Acto Legislativo de la referencia atenta

contra el principio constitucional transversal de igualdad al “establecer

una homologación de distintos aspectos en el proceso del concurso

público que comporta una discriminación a favor sólo de quienes ejercen cargos de carrera en calidad de provisionales o de encargo siempre y cuando los estuviesen ejerciendo, además al 31 de diciembre de 2010, y de funcionarios de carrera que estén en encargo por más de tres años ininterrumpidos en un cargo vacante definitivamente y que hayan obtenido calificación sobresaliente”, situación que implica un

tratamiento discriminatorio hacía aquellos ciudadanos que aspiren a

ejercer cargos de carrera ocupados en provisionalidad o en encargo,

quienes se encontrarán en desventaja frente a quienes los ocupan.

Finalmente, los demandados coinciden en afirmar que el Acto Legislativo 04 de 2011 desconoció el precedente establecido en la Sentencia C-588 de 2009 que se ocupó de examinar la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2008, cuyos propósitos eran los mismos del presente Acto Legislativo objeto de estudio, dado que “establecía condiciones relacionadas a la provisionalidad de la función pública”. En consecuencia, debe darse aplicación del artículo 243 de la Constitución, según el cual “ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

En la resolución del presente asunto la Corte reafirmó su competencia

para examinar si el Congreso de la República, al ejercer el poder de

reforma, incurrió o no en un vicio de competencia, confirmando la

posición mayoritaria de la Corporación que permite la posibilidad de

estudiar los Actos Legislativos por vicios de sustitución de la

Constitución. Al respecto, reiteró que el juicio de sustitución de la

Constitución tiene por objeto evaluar la constitucionalidad de un Acto Legislativo, lo cual comporta la confrontación entre lo modificado y la Carta anterior, no para determinar si hay diferencias, que siempre las de ese núcleo inmodificable.

De acuerdo con los cargos invocados por los accionantes en el presente proceso, esta Corporación constató que el artículo transitorio introducido en la Carta Política por el Acto Legislativo 04 de 2011, comporta una

sustitución parcial y temporal de la Constitución y, por lo mismo, implica un exceso del Congreso de la República en el ejercicio de su competencia para reformar el estatuto constitucional. Así, como ya lo estableció de manera contundente en la sentencia C-588/09, “dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, la carrera administrativa es un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución, cuando se la desconoce en conjunto con otras garantías constitucionales”. En otras palabras, la carrera administrativa, con sus componentes del mérito y la igualdad de oportunidades para acceder a los cargos públicos, “no constituye un referente aislado, pues sus relaciones con distintos preceptos y postulados constitucionales se despliegan en tres órdenes, relativos al cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al respeto del principio de igualdad, de manera que la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución y su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta adoptada en 1991”.

Así pues, la Corte consideró que a partir del Acto Legislativo 04 de 2011 que adiciona un artículo transitorio a la Constitución, se impacta en tal grado los principios del mérito y la igualdad de oportunidades,

consustanciales al principio estructural de la carrera administrativa, que comporta sin duda, una sustitución de la Constitución Ahora, si bien puede aducirse que el precepto parte de reconocer la exigencia de realización de un concurso para acceder a dichos cargos y no contempla la incorporación automática a la carrera administrativa, lo cierto es que a los empleados provisionales o en encargo se les reconoce un privilegio, una ventaja frente a los demás aspirantes, quebrantando sustancialmente el principio de igualdad y el mérito real inherente a todo concurso público.

Por consiguiente, la Corte Constitucional procedió a declarar la inexecutable del Acto Legislativo 04 de 2011

ii. Motivos del Salvamento de Voto.

La jurisprudencia mayoritaria de esta Corporación permite la posibilidad de estudiar los Actos Legislativos por vicios de sustitución de la Constitución. Sin embargo, las razones que sustentan mi salvamento de voto radican en la precariedad argumentativa de la tesis de la Corte que paso a demostrar, por cuanto no comparto el argumento referente a la facultad de la Corte Constitucional para estudiar los cargos sobre vicios de competencia de los actos reformativos de la Constitución, por lo que a mi juicio, esta Corporación debió declararse inhibida para estudiar acusaciones de esa naturaleza.

De manera preliminar, cabe adelantar que la postura jurisprudencial de conformidad con la cual esta Corporación es competente para examinar

vicios de competencia de los actos reformativos de la Constitución, sienta alarmantes precedentes en materia del alcance de las atribuciones de la Corte Constitucional, de los cuales me aparto. En efecto, dicha tesis tiene, entre otras, las siguientes consecuencias:

(i) supone introducir elementos restrictivos del concepto y alcance de la soberanía popular, (ii) implica un cambio radical y profundo en el concepto de constitución, al avanzar hacia el concepto de constitución material, (iii) desconoce el contenido textual o, literal de diversos preceptos constitucionales, (iv) en definitiva el concepto de vicios de competencia es la “forma” ideada por la posición mayoritaria para justificar un control material o de “fondo” de las reformas constitucionales.

La jurisprudencia constitucional colombiana acuñó el término de vicios de competencia para referirse a cierto tipo de defectos en el procedimiento de formación de un acto con fuerza material de ley que excedían el ámbito meramente formal y pasaban a proyectarse sobre el contenido material de las normas. Según la jurisprudencia mayoritaria de esta Corporación, este tipo de irregularidades suponen un desbordamiento de la competencia durante la formación de las leyes, las cuales por su entidad se transustancian y cambian su naturaleza de vicios formales a vicios materiales.

Ahora bien, el artículo 241.7 de la Carta establece que la Corte

Constitucional es competente para conocer de las demandas contra los

actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por los vicios de procedimiento en su formación. En este sentido, si bien en definitiva es el intérprete quien decide cuando está ante un caso difícil que requiere un esfuerzo hermenéutico o, si se quiere, cuando hay que precisar la textura abierta del lenguaje normativo, el ejercicio de esta facultad no puede confundirse con la práctica de un decisionismo voluntarista que desconozca el tenor literal de los textos jurídicos. La labor creadora del intérprete, incluso cuando se trata de la Corte Constitucional, tiene unos límites precisos en el texto del precepto constitucional objeto de aplicación judicial y a todas luces la teoría de los vicios de

competencia de los actos reformativos de la Constitución, defendida por la mayoría de esta Corporación, constituye un exceso que desborda cualquier posibilidad hermenéutica del artículo 241 constitucional y que raya en los límites del más puro decisionismo.

El artículo 241 constitucional hace parte de la Constitución orgánica

colombiana y específicamente el conjunto de enunciados normativos que lo integran tiene la estructura de reglas de competencia'; pues fijan las distintas atribuciones de la Corte Constitucional como órgano encargado de velar por la integridad de la Carta Política, por lo tanto, su alcance y contenido puede ser precisado con ayuda de la interpretación gramatical.

El numeral 1 de la disposición en comento textualmente dice:

I. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que

promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la

Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de

procedimiento en su formación (negritas y subrayas fuera del

texto).

Pues bien, lo que está en discusión es el alcance de la expresión sólo por

vicios de procedimiento en su formación, en lo que hace referencia al

control de los actos reformativos de la Carta. Si acudimos a la

interpretación gramatical, el adverbio sólo delimita todo el alcance del

enunciado normativo examinado, pues excluye cualquier otro defecto

distinto de los que constituyan vicios de procedimiento. Por consiguiente, extender este presupuesto para realizar un juicio sobre el contenido de la actuación, o sobre el resultado de un procedimiento de reforma, adelantado por el órgano que según la propia Constitución está autorizado para ello, significa desnaturalizar el concepto de vicios de competencia y

darle el significado de vicios de contenido.

En consecuencia, extender el alcance del control de los VICIOS de

procedimiento al examen material de los actos reformativos de la

Constitución supone una nueva categoría: la de los vicios de procedimiento “sustanciales”, engendro de peculiar naturaleza que engloba en su interior y de manera simultánea los dos tipos de vicios, de manera tal que las distinciones creadas por la doctrina y adoptadas por la Constitución perderían su razón de ser.

En definitiva, del análisis de los distintos criterios o argumentos

interpretativos se desprende que el sentido del artículo 241-1 es

inequívoco: se delimita negativamente la competencia de la Corte

Constitucional como poder constituido, en tanto no puede entrar a revisar el contenido material de los actos reformativos de la Constitución.

A pesar de lo anterior, la argumentación categórica a favor de la tesis del control material por vicios de competencia, es que el poder de reforma a la Constitución (cuando es ejercido por el Congreso de la República) es un poder limitado que no puede sustituir la creación del poder constituyente. Sin embargo, tal distinción parte de ignorar

deliberadamente que el poder de reforma a la Constitución es también un poder constituyente, llámese si se quiere constituido, derivado o limitado, pero en todo caso poder constituyente. Pues una vez instaurada una Constitución todo el ejercicio del poder constituyente es derivado o constituido, ya que debe operar dentro de los cauces o límites impuestos en el texto constitucional, incluso el pueblo colombiano -paradigma del poder constituyente- cuando actúa como poder de reforma a la Constitución vigente actúa como un poder constituyente derivado.

Se trata entonces nuevamente de una distinción artificiosa porque

cualquiera que sea la vía adoptada para reformar la Carta de 1991- trátese de un acto legislativo, de un referendo constitucional o de una asamblea nacional constituyente-

siempre será el ejercicio de un poder constituyente derivado sujeto a los límites procedimentales -no materiales- establecidos en la Constitución.

Según esta concepción, la Constitución no es tan sólo el conjunto de las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del

Estado, ni tampoco una ley de especiales características formales, sino que tales normas integran una Constitución sólo si en ellas se garantizan

determinados valores, aquellos supuestamente plasmados por el

Constituyente de 1991. Se trata, en consecuencia de una comprensión

valorativa de la Constitución que reproduce respecto de ésta la concepción valorativa del derecho, según la cual una norma sólo será jurídica si garantiza valores que se estiman ciertos y compartidos por la sociedad.

Adicionalmente, este concepto material de Constitución parte de un

supuesto errado, cual es el de definir la materia constitucional por su

importancia política o jurídica. El concepto material de Constitución no

permite identificar unas normas como constitucionales en todo tiempo y en todo lugar, sino que el carácter constitucional depende de cada

ordenamiento en concreto. Máxime en las constituciones modernas las

multiplicidad de materias que no revierten en absoluto la importancia y

fundamentalidad atribuible a las normas materialmente constitucionales.

Así pues, la metodología propuesta para el control de los vicios de

competencia confía a la Corte Constitucional la identificación del

contenido material de Constitución, pues al «construir la premisa mayor», al «determinar los

principios definitorios de la Constitución» y al «establecer los principios y valores que servirán como referentes del juicio de constitucionalidad», estaría determinando precisamente la materia que integra la Constitución. Además, la fijación de la Constitución material dependería en cada momento de la composición de la Corte Constitucional y de las mayorías a su interior, de manera tal que las reformas constitucionales tendrían que hacerse también desde el interior del órgano de control y no sólo por fuera de éste.

Interesa resaltar ahora que la Carta Política de 1991 es un orden

constitucional abierto, esta afirmación no sólo se demuestra por la

amplitud de los debates que tuvieron en el seno de la Asamblea Nacional

Constituyente y por heterogeneidad de sus integrantes, sino también

porque carece de cláusulas pétreas o de límites implícitos al poder de

reforma constitucional. Al arrogarse la Corte Constitucional la función de determinar los “elementos definitorios identificadores de la

Constitución”, los cuales se convierten en límites del poder de reforma,

transformó el ordenamiento constitucional colombiano en un orden

cerrado, en el cual están excluidas las discusiones -y por ende las

modificaciones- acerca de aquellos principios y valores que a juicio del

interprete constitucional hacen parte de ese núcleo inmodificable.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede terminar por conducir al poder constituyente al mismo atolladero vivido bajo los últimos días de la Constitución de 1886, cuando un ordenamiento constitucional cuestionado y rechazado por las mayorías se había convertido en irreformable por el único cauce previsto por la propia Constitución, lo que en definitiva no paralizó el movimiento que terminaría en la expedición de la Carta de 1991, pero si hizo que el proceso constituyente fuera mucho más difícil y siempre estuviera perseguido por la sombra de su propia inconstitucionalidad. En pocas palabras, la tesis de los

vicios de competencia defendida por la jurisprudencia reciente de esta Corporación demuestra un profundo desconocimiento de la reciente historia colombiana, pues conduce a la misma sin salida que ocasionó la anterior ruptura constitucional.

Así mismo, la distinción implícita en esa tesis al interior de las

disposiciones constitucionales entre los así llamados elementos

estructurantes y los restantes enunciados normativos conlleva

necesariamente a una diferencia jerárquica de los preceptos

constitucionales, según la cual aquellos que ostentan el carácter de

elementos estructurales o definitorios gozarían de una jerarquía superior,

edificada sobre su supuesto valor material superior. Por lo tanto se podría llegar a proponer o incluso aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de aquellas reformas constitucionales que no hayan sido objeto de control pero que según el parecer de la autoridad encargada de aplicada fueran contrarias a los elementos estructurantes de la Constitución de 1991. Entonces, la tesis de las antinomias constitucionales rechazada por la jurisprudencia de esta Corporación, tendría que ser aceptada pues habría la posibilidad de identificar al interior de la Carta misma disposiciones contrarias a sus supuestos elementos definitorios o estructurantes.

De lo anterior se concluye que el parámetro de validez de una reforma

constitucional no puede ser el ordenamiento constitucional previo,

precisamente porque en ese caso no habría reforma. En efecto, si

afirmamos que una reforma es válida sólo si respeta los límites fijados por el texto normativo anterior la modificación no tendría entidad jurídica propia pues en todo caso estaría sujeta a su conformidad con el texto previo. Por el contrario, si sostenemos que del sólo hecho de su nacimiento a la vida jurídica depende su validez cualquier referencia al parámetro normativo existente antes de su expedición carece de cualquier relevancia, en la medida que como hecho nuevo que ha surgido al mundo jurídico tiene fuerza normativa autónoma.

Esta es precisamente la paradoja que encierra la tesis de los VICIOS de

competencia, pues la eficacia normativa de la reforma y su validez estaría sujeta a su conformidad con los principios estructurantes del ordenamiento constitucional de 1991 -sin contar a su vez con que tales elementos estructurantes han podido ser modelados por reformas constitucionales posteriores- la Carta de 1991 -o mejor, la Corte Constitucional- fungiría como el rey que otorga la Constitución, en el ejemplo que nos propone Ross, pero que sin embargo conserva el poder de volver las cosas al Estado anterior.

Ahora bien, en la Constitución Colombiana de 1991 el Título XIII de la

Constitución regula los procedimientos de reforma. Tales procedimientos se reducen en el texto constitucional a tres: Reforma por el Congreso, la cual se denomina en nuestro ordenamiento acto legislativo; reforma mediante referendo constitucional y reforma mediante la convocatoria de una asamblea constituyente. Son estas tres vías o procedimientos los únicos establecidos para hacer cambios en el articulado constitucional, la mayor o menor intensidad en calidad o cantidad de los temas objeto de la reforma son irrelevantes para efectos del control de constitucionalidad, pues las enmiendas constitucionales son expresión de la voluntad del poder constituyente, y la Corte Constitucional en tanto poder constituido no puede oponerse a la voluntad del poder constituyente expresada en los

términos señalados por la Constitución misma.

Los mecanismos de reforma constitucional son procedimientos mediante

los cuales el poder constituyente originario (que originó la Constitución)

pretende conservar la titularidad del poder, esto es evitar que las decisiones esenciales que sirven de marco de convivencia de toda la sociedad, puedan ser modificadas por cauces o mayorías que al no ser las previstas por la Constitución misma, conlleven o conduzcan a una ruptura de los acuerdos esenciales que permiten que la sociedad y el Estado sean la expresión de acuerdos mínimos para la vida en paz, pero se trata de mínimos plasmados en el ordenamiento constitucional escrito y no puede llegarse a extremar el control hasta el punto de cerrar los cauces democráticos para que la sociedad pueda darse la organización

política que a bien tenga.

Como corolario lógico a la anterior argumentación, es preciso consignar que a mi juicio, en la sentencia C - 249 de 2012 la Corte Constitucional no podía pronunciarse sobre la reforma concerniente a la homologación de la experiencia por conocimientos el personal en provisionalidad y en encargo, en los puestos de carrera administrativa, por tratarse de aspectos materiales o de contenido que escapaban del alcance de su control y competencia, razón por la cual debió declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta.

En efecto, el tema relativo a la modificación del régimen de carrera

administrativa de la función pública en el Estado colombiano es transversal a nuestra Constitución, aún así, es tan esencial como los principios en los que se inspiró el Legislador para incorporar los mecanismos de reforma de la Constitución. Por consiguiente, la metodología propuesta en la sentencia C - 249 de 2012 es arriesgada, por cuanto, por un lado, ambas conclusiones son posibles y parten de lo obvio: el Acto Legislativo es una modificación de la Constitución, y en ese sentido, no hay diferencia cualitativa objetiva; y en segundo lugar, porque así como se privilegiaron los principios de igualdad, mérito y permanencia en la reforma del régimen de carrera administrativa, también se pudo justificar desde la aplicación del artículo 243 de la Constitución, conforme la cual el Congreso de la República no podía reproducir el contenido referido al establecimiento de condiciones relacionadas con la provisionalidad de la función pública, por cuanto dicha materia fue objeto de control en la Sentencia C-588 de 2008.

Ninguno de los resultados anteriores ostenta per se mayor grado de

corrección que el otro, ambos responden a perspectivas constitucionales válidas. De lo contrario, no sería posible reformar la Constitución.

Con todo lo anterior, un estudio del objeto de la presente demanda de inconstitucionalidad: la presunta existencia de un vicio de competencia por sustitución de la Constitución en la expedición del Acto Legislativo No. 04 de 2011, que modifica el régimen de carrera administrativa de la función pública, implica un desbordamiento de las competencias de la Corte Constitucional, por cuanto conlleva un control material de un Acto Legislativo,

interpretación contraria al tenor del artículo 241.1 constitucional que prevé el control sólo por vicios de procedimiento. Constituye, además, una desvalorización del poder de reforma a la Constitución, puesto que concibe la existencia de cláusulas pétreas en la Constitución de 1991, en desconocimiento del principio de soberanía popular que impulsó al constituyente de 1991 a consignar el poder de reforma constitucional. De ahí que, a mi juicio, esta Corporación ha debido declararse inhibida para estudiar acusaciones de esa naturaleza.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA

A LA SENTENCIA C-249/12

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO POR SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Incompetencia de la Corte Constitucional (Aclaración de voto)/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR VICIOS DE COMPETENCIA-Incompetencia de la Corte Constitucional (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO REFORMATARIO DE LA CONSTITUCION POR SUSTITUCION-Contradicciones de esta tesis (Aclaración de voto)

HOMOLOGACION DE PRUEBAS DE CONOCIMIENTO EN CONCURSO PUBLICO POR EXPERIENCIA Y ESTUDIOS ADICIONALES PARA CARGOS DE CARRERA-Afecta principios como la Carrera Administrativa, el mérito y la igualdad (Aclaración de voto)

ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2011-Regla adoptada afecta principios y fundamentos axiales de la Constitución en materia de Carrera Administrativa y burla decisión de la Corte Constitucional (Aclaración de voto)

La decisión de acompañar la declaratoria de inexequibilidad del Acto Legislativo 4 de 2011, radica en que considero que al aprobar esta reforma constitucional el Congreso de la

República lesionó gravemente principios y fundamentos que fueron definidos como elementos axiales de la Constitución de 1991, entre ellos el principio de la carrera administrativa y sus componentes de mérito e igualdad, lo que en su momento dio lugar a la declaratoria de inexequibilidad del Acto Legislativo 01 de 2008. Además, si bien la Corte consideró que la similitud de propósito y contenido existente entre los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011 no era tal como para afirmar que la expedición del segundo implicaba la reproducción de un acto declarado inexecutable, en los términos del 2º inciso del artículo 243 superior, es a mi juicio evidente que con su expedición se buscó burlar la postura entonces adoptada por la Corte, mediante la aprobación de una nueva regla de carácter constitucional, que pese a su distinto contenido textual implicaba la sensible afectación de principios tales como la carrera administrativa, el mérito y la igualdad.

Referencia: expedientes acumulados D-8673, D-8679 y D-8680

Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 04 de 2011, “Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia”.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, comedidamente me permito presentar las razones que explican mi parcial discrepancia con la sustentación a partir de la cual la mayoría de la Sala Plena adoptó, con mi participación y voto favorable, la decisión de declarar inexecutable el Acto Legislativo 04 de 2011.

La razón que motiva mi puntual desacuerdo con esta decisión es la necesidad de guardar coherencia con la posición que he sostenido desde mi ingreso a la Corte Constitucional, en el sentido de que esta corporación carece de facultades para pronunciarse sobre los llamados vicios de competencia, en que el Congreso de la República podría incurrir al aprobar una reforma constitucional que más que modificando la carta política la estuviere sustituyendo⁹¹, premisa que nuevamente, y por decisión mayoritaria de la Sala Plena, se erige en ratio decidendi de la importante determinación sobre la que aclaro voto.

Como lo expresé en otras oportunidades, he disentido de tan progresiva tesis, al considerar

que este tribunal no puede cumplir su función de guardar la integridad y supremacía de la Constitución Política asumiendo funciones distintas a las textualmente listadas en sus artículos 241 y 374 a 379, como ocurre precisamente con el control a los vicios de competencia, no enunciado expresamente dentro de las facultades de esta Corte.

También he señalado que el ejercicio de este tipo de control supone eventuales contradicciones internas, por ejemplo frente a la reiterada advertencia de que la Constitución no contiene cláusulas pétreas; da origen a situaciones inaceptables en las que el parámetro de control depende en gran medida de las percepciones del juez constitucional llamado a aplicarlo, e implica asumir la Constitución de 1991 como más rígida de lo que realmente es, con los problemas que esta percepción puede generar en torno a la supuesta imposibilidad de reformar el texto superior, cuando la ciudadanía estima que ello es oportuno e indispensable.

Sin perjuicio de lo anterior, he considerado ineludible acompañar la decisión de declarar inexecutable el Acto Legislativo 4 de 2011, pese a ser esta discutible doctrina el principal fundamento de esa resolución, por cuanto considero que al aprobar esta reforma constitucional el Congreso de la República lesionó gravemente principios y fundamentos que en una anterior decisión de esta corporación⁹² fueron definidos como elementos axiales de la Constitución de 1991, entre ellos el principio de la carrera administrativa y sus componentes de mérito e igualdad, lo que en su momento dio lugar a la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008.

En esta misma línea, si bien la Corte consideró, con razón, que la similitud de propósito y contenido existente entre los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011 no era tal como para afirmar que la expedición del segundo implicaba la reproducción de un acto declarado inexecutable, en los términos del 2° inciso del artículo 243 superior, es a mi juicio evidente que con su expedición se buscó burlar la postura entonces adoptada por la Corte, mediante la aprobación de una nueva regla de carácter constitucional, que pese a su distinto contenido textual implicaba, tanto como la anterior, la sensible afectación de principios tales como la carrera administrativa, el mérito y la igualdad, que la referida decisión consideró axiales y definitorios de la Constitución de 1991, al punto de haberse declarado a partir de ello la inexecutable de aquella pretendida reforma constitucional.

Mi voto favorable frente a esta decisión es también reflejo de la preocupación que en su momento planteé⁹³ respecto del grave riesgo que para el sistema democrático y el Estado social de derecho supone el posible exceso o abuso de las facultades de reforma a la Constitución, que ella misma estableció, principalmente en cabeza del órgano legislativo, o cuyo ejercicio requiere el previo impulso o participación del constituyente secundario.

Aunque en su momento aduje que ni aún esta perspectiva sería razón suficiente para validar el ejercicio de una función que, según se aprecia, no fue atribuida a esta Corte por los autores del texto superior, la desafiante actuación que en este caso asumió el Congreso en su tentativa de quiebre contra la decisión de esta Corte, cuyo obligatorio cumplimiento no permite mengua porque no hubiera sido unánime, me llevan a considerar indefectible que en el presente caso se declare la inexequibilidad del Acto Legislativo 4 de 2011, en defensa del principio democrático y de la ética institucional.

Con mi acostumbrado y profundo respeto,

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

TEORIA DE LA SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Elementos centrales (Salvamento de voto)/TEORIA DE LA SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Constituye una teoría sobre límites del poder constituyente (Salvamento de voto)/JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION- Características del control competencial (Salvamento de voto)

Los elementos centrales de la teoría sobre los límites del poder constituyente, son: (i) el Congreso de la República y el Pueblo vía referendo, en cuanto órganos constituidos, son titulares de poder constituyente derivado; (ii) tal poder constituyente derivado significa competencia para reformar pero no sustituir la Constitución; (iii) sólo la Asamblea Nacional Constituyente, facultada expresamente por el Pueblo como titular de poder constituyente

primario, puede sustituir la Constitución; (iv) los principios y ejes definitorios de la Constitución de 1991 se erigen en límites al ejercicio del poder constituyente derivado; (v) dada la existencia de tales límites, la Corte Constitucional ejerce control de competencia en el ejercicio del poder de reforma constitucional; (vi) el juicio de sustitución de la Constitución no es un control material sino un control competencial; (vii) el vicio competencial es un tipo de vicio formal o de procedimiento con entidad sustancial.

TEORIA DE LA SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Objeciones que justifican un replanteamiento metodológico (Salvamento de voto)/PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION-Alcance (Salvamento de voto)

La teoría de la sustitución de la Constitución se enfrenta a fundadas objeciones que invitan a un ajuste de la teoría mayoritariamente acogida de los límites implícitos al poder de reforma de la Constitución. Las principales objeciones tienen que ver, en primer lugar con el alcance de la expresión reformar que no excluye un ajuste total de la Constitución o una alteración integral de uno de sus ejes definitorios; en segundo lugar, la imposibilidad, a la luz del texto constitucional, de sostener la tesis de la prohibición de sustitución como límite al poder constituyente, cuando es la misma Constitución la que le atribuye poder de reforma constitucional al Congreso de la República, al Pueblo mediante referendo y a una Asamblea Constituyente, sin hacer diferenciación alguna sobre el alcance de su competencia; en tercer lugar, en la imposibilidad de sostener que el único titular de facultades de sustitución sea una asamblea constituyente autorizada expresamente para ello, pues ello implicaría el desconocimiento de lo dispuesto, en materia de reformas constitucionales adoptadas por el Congreso; en cuarto lugar, en la imposibilidad de sostener que el Pueblo cuando actúa a través del referendo opera como poder constituido pudiendo sólo reformar la Constitución y que cuando actúa para facultar la convocación de una Constituyente puede conferirle a tal Asamblea poderes de sustitución; en quinto lugar, existe una compleja indeterminación, en la jurisprudencia vigente, de los referentes necesarios para establecer si un órgano ha excedido sus competencias en materia de modificación de la Constitución. Pretender, en el marco del juicio de sustitución, identificar los ejes definitorios de la Constitución, a partir del establecimiento de aquellos elementos que definen la identidad o esencia de la Constitución, constituye un asunto especialmente problemático si se tiene en cuenta el grado de indeterminación de la estrategia definida por la Corte para el efecto.

TEORIA DE LA SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Necesidad de identificar referentes normativos explícitos (Salvamento de voto)

TEORIA NORMATIVA DE LIMITES AL PODER CONSTITUYENTE-A partir de normas del ordenamiento jurídico internacional (Salvamento de voto)

Las objeciones planteadas a la teoría de los límites del poder constituyente basada en el concepto de sustitución constitucional, adolece de un grave problema teórico y práctico: la ausencia de sustento normativo que, a su vez, se refleja en la dificultad de precisar el parámetro de control de las reformas constitucionales, esto es, los principios o ejes definitorios o identificatorios de la Constitución que limitan el poder de reforma. Por eso, es necesaria una teoría normativa de los límites del poder constituyente que, en el marco de la Constitución de 1991, no puede estar sino fundamentada en el orden jurídico internacional.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESTABLECIMIENTO DE EJES DEFINITORIOS DE LA CONSTITUCION-Referentes obligados en juicio de sustitución (Salvamento de voto)

Desde sus primeras providencias esta Corporación señaló que el bloque de constitucionalidad constituía un punto de partida importante a fin de establecer los ejes definitorios de la Constitución, en que se afirma que las normas del bloque de constitucionalidad constituyen referentes valiosos para configurar la premisa mayor del juicio de sustitución, pero no para erigirse de manera autónoma como parámetro de constitucionalidad, dado que ello tendría como efecto, de una parte, aceptar la existencia de normas supraconstitucionales y, de otra, adelantar juicios de violación material incompatibles con la naturaleza del juicio de sustitución. Siendo del caso reconocer que a pesar de la relevancia que puede tener en la construcción de los denominados ejes definitorios, la Corte no ha empleado con especial fuerza las normas de derecho internacional para evaluar la eventual sustitución constitucional.

NORMAS DE IUS COGENS-Concepto (Salvamento de voto)/NORMAS DE IUS COGENS-Normas imperativas de derecho internacional (Salvamento de voto)/NORMAS DE IUS COGENS-Parámetro de control constitucional (Salvamento de voto)

Las normas de iuscogens, o normas imperativas de derecho internacional, son reglas que por su naturaleza fundamental, tienen una especial jerarquía dentro del conjunto de las normas

de derecho internacional, y por lo mismo no pueden ser desconocidas por los Estados, limitando así su libertad para celebrar tratados y realizar actuaciones unilaterales. Las normas de ius cogens son aquellas que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados como un todo en tanto normas perentorias o imperativas respecto de las que no se permiten derogaciones y solamente podrían llegar a ser modificadas por normas subsiguientes de derecho internacional consuetudinario con el mismo rango perentorio.

NORMAS DE IUS COGENS-Razones por las que constituyan límites normativos de órganos con funciones constituyentes (Salvamento de voto)

Reconocer este tipo de normas así como aquellas consagradas en los convenios de derechos humanos, como límites normativos a los órganos con funciones constituyentes, se apoya en razones de indudable importancia. Tales razones se encuentran asociadas (i) al grado de respaldo que le ha sido otorgado por la comunidad internacional, (ii) al tipo de intereses que protegen y (iii) a las graves consecuencias que para un Estado puede implicar su desconocimiento.

NORMAS DE IUS COGENS Y OBLIGACIONES ERGA OMNES-Distinción (Salvamento de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Identificación de límites al poder de modificación de la Constitución a partir de normas del derecho internacional y los convenios de derechos humanos (Salvamento de voto)

En el actual estado de avance en los procesos de integración e internacionalización es no sólo posible, sino también imprescindible, ratificar que los órganos con funciones constituyentes -de acuerdo con lo establecido en el artículo 374 de la Constitución- tienen como único límite al ejercicio de sus competencias aquellas normas que, desde una perspectiva de derecho internacional, revisten el mayor grado de relevancia, importancia y significación. Las tres condiciones previamente expresadas y que fundamentan la imposición de límites al poder de modificación de la Constitución no constituyen una invención, sino por el contrario, en diferentes momentos tribunales internacionales, tribunales constitucionales o determinadas organizaciones internacionales han acentuado la relevancia de las normas de derecho internacional en los procesos constituyentes y sus decisiones evidencian una particular tendencia de los ordenamientos jurídicos actuales. El significado de determinadas

normas internacionales hace que su desconocimiento no sea posible ni aún en los procesos constituyentes. Incluso ellas pueden tener, tal y como ocurrió en el caso resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, una incidencia definitiva en la determinación del significado de la Constitución.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR DESCONOCIMIENTO DE NORMAS IMPERATIVAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL-Competencia y alcance respecto de órganos con funciones constituyentes (Salvamento de voto)

JUICIO DE SUSTITUCION-Metodología (Salvamento de voto)

ACTO LEGISLATIVO DE HOMOLOGACION DE PRUEBAS DE CONOCIMIENTO POR EXPERIENCIA Y ESTUDIOS ADICIONALES A LOS REQUERIDOS PARA CARGOS DE CARRERA-No Comporta una sustitución de la Constitución (Salvamento de voto)

En razón de que el Acto Legislativo no sustituye de ninguna manera el mérito como condición de ingreso a la carrera administrativa sino que, por el contrario, toma nota de los factores que lo componen y, a partir de ellos, establece un régimen especial para atender la situación en la que se pueden encontrar funcionarios nombrados en provisionalidad o encargados en cargos de carrera definitivamente vacantes, no se trata de la sustitución del modelo de vinculación a la carrera administrativa fundado en el mérito que, por regla general, sigue vigente en la Constitución, sino que se trata de un mecanismo objetivo de selección, que no desconocía la regla del mérito y solo, de manera temporal, fijaba una diferenciación en las condiciones de evaluación. Dicho ajuste constitucional caía amparado en el amplio margen que se adscribe al poder de reforma incluso en la doctrina mayoritaria de esta Corporación y, en esa medida, la decisión del Congreso resultaba constitucionalmente admisible.

HOMOLOGACION DE PRUEBAS DE CONOCIMIENTO EN CONCURSO PUBLICO POR EXPERIENCIA Y ESTUDIOS ADICIONALES PARA CARGOS DE CARRERA-No afecta la Carrera Administrativa ni prescinde del mérito como criterio de calificación (Salvamento de voto)/ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2011-No desconoció límites a la competencia del Congreso para ejercicio del poder de reforma (Salvamento de voto)

El Acto Legislativo 04 de 2011 tuvo como propósito hacer frente a una situación que se había extendido en el tiempo por la inacción de las autoridades del Estado en la implementación de

los diferentes concursos. Esa situación, unida a la especial posición en la que podían encontrarse los funcionarios provisionales o encargados, condujo al Congreso a implementar una fórmula que permitiera armonizar los intereses en juego, por lo que contempló una estrategia que sin eliminar el mérito como eje fundamental de los procesos de vinculación a la carrera administrativa, tomara en consideración la situación de los funcionarios que venían ocupando determinados cargos públicos en condición de provisionales o encargados. Así, la homologación prevista en el acto legislativo, que se aplicaba de manera temporal y que no tenía como resultado la eliminación del concurso, se asienta en consideraciones objetivas y razonables dado que (i) no prescinde del mérito como criterio de calificación en tanto considera como criterio de evaluación la experiencia y los estudios adicionales al cargo -igualmente la calificación sobresaliente de los funcionarios encargados-, (ii) no utiliza ninguna de las categorías prohibidas para establecer tratos diferentes y, por el contrario, (iii) toma nota de la instrucción y capacidad del funcionario público a efectos de determinar un trato especial. Así, se puede concluir que en su aprobación la actuación del Congreso no implicó el ejercicio indebido de sus facultades de reformar la Constitución.

Referencia: Expediente D-8673

Demanda de inconstitucionalidad contra el acto legislativo 4 de 2011

Actores: Miguel Ángel González Ocampo, Giovany Alexander Gutiérrez Rodríguez y Rafael Cañón González

Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Perez

A continuación presento las razones que han motivado mi decisión de separarme de la decisión adoptada en esta oportunidad. Tales razones se fundan en mi desacuerdo con el alcance de la doctrina que respecto de los límites a la reforma de la Constitución ha desarrollado esta Corporación desde la sentencia C-551 de 2003. Adicionalmente en la presente oportunidad y aun aceptando la referida doctrina para adelantar el examen del acto

legislativo 4 de 2011, ha debido declararse su exequibilidad.

Así las cosas este salvamento estará dividido en cuatro partes. En la primera me ocuparé de formular las razones por las cuales considero incorrecta la doctrina de la prohibición de sustitución estableciendo, en ese marco, la orientación que debería seguir el control constitucional de las reformas a la Carta Política a partir de referentes del derecho internacional imperativo y de los derechos humanos. En la segunda indicaré cómo, a partir de la aplicación de tales referentes, era inevitable afirmar la constitucionalidad del acto legislativo demandado. En la tercera y solo a efectos de ofrecer razones adicionales para justificar la constitucionalidad del referido acto legislativo 4 de 2011 procederé a demostrar que el mismo no cumple los requerimientos de la doctrina mayoritaria para considerar acaecida una sustitución de la Constitución. Finalmente formularé algunas conclusiones.

PRIMERA PARTE

SÍNTESIS Y OBJECIONES A LA DOCTRINA DE LA PROHIBICIÓN DE SUSTITUCIÓN

1. Síntesis de la teoría de los límites al poder de modificación constitucional

La Corte Constitucional ha construido una importante jurisprudencia sobre los límites del poder constituyente. Los elementos centrales de la teoría son: (i) el Congreso de la República y el Pueblo vía referendo, en cuanto órganos constituidos, son titulares de poder constituyente derivado; (ii) tal poder constituyente derivado significa competencia para reformar pero no sustituir la Constitución; (iii) sólo la Asamblea Nacional Constituyente, facultada expresamente por el Pueblo como titular de poder constituyente primario, puede sustituir la Constitución; (iv) los principios y ejes definitorios de la Constitución de 1991 se erigen en límites al ejercicio del poder constituyente derivado; (v) dada la existencia de tales límites, la Corte Constitucional ejerce control de competencia en el ejercicio del poder de reforma constitucional; (vi) el juicio de sustitución de la Constitución no es un control material sino un control competencial; (vii) el vicio competencial es un tipo de vicio formal o de procedimiento con entidad sustancial.

1. Crítica de la línea jurisprudencial de la teoría de la sustitución constitucional como fundamento de la limitación del poder constituyente.

El esfuerzo hermenéutico de la Corte se enfrenta, sin embargo, a fundadas objeciones que invitan a un ajuste de la teoría mayoritariamente acogida de los límites implícitos al poder de reforma de la Constitución. Las principales objeciones se exponen a continuación.

2.1.1. El punto de partida del análisis es la Constitución: corresponde al Poder Constituyente, expresado en la Constitución vigente, señalarle límites a los titulares del poder de expedición de normas constitucionales y fijarle al Tribunal Constitucional el alcance de su poder de control constitucional.

2.1.2. La Constitución, en el título XIII, regula la “Reforma de la Constitución”. Esta expresión ha sido el punto de partida de la exégesis para formular la teoría de la sustitución, considerando que los titulares del poder constituyente gozan de poder de reformar la Constitución, entendido como un poder de enmienda que no puede sustituirla.

2.1.3. No es posible constatar un argumento concluyente en relación con el hecho de que la facultad de reformar sea algo diferente de la facultad de sustituir. No existen razones sistemáticas ni razones textuales que permitan afirmar que la expresión reforma excluye un ajuste total de la Constitución o una alteración integral de uno de sus ejes definitorios.

Por el contrario la práctica usual consiste en emplear la expresión reformar para aludir, tal y como lo precisa el Diccionario de la Real Academia, a la acción de volver a formar o rehacer algo. En efecto, en la jurisprudencia constitucional puede constatarse el uso de expresiones tales como reforma total o reforma parcial⁹⁴. Tales usos serían incompatibles con el que a tal vocablo le confieren los pronunciamientos judiciales relativos a la reforma de la Constitución y que utilizan la expresión reforma únicamente para aludir a ajustes no esenciales.

Incluso, una disposición constitucional permite sostener que la expresión reforma de un texto normativo no excluye la posibilidad de ajustarlo totalmente hasta el punto de sustituirlo. Así, el artículo 158 de la Constitución advierte que las leyes que sean objeto de reforma parcial serán publicadas en un único texto que incorpore las modificaciones aprobadas. Eso sugiere

que no es incompatible con el texto constitucional, y por el contrario si puede ser exigible, la comprensión conforme a la cual la expresión reforma puede incluir la alteración total y, en esa medida, la sustitución de la Constitución.

2.1.4. En la tradición constitucional colombiana, la expresión reforma constitucional ha comprendido tanto enmiendas menores -reformas, en la acepción jurisprudencial-, como modificaciones esenciales al texto constitucional -sustitución parcial-, e incluso la expedición de una nueva constitución -sustitución total-. Ejemplo elocuente de ello, es la Constitución federal de 1863, en cuyo artículo 9295, al regular el poder constituyente, alude a la reforma total o parcial de la Carta Fundamental; y al asociar el concepto de reforma, a la actuación de una 'Convención' o Asamblea Constituyente -como fue la Convención de Rio Negro, que sustituyó totalmente la Constitución de 1858-, lo que acentúa la idea de que la expresión reforma como voz incluyente del cambio total de Constitución, hace parte de nuestra historia constitucional.

2.1.5. Una interpretación literal del texto constitucional no sería suficiente a efectos de asegurar su adecuada comprensión. Sin embargo, que el juez constitucional interprete las expresiones de manera restrictiva cuando no se usan para establecer una excepción sino para canalizar las manifestaciones del poder constituyente, plantea conflictos problemáticos en relación con el principio democrático. Es en este contexto en que la interpretación de la expresión reforma plantea las mayores dificultades en tanto de lo que se trata es de definir las posibilidades de institucionalización y expresión de los cauces de modificación constituyente que expresamente ha establecido la Constitución.

2.1.6. Resultaría incomprensible que la Constitución Política de 1991 hubiera olvidado, o peor, omitido deliberadamente, expedir un capítulo regulatorio de la sustitución de la Constitución. De aceptarse que la voz reforma de la Constitución excluye el concepto de sustitución constitucional, significaría que el Constituyente de 1991 incurrió en grave error al abordar el tema del poder constituyente, tópico obligado de toda constitución, ocupándose de dictar disposiciones regulatorias de la titularidad y proceso de las enmiendas menores, y soslayando la temática fundamental de las enmiendas esenciales o los cambios totales.

2.1.7. De esta manera, resulta más compatible con la Constitución sostener que la reforma

no excluye la sustitución -reforma total- que afirmar que donde la Constitución dice “reformular” debe entenderse enmienda menor y prohibición de sustituir para algunos órganos -Congreso y Pueblo- y una autorización de hacerlo para otro -Asamblea Constituyente-.

2.2. Segunda objeción: la imposibilidad, a la luz del texto constitucional, de sostener la tesis de la prohibición de sustitución como límite al poder constituyente.

2.2.1. La Constitución Política -artículo 374- atribuye poder de reforma constitucional al Congreso de la República, al Pueblo mediante referendo y a una Asamblea Constituyente, sin hacer diferenciación alguna sobre el alcance de su competencia. Tomando como punto de partida esta atribución, el constituyente estableció los procedimientos específicos para implementar la reforma, según el órgano que pretenda ejercer la competencia. La regulación del Título XIII, combina diferentes estrategias para el desarrollo de un proceso constituyente, y de esta manera: (i) establece reglas diferenciadas en materia de iniciativa, (ii) contempla procedimientos diversos de deliberación democrática, (iii) en algunos casos prevé formulas especiales de ratificación de los resultados del proceso y, adicionalmente y en función del mecanismo de reforma, (iv) no impone un equivalente grado de participación de los ciudadanos.

2.2.2 No obstante que la jurisprudencia de esta Corporación indicó inicialmente que no era posible apoyarse en ninguno de los procedimientos regulados en el artículo 374, para reconocer a alguno de los órganos titulares allí previstos del poder de sustituir la Constitución, dispuso posteriormente -en la sentencia C-1040 de 2005- que resultaba admisible afirmar que una Asamblea Constituyente, encargada expresamente por el Pueblo para sustituir la Constitución, tenía facultades para ello.⁹⁶

2.2.3. A fin de fundamentar esta diferenciación, estableciendo que el Pueblo mediante referendo y el Congreso en las condiciones previstas en el artículo 375 solo ostentan facultades de reforma, mientras que la Asamblea Constituyente expresamente autorizada por el pueblo para el efecto podría sustituir la Constitución, se presentan usualmente razones asociadas al grado de legitimación democrática del proceso de decisión y, adicionalmente, al nivel de deliberación que se asegura en cada uno de los procedimientos.

2.2.4. Estas razones, ciertamente valiosas desde una perspectiva de política constitucional, sucumben sin embargo frente al texto de la Constitución. En efecto, el artículo 374 a pesar de haberlo podido hacer así la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, no establece ninguna diferenciación entre el poder de ajuste constitucional asignado a cada uno de los órganos allí mencionados. En efecto a todos les fue atribuida la misma competencia de reforma si se considera no sólo la denominación del título XIII “De la reforma de la Constitución” sino también el texto del artículo 374.

Incluso cabría preguntarse de qué manera las tesis que le prohíben al Congreso o al Pueblo mediante referendo sustituir la Constitución con apoyo en la cualificación de la deliberación o de la participación, enfrentaría una hipótesis en la que, por ejemplo, la participación en la elección de los miembros del Congreso fuera especialmente amplia y la modificación de la Constitución o la aprobación de una ley convocatoria a referendo fuera adoptada de manera unánime por tales miembros luego de un complejo, participativo y extendido debate. Un evento como estos haría desaparecer las razones que se exponen para justificar la imposición de restricciones a partir de la distinción entre reforma y sustitución de la Constitución.

2.2.5. Derivar de la Constitución la conclusión según la cual la facultad de reforma implica una prohibición de sustitución de la misma y, posteriormente, sostener que sólo uno de los órganos autorizados para reformar puede sustituir, constituye un argumento definido sobre la base de explicaciones no reconocidas expresamente por la Constitución y que, además, carecen de fundamentación normativa. La realidad del artículo 374 cuya estructura de regla no puede omitirse, es que en él no se prevé una diferenciación en relación con el alcance de las competencias y, en esa medida, fundamentarla a partir de la configuración constitucional de cada uno de los mecanismos no resulta plausible.

Es indispensable que la Corte reconozca que el texto constitucional, al definir competencias –asunto central en un Estado Constitucional- no estableció una diferenciación entre reforma y sustitución. No se trata únicamente de acudir a aquellas pautas de interpretación que prohíben hacer distinciones donde ellas no se han formulado. Lo que ocurre en estos casos es de tomar en consideración que en la interpretación de las disposiciones sobre la reforma de la Constitución se está aludiendo a las formas que el poder constituyente definió para modificar la Constitución. Se trata de un asunto cardinal del cambio constitucional y por ello

la imposición de restricciones inexistentes puede ubicar a la Corte Constitucional al borde de asumir ella misma funciones constituyentes.

2.3 Tercera objeción: la imposibilidad, a la luz del texto constitucional, de sostener que el único titular de facultades de sustitución sea una asamblea constituyente autorizada expresamente para ello.

2.3.1. Advertir, como lo ha hecho la jurisprudencia constitucional, que únicamente una Asamblea Constituyente ostenta capacidad de remplazar los aspectos definitorios de la Constitución, implica el desconocimiento de lo dispuesto, por ejemplo, en materia de reformas constitucionales adoptadas por el Congreso. Según la tesis de la sustitución, ésta entraña una modificación de elementos definitorios de la Constitución, produciéndose su remplazo con otros diferentes de manera tal que una es la Carta Política antes de la modificación y otra es ella después.

2.3.2. La cuestión que se suscita alude al significado del artículo 377, al indicar que ante la solicitud de un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral, deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso cuando ellas se refieran al capítulo de los derechos fundamentales y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular o al Congreso. Es indudable que las temáticas sobre derechos fundamentales, los mecanismos de realización de la democracia participativa y el funcionamiento del órgano a través del cual se hace realidad la democracia representativa, constituyen ejes definitorios de la Constitución. En consecuencia, la autorización de un referendo derogatorio de las decisiones adoptadas por el Congreso en esta materia equivale a una permisión para su alteración o ajuste por parte de dicha Corporación. De esta manera, no puede afirmarse que el Congreso carezca de la facultad para incidir en este tipo de materias cuya variación, según la tesis actual de la Corte, se traduciría en una sustitución.

2.3.3. Ahora bien, en contra de la interpretación precedente se ha expuesto un argumento importante conforme al cual el uso de la expresión “se refieran” en el artículo 377, no implica la autorización para ajustar elementos esenciales de la Constitución de 1991 aunque se prevea, en esos casos, la posibilidad de convocar un referendo constitucional. De otra forma dicho, se trataría de una autorización para reformar el régimen (a) de los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y sus garantías, (b) de los procedimientos de

participación popular o (c) del Congreso, siempre y cuando ello ocurra dentro de los límites que la jurisprudencia constitucional ha fijado para la reforma constitucional. La posibilidad de convocar el referendo operaría como una garantía complementaria de ajustes introducidos por el Congreso pero que, sin embargo, no sustituyen eje definitorio alguno.

Este argumento fue presentado en el fundamento jurídico 33 de una línea jurisprudencial de aclaración de voto en la sentencia C-572 de 2004. En esa oportunidad se señaló:

(...) Sin embargo, una lectura más atenta muestra que no por lo anterior, ese artículo 377 de la Carta contradice la doctrina sobre la prohibición al poder de reforma de alterar la identidad política de la Constitución, ni sobre la prohibición de que un acto legislativo intervenga en la estructura básica de la Carta, puesto que dicha disposición no autoriza una modificación sustantiva de los diseños básicos contenidos en esos artículos constitucionales (Título II, capítulo I y normas sobre Congreso y mecanismos de participación) sino que únicamente regula la posibilidad de llevar a referendo una reforma que “se refiera” a cualquiera de esas disposiciones. Ahora bien, aunque los artículos constitucionales sobre derechos fundamentales y sus formas de protección, sobre mecanismos de participación y sobre el Congreso, están indudablemente ligados a la estructura básica de la Constitución, esto no significa que todas las regulaciones contenidas en esos artículos hagan parte de esa estructura básica. Es pues posible, eventualmente, que un acto legislativo se “refiera” a esos artículos constitucionales, sin que esté invadiendo la estructura básica de la Constitución, por lo que se trataría de un ejercicio legítimo del poder de reforma. En tales circunstancias, el artículo 377 prevé la posibilidad de que esa reforma, a pesar de haber respetado la estructura básica de la Carta, sea sometida a un referendo derogatorio. Es pues evidente que el artículo 377 de la Carta establece una garantía suplementaria a esas normas constitucionales, por la importancia que tienen, pero no está autorizando una invasión de la estructura básica de la Constitución por medio de un acto legislativo. Y por ende es inaceptable inferir de esa garantía suplementaria a la preservación de ciertas normas de la Constitución, que ese artículo 377 está autorizando una reforma de la estructura básica de la Carta, por medio de acto legislativo, cuando el análisis adelantado muestra claramente que dicha posibilidad vulnera los límites competenciales del poder de reforma.”

2.3.4. Según este planteamiento los ajustes que puede hacer el Congreso aluden a aspectos de los derechos fundamentales, de los mecanismos de participación ciudadana y del

Congreso, que no resultan definitorios del modelo constitucional o, en los términos de la mencionada aclaración, que no aluden a su estructura básica. Este razonamiento adolece, sin embargo, de varias debilidades:

(i) En primer lugar, el argumento que le otorga tan limitado alcance a la expresión “se refieran”, incurre en un problema de fundamentación. En efecto según dicho argumento, tal expresión no incorpora una autorización de sustitución por parte del Congreso dado que este únicamente tiene competencia de reforma. De esta manera se da por demostrado que el texto del artículo 377 excluye, con el uso de la expresión “se refieran”, las posibilidades de intervención del Congreso en la estructura constitucional básica, a partir de la afirmación - que debe probarse- conforme a la cual el Congreso no tiene capacidad para sustituir ejes que confieren identidad a la Constitución.

(ii) En segundo lugar la expresión que antecede a la enunciación de los temas cuyo ajuste abre la posibilidad de convocar un referendo derogatorio no limita, atendiendo su significado natural, el alcance de la competencia regulatoria del Congreso. Esa expresión simplemente alude al objeto de la regulación y no al grado de intervención posible en las materias que lo constituyen. El hecho de emplear las expresiones “las reformas” y “se refieran” no dice nada sobre que esta facultad tenga límites inmanentes o implícitos derivados de la prohibición de sustituir.

(iii) En tercer lugar, no parece razonable admitir que únicamente en relación con ajustes que no impactan los ejes definitorios de la Constitución, pueda ser convocado el pueblo para pronunciarse mediante referendo derogatorio. No es compatible con el significado constitucional de la democracia participativa que el llamado al pueblo -referendo directo o autoconvocado, sin la intervención del Congreso según ocurre respecto del referendo derogatorio disciplinado en el artículo 377- para controvertir una decisión del órgano representativo, sólo sea posible frente a ajustes no esenciales⁹⁷.

Así las cosas y al menos por las tres razones anteriores resulta incorrecto considerar que el artículo 377 de la Constitución no autoriza que el Congreso lleve a efecto ajustes que

recaigan sobre elementos definitorios con el propósito, por ejemplo, de sustituirlos.

2.4. Cuarta objeción: la imposibilidad de sostener que el Pueblo cuando actúa a través del referendo opera como poder constituido pudiendo sólo reformar la Constitución y que, al mismo tiempo, cuando actúa para facultar la convocación de una Constituyente puede conferirle a tal Asamblea poderes de sustitución.

2.4.2. Un importante pasaje de la sentencia C-141 de 2010 dio cuenta de este asunto, al exponer el argumento de acuerdo con el cual la tesis de la prohibición de sustitución resulta aplicable en el caso de un referendo cuya iniciativa fuera ciudadana. Se dijo allí:

“En primer lugar, cabe señalar que a pesar de tratarse de una ley de iniciativa ciudadana, en todo caso se trata de un cuerpo normativo promulgado dentro de un procedimiento de reforma a la Constitución, según el tenor del artículo 374 de la Carta. Por lo tanto el referendo constitucional de iniciativa ciudadana no sólo está sujeto a requerimientos procedimentales, sino también a los límites competenciales a los que previamente se hizo alusión. Esta apreciación resulta también del tenor del artículo 3º constitucional según el cual “[l]a soberanía reside en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece” (negritas añadidas), de este enunciado se desprende que a pesar de ser el depositario de la soberanía el pueblo cuando ejerce el poder de reforma constitucional también debe actuar dentro del marco procedimental y de competencia fijado por la propia Constitución.

Parafraseando a Elster (...) el pueblo también está atado a la Constitución de 1991 y por lo tanto no puede modificar sus elementos definitorios cuando actúa en el ejercicio del poder de reforma. Máxime si se tiene en cuenta que a pesar de provenir de una iniciativa ciudadana, como ocurre en el presente caso, el texto sometido a referendo debe ser aprobado mediante una ley del Congreso, trámite en el cual puede estar expuesto a distintas vicisitudes que terminen por modificar la propuesta inicial que contó con el apoyo ciudadano, de manera tal que la voluntad popular inicialmente manifestada no necesariamente ha de coincidir con el texto finalmente sometido a votación, circunstancia que quita todo peso al argumento de que la reforma surgiría exclusivamente de la actuación del pueblo como constituyente primario y

por lo tanto carece de límites de competencia.

La misma mediación del Congreso y la participación final del pueblo que se reduce a aprobar o improbar el texto normativo sometido a su votación, deja serias dudas sobre su actuación en este caso como constituyente originario, pues las estrictas regulaciones procedimentales a las que está sujeta la participación popular riñen con la esencia misma de este concepto el cual doctrinalmente siempre ha sido caracterizado como ilimitado y no sometido a cauces procesales.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es posible aseverar que existe una regla común según la cual todos los órganos constituidos tienen un poder de reforma limitado. Situación diferente se presenta cuando ya no se trata de la reforma de la Constitución vigente sino de su cambio, evento en el cual la Corporación ha reconocido, en la citada sentencia C-551 de 2003, que “la fijación de un cauce al poder constituyente originario es siempre imperfecta, pues el poder constituyente, por sus propias características, es ‘rebelde a una integración total en el sistema de normas y competencias’, y por ello no admite una institucionalización total”.

Sin embargo, la Corte estimó que “la Constitución de 1991 intenta superar este dilema y la tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de una apertura al poder constituyente originario, previendo un procedimiento agravado de reforma” y en la Sentencia C-1040 de 2005 indicó que “el pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta” y que “sólo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente”.

En esta hipótesis el pueblo, todavía como poder constituido, decide si convoca o no la Asamblea y, al definir su competencia, puede otorgarla para una simple reforma, propia del poder constituido, o concederle facultades tan amplias, cuyo ejercicio conduzca al cambio de la Constitución vigente por otra, siempre que el mismo pueblo, al fijar la respectiva agenda, así lo haya determinado. Este supuesto no hace desaparecer del todo los límites, pues aunque ya no provendrían de lo dispuesto en la constitución sustituida, tendrían su origen en las normas imperativas de derecho internacional y también en los convenios internacionales

de derechos humanos, para citar apenas dos ejemplos.”(Subrayas no hacen parte del texto original)

2.4.3. Según esta perspectiva cuando el pueblo se pronuncia en un referendo que ha tenido un origen ciudadano continúa actuando como poder constituido sometido a las restricciones adscritas al poder de reforma. Ello obedece, según se infiere del aparte recién transcrito, a varias razones: (i) se trata de un cuerpo normativo promulgado con ocasión del trámite de una reforma; (ii) cuando el pueblo actúa para ajustar la constitución se encuentra sometido a la Constitución según lo exige el artículo 3 de la Constitución; (iii) la imposibilidad de sustituir obedece a que la manifestación del pueblo está precedida de la intervención del Congreso; (iv) el pueblo se limita a aprobar o improbar y esta reducida posibilidad de actuación y deliberación parece incompatible con la noción del poder constituyente primario.

2.4.4. Es pertinente preguntarse si, en el proceso de convocatoria a una Asamblea Constituyente no se reúnen condiciones análogas a aquellas que conducen a la Corte a negar la posibilidad de sustitución al pueblo mediante referendo? Cabe señalar (i) que la convocatoria de una tal Asamblea también se instrumenta a través de los procedimientos de reforma regulados en el título XIII de la Constitución, (ii) que la limitación que la Corte deriva del artículo 3 de la Constitución, en caso de que tuviera tal alcance, también se extendería a la Asamblea Constituyente dado que no existe una razón suficiente para considerar lo contrario, (iii) en este caso también se atribuye al Congreso la posibilidad de convocar a la Asamblea Constituyente y (iv) la intervención directa del pueblo en la deliberación acerca de los nuevos contenidos constitucionales es menos intensa en la Asamblea Constituyente que en el referendo.

2.4.5. El planteamiento de la Corte conduce a un dilema mayor. Afirma la sentencia que el Pueblo, actuando como poder constituido, tiene la posibilidad de transferir a la Asamblea Constituyente un poder de sustitución. Esa mutación resulta incomprensible. Cabría preguntarse, qué es aquello que hace que en un momento constitucional, un órgano cuyo poder se afirma como restringido termine habilitando a otro órgano para que actúe, al menos desde la perspectiva de la prohibición de sustitución, sin límite alguno? No resulta clara esa fundamentación y, por el contrario, parece conducir a la conclusión de acuerdo con la cual el Pueblo mediante referendo también podría actuar con funciones constituyentes de sustitución.

2.5. Quinta objeción: la compleja indeterminación, en la jurisprudencia vigente, de los referentes necesarios para establecer si un órgano ha excedido sus competencias en materia de modificación de la Constitución.

2.5.1. Es un hecho evidente que los enunciados constitucionales se encuentran afectados por los más altos niveles de indeterminación⁹⁸. Abordar el problema de la apertura del lenguaje a través de estrategias metodológicas racionalmente controlables, ha sido uno de los mayores retos de la teoría jurídica, la teoría constitucional y la práctica decisonal de los tribunales constitucionales. Pretender, en el marco del juicio de sustitución, identificar los ejes definitorios de la Constitución, a partir del establecimiento de aquellos elementos que definen la identidad o esencia de la Constitución, constituye un asunto especialmente problemático si se tiene en cuenta el grado de indeterminación de la estrategia definida por la Corte para el efecto. Una lectura integral-transversal-sistemática de la Constitución haría posible, según la jurisprudencia constitucional vigente, delimitar los ejes insustituibles por los órganos que ostentan el poder de reforma.

2.5.2. Es cierto que el empleo de los diferentes métodos y sistemas de interpretación podrían conducir a resultados que desde alguna perspectiva sean plausibles para identificar los límites implícitos o inmanentes. Esa corrección, sin embargo, resulta especialmente limitada y carece de restricciones normativas más o menos explícitas que permitan controlar la compleja tarea de identificar lo esencial de la Constitución.

2.5.3. Sin embargo, a partir de una construcción desprovista de límites normativos expresos y que se ubica en un nivel a veces abstruso, la Corte ha limitado el ejercicio de funciones constituyentes. Ello ha llevado a imponer restricciones que no encuentran un fundamento normativo expreso y que pueden conducir, sin más, al despliegue de juicios de violación material⁹⁹.

2.6. Conclusión.

Las dificultades relativas a la doctrina de la sustitución expuestas anteriormente, unidas a las dificultades metodológicas para establecer aquello que es esencial, definitorio o que determina la identidad, exige que las competencias previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 241 de la Constitución se desplieguen con una especial prudencia pero, sobre todo, intentando identificar referentes normativos explícitos.

Si bien tampoco el reconocimiento de límites normativos para el control de reformas constitucionales tiene la virtud de eliminar completamente la indeterminación inherente a ciertas cláusulas constitucionales -como incluso ocurre en aquellos sistemas constitucionales que contienen cláusulas pétreas-, sí permitiría establecer de manera más precisa y sin objeción democrática alguna, el parámetro de constitucionalidad para evaluar judicialmente los procesos de modificación constitucional.

3. Hacia una teoría normativa de limitación del poder constituyente a partir normas del ordenamiento jurídico internacional.

Las objeciones planteadas a la teoría de los límites del poder constituyente basada en el concepto de sustitución constitucional, adolece de un grave problema teórico y práctico: la ausencia de sustento normativo que, a su vez, se refleja en la dificultad de precisar el parámetro de control de las reformas constitucionales, esto es, los principios o ejes definitorios o identificatorios de la Constitución que limitan el poder de reforma.

Por eso, es necesaria una teoría normativa de los límites del poder constituyente que, en el marco de la Constitución de 1991, no puede estar sino fundamentada en el orden jurídico internacional. Tal línea alternativa parte de una premisa básica: (i) existe un orden jurídico internacional que limita el poder soberano de los estados miembros de la comunidad de naciones; (ii) el poder soberano se expresa jurídicamente a través del poder constituyente; (iii) el orden jurídico internacional limita el poder constituyente de los estados. Se trata, en suma, de establecer si resulta constitucionalmente posible fundamentar la teoría normativa de límites al poder constituyente derivados del ordenamiento jurídico internacional.

3.1. El derecho internacional en la jurisprudencia constitucional relativa al control de modificaciones a la Constitución

Existen dos perspectivas de aproximación a la relación entre el ejercicio del poder constituyente y el derecho internacional: la primera, sugiere que el bloque de constitucionalidad concurre a la definición de los ejes definitorios de la Constitución, esto es, los límites al poder de reforma; la segunda, señala que existen límites derivados del derecho internacional que se imponen al poder constituyente, incluidos los titulares de facultades de sustitución constitucional.

Veamos.

3.2. Las normas de derecho internacional como referentes para delimitar los ejes definitorios de la Constitución de 1991.

3.2.1. Desde sus primeras providencias esta Corporación señaló que el bloque de constitucionalidad constituía un punto de partida importante a fin de establecer los ejes definitorios de la Constitución. En efecto, en la sentencia C-551 de 2003 advirtió lo siguiente:

En esa misma providencia la Corte indicó que la referencia al bloque de constitucionalidad no podía entenderse como una autorización para adelantar un juicio de violación material, dado que ello conduciría a otorgarle a las normas internacionales un rango supraconstitucional. Allí señaló:

“Si bien el interviniente acierta al señalar que el bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución), en su integridad, es relevante para determinar si una reforma constitucional es en realidad una sustitución de la Constitución, de esa premisa no se puede concluir que una reforma constitucional puede ser juzgada por vicios de contenido a partir de una comparación entre la disposición constitucional cuestionada y un artículo de determinado tratado, porque ello equivaldría a reducir el cargo de la reforma constitucional al de una norma inferior a la Constitución y a sacar los tratados del bloque de constitucionalidad para elevarlos a un rango supraconstitucional.”

3.2.2. En todo caso, al efectuar el análisis de constitucionalidad de varias de las preguntas que se proponía formular en el referendo cuya realización había aprobado el Congreso, la Corte examinó su constitucionalidad confrontándolas con disposiciones de derecho internacional. Así ocurrió con la pregunta No. 1, relativa a la pérdida de derechos políticos y respecto de la cual concluyó que no se oponía a lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos dado que resultaba posible llevar a cabo una interpretación compatible con el referido artículo¹⁰⁰. De la misma manera, la Corte indicó que la pregunta No. 8 relativa a la imposición de límites al monto de la pensión no desconocía el derecho a la negociación colectiva reconocido en acuerdos internacionales. Concluyó al respecto lo siguiente:

“Finalmente, el derecho a la negociación colectiva no puede ser considerado absoluto, por lo que es razonable que el Estado pueda limitarlo para salvaguardar la propia viabilidad financiera del sistema general de pensiones. Por ello, la Corte considera que es compatible con el derecho a la negociación colectiva, tal y como se encuentra desarrollado por los tratados internacionales de derechos humanos, que la ley fije un marco general en el que se desenvuelva la negociación colectiva, tal y como lo hace el numeral 8°.

Por todo ello, la Corte considera que el numeral 8° está muy lejos de representar una sustitución de la Constitución.”¹⁰¹

Así pues la Corte consideró que las normas que integraban el bloque de constitucionalidad eran relevantes a fin de evaluar la constitucionalidad de la convocatoria a referendo, indicando, en todo caso, que su empleo no tenía como propósito hacer una confrontación con normas de un rango superior al de la Constitución sino la finalidad de identificar una posible sustitución¹⁰².

3.2.3. Posteriormente la Corte precisó, en la sentencia C-970 de 2004, que el concepto de sustitución de la Constitución no significa la posibilidad de confrontar la modificación constitucional con normas incorporadas en tratados internacionales:

“La Corte ha avanzado, por un lado, en la identificación de aquello que no puede tenerse como una sustitución de Constitución. Así, ha dicho, no se trata de una vía para abordar un control por vicios de fondo de las reformas constitucionales, que está expresamente excluido por el ordenamiento. De este modo, el análisis de sustitución de la Constitución no consiste en la confrontación material de una reforma con determinadas normas constitucionales o de tratados internacionales que hagan parte del bloque de constitucionalidad”.¹⁰³

La relevancia de las normas de derecho internacional ha sido destacada en decisiones posteriores entre las que se encuentran, por ejemplo, la sentencia C-1040 de 2005¹⁰⁴.

3.2.4. Las decisiones citadas dan cuenta entonces de una perspectiva específica en relación con el significado del derecho internacional, en particular del derecho internacional de los derechos humanos, en el proceso de identificación de vicios competenciales. Esa perspectiva

afirma que las normas del bloque de constitucionalidad constituyen referentes valiosos para configurar la premisa mayor del juicio de sustitución, pero no para erigirse de manera autónoma como parámetro de constitucionalidad, dado que ello tendría como efecto, de una parte, aceptar la existencia de normas supraconstitucionales y, de otra, adelantar juicios de violación material incompatibles con la naturaleza del juicio de sustitución.

A pesar de la relevancia que puede tener en la construcción de los denominados ejes definitorios, es preciso señalar que la Corte no ha empleado con especial fuerza las normas de derecho internacional para evaluar la eventual sustitución constitucional. De la jurisprudencia constitucional examinada, únicamente en la sentencia C-551 de 2003 se realiza la remisión a normas de derecho internacional en el juicio de constitucionalidad.

3.3 Las normas de derecho internacional como límites autónomos al poder de modificación constitucional.

3.3.1. Del debate en relación con la ley de convocatoria a un referendo constitucional surgió, en la sentencia C-141 de 2010 de este Tribunal, la mención al papel de las normas de derecho internacional en la definición de los límites al ejercicio de las funciones constituyentes. Luego de reiterarse que solo una Asamblea Constituyente podría ostentar un poder de sustitución constitucional, se sugirió allí a modo de obiter dicta que hasta la Asamblea Constituyente podría encontrarse sometida a límites diferentes. En un aparte de tal providencia este Tribunal señaló:

“En esta hipótesis el pueblo, todavía como poder constituido, decide si convoca o no la Asamblea y, al definir su competencia, puede otorgarla para una simple reforma, propia del poder constituido, o concederle facultades tan amplias, cuyo ejercicio conduzca al cambio de la Constitución vigente por otra, siempre que el mismo pueblo, al fijar la respectiva agenda, así lo haya determinado. Este supuesto no hace desaparecer del todo los límites, pues aunque ya no provendrían de lo dispuesto en la constitución sustituida, tendrían su origen en las normas imperativas de derecho internacional y también en los convenios internacionales de derechos humanos, para citar apenas dos ejemplos.”¹⁰⁵

3.3.2. Esta afirmación hipotética es de significativa importancia, ya que abre la posibilidad de afirmar una teoría autónoma de los límites del poder constituyente, basado en disposiciones imperativas del orden jurídico internacional. En efecto, admite la posibilidad de que el poder

de reforma no sólo tenga (i) el límite implícito que se deriva de la prohibición de sustitución sino también (ii) una restricción explícita adicional que se deriva de las normas imperativas de derecho internacional y de los convenios internacionales de derechos humanos. Ese límite explícito, como es natural, también se predica entonces de la Asamblea Constituyente que, según la jurisprudencia constitucional vigente, es titular de un poder de sustitución.

3.3.3. Este planteamiento de la Corte abre discusiones de enorme importancia sobre la necesidad estructurar una teoría normativa de los límites del poder constituyente, reformulando la doctrina actual de la prohibición de sustitución de la Carta Política de 1991.

3.4. Fundamentación de una teoría de los límites al poder de ajuste constitucional a partir de las normas imperativas de derecho internacional y de las normas contenidas en los convenios de derechos humanos

En mi opinión (i) las dificultades asociadas a la identificación, a partir del texto de la Constitución, de una limitación implícita adscrita a la prohibición de sustitución, (ii) los complejos dilemas para la delimitación del alcance del control y, en particular, los problemas referidos a la construcción de la premisa mayor del juicio de sustitución, (iii) las tensiones que se suscitan con el principio democrático debido a la indeterminación de los parámetros del juicio de sustitución y (iv) el reciente reconocimiento de la jurisprudencia constitucional de límites normativos internacionales al ejercicio de los poderes de reforma y sustitución, constituyen razones que imponen a la Corte Constitucional ajustar la tesis de los límites al ejercicio del poder constituyente, consistente en que ellos derivan, exclusivamente, de la prohibición de desconocimiento de normas imperativas del derecho internacional y de los convenios de derechos humanos. Para ello estimo necesario establecer, en primer lugar, la fundamentación de la existencia de ese límite así como su conformación y, en segundo término, si el control a su respeto se inscribe en el ámbito de las competencias de esta Corporación.

3.4.1. Compromiso constitucional del Estado colombiano con el orden jurídico internacional.

3.4.1.1. La Constitución de 1991 reconoce ampliamente la importante articulación entre el Estado colombiano y el derecho internacional. El preámbulo anuncia el significado de la integración de la comunidad latinoamericana; el artículo 9 establece las orientaciones generales de las relaciones internacionales de Colombia indicando que ellas se fundamentan

en la soberanía, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. Además de ello, cualificando el tipo de relaciones internacionales, la segunda parte del numeral 16 del artículo 150 de la Constitución prevé que sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional el Estado puede transferir determinadas atribuciones a organismos internacionales cuyo propósito consista en promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

En esa misma dirección se encuentra lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución conforme al cual el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

El artículo 93 de la Constitución prescribe que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno, al paso que contempla que los derechos y deberes reconocidos en la constitución deberán ser interpretados atendiendo lo dispuesto en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia¹⁰⁶. Así mismo tal disposición reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

El artículo 101 de la Constitución destaca la eficacia de los tratados internacionales aprobados por el Congreso a efectos de establecer los límites de Colombia. El numeral 16 del artículo 150 de la Constitución señala que le corresponde al Congreso de la República aprobar o improbar los tratados que el Gobierno, en consonancia con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 189, celebre con otros estados o con entidades de derecho internacional. Además se adscribe a la Corte Constitucional, en el numeral 10 del artículo 241, la competencia para decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y las leyes que los aprueben.

3.4.1.2. Es posible entonces identificar en la Constitución un diseño normativo comprometido con la ampliación, cualificación y legitimación de las relaciones internacionales. Su ampliación se reconoce en aquellas disposiciones que establecen deberes de promoción de la integración o de extensión de las relaciones de todo orden. Su cualificación se deriva del tipo

de vínculos que pueden establecerse en tanto deben configurarse en condiciones de equidad y reciprocidad. Tal cualificación se evidencia también por la asignación de un especial significado constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Finalmente y como forma de legitimación de la integración se establece un esquema particularmente complejo que exige la intervención de las tres ramas del poder público en la configuración de tales relaciones.

3.4.2. Normas imperativas del Derecho Internacional que obligan a los estados ante la comunidad universal.

En la sentencia C-291 de 2007 la Corte Constitucional se refirió así a las normas imperativas del derecho internacional:

“Las normas de iuscogens, o normas imperativas de derecho internacional, son reglas que por su naturaleza fundamental, tienen una especial jerarquía dentro del conjunto de las normas de derecho internacional, y por lo mismo no pueden ser desconocidas por los Estados, limitando así su libertad para celebrar tratados y realizar actuaciones unilaterales. Según su definición generalmente aceptada en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, las normas de iuscogens son aquellas que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados como un todo en tanto normas perentorias o imperativas respecto de las que no se permiten derogaciones; en consecuencia, solamente podrían llegar a ser modificadas por normas subsiguientes de derecho internacional consuetudinario con el mismo rango perentorio.

Los criterios para el reconocimiento de una norma de derecho internacional como una norma de iuscogens son estrictos. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, dichas normas no solamente deben cumplir con las condiciones para ser reconocidas en primer lugar como normas de derecho internacional, sino también con los requisitos adicionales para ser reconocidas como normas de carácter imperativo o perentorio por parte de la comunidad internacional como un todo -proceso denominado de “doble reconocimiento”-. Estos requisitos exigen el consenso de la mayoría casi unánime de los Estados, independientemente de sus diferencias culturales e ideológicas, respecto de su carácter perentorio. Pocas normas han recibido hasta el presente reconocimiento unánime

como normas de iuscogens. Es el caso de la prohibición del genocidio (...), la prohibición de la esclavitud, la prohibición del apartheid, la prohibición de los crímenes de lesa humanidad, la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la piratería, la prohibición de la agresión y el derecho a la libre determinación de los pueblos.

Los efectos jurídicos de las normas de iuscogens, a nivel internacional, son múltiples. Así, en caso de conflicto entre obligaciones internacionales, una de las cuales surge de una norma imperativa de derecho internacional, la norma imperativa debe prevalecer. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, un tratado que entre en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional es nulo; a la vez, de conformidad con el artículo 64 de la misma convención, los tratados que entren en conflicto con normas de iuscogens posteriores a su celebración, son igualmente nulos. Igualmente, los procesos de interpretación y aplicación de las obligaciones internacionales de los Estados se deben llevar a cabo de conformidad con las normas de iuscogens. Por otra parte, los Estados no pueden dispensar a otros Estados de su obligación de cumplir con normas de iuscogens. Por ejemplo, un Estado no puede permitir voluntariamente que otro deje de cumplir sus obligaciones cometiendo genocidio o tortura. En el ámbito de la responsabilidad internacional, el artículo 26 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 2001 dispone que no se admitirá la invocación de causales de exclusión de responsabilidad internacional cuando el hecho ilícito correspondiente surja del desconocimiento de normas imperativas o de iuscogens. En otras palabras, las circunstancias que excluyen la responsabilidad internacional –tales como el estado de necesidad o la fuerza mayor– no autorizan, excusan ni justifican la violación de una norma de iuscogens; así, un Estado que adopta una contramedida no puede incumplir una norma imperativa de derecho internacional –por ejemplo, la comisión de un genocidio no puede justificar la comisión de otro genocidio en respuesta.

Por último, es relevante tener en cuenta que una importante indicación sobre la naturaleza imperativa o de iuscogens de una determinada norma de derecho internacional, está provista por el hecho de que esa norma consagre garantías de derechos humanos que no son derogables durante los estados de emergencia. Así lo ha explicado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General No. 29, al explicar: “el hecho de

que en el párrafo 2 del artículo 4º [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6º y 7º).” Como se verá, varias de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario reflejan directamente garantías no derogables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que por lo mismo confirman la naturaleza de ius cogens de aquéllas.

Una noción distinta a la de “normas de ius cogens”, pero conexa, es la de “obligaciones erga omnes”. Las obligaciones erga omnes son aquellas debidas por un Estado a la totalidad de la comunidad internacional, cuya violación es una ofensa no solo contra el Estado directamente afectado, sino contra todos los demás Estados que la componen. El concepto de obligaciones erga omnes fue explicado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, en el cual se señaló que “se debe trazar una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado frente a la comunidad internacional como un todo, y aquellas que surgen frente a otro Estado (...). Por su naturaleza misma, las primeras deben ser objeto de la atención de todos los Estados. Dada la importancia de los derechos implicados, puede sostenerse que todos los Estados tienen un interés legal en su protección; son obligaciones erga omnes. Tales obligaciones se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión, y del genocidio, así como también de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial.”

Algunas normas forman parte simultáneamente de ambas categorías. La prohibición del genocidio, por ejemplo, ha sido categorizada por la Corte Internacional de Justicia como una norma de ius cogens, y las obligaciones que impone a los Estados como obligaciones erga omnes, cuyo cumplimiento no está sujeto a reciprocidad dados los fines puramente humanitarios y civilizadores que persigue, que constituyen intereses comunes, y no individuales, de los miembros de la comunidad internacional.” (Subrayas no hacen parte del texto original)

Reconocer este tipo de normas así como aquellas consagradas en los convenios de derechos humanos, como límites normativos a los órganos con funciones constituyentes, se apoya en razones de indudable importancia. Tales razones se encuentran asociadas (i) al grado de

respaldo que le ha sido otorgado por la comunidad internacional, (ii) al tipo de intereses que protegen y (iii) a las graves consecuencias que para un Estado puede implicar su desconocimiento.

3.4.2.1. En relación con las normas internacionales que se han referido, cabe afirmar la existencia de un extendido acuerdo sobre su valor y sobre el deber de acatamiento. Debe admitirse entonces, que el acuerdo universal acerca de la necesidad de prohibir determinado tipo de conductas, se erige en referente fáctico valioso e ineludible con el propósito de identificar los límites a los ajustes constitucionales. Este consenso no puede ser desconocido, dado que el deber de respeto proviene de la determinación contemplada en el artículo 9 de la Constitución Política de Colombia: Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”.

3.4.2.2. El nivel de consenso intercultural mundial exige encontrarse acompañado de una cualificación normativa relativa al tipo de intereses que protegen las normas de derecho internacional. Esta cualificación implica que debe tratarse de normas cuyo contenido ha sido considerado especialmente importante para la existencia de la humanidad.

Así por ejemplo la declaración universal de los derechos humanos de 1948 se expidió, según lo afirman las motivaciones que expone, considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

En una dirección semejante el preámbulo de la Convención americana de derechos humanos reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Los valores sustantivos que son reconocidos en acuerdos, tratados o convenciones ampliamente respaldados por la humanidad corresponden a asuntos de indudable

importancia para la preservación de la humanidad y la garantía de protección de la dignidad de los seres humanos. La trascendencia de esos valores no está dada por su consideración como derechos naturales. Se trata simplemente de materias cuyo desconocimiento haría imposible el desarrollo de las aspiraciones vitales más básicas de las personas o conduciría a situaciones extremadamente injustas. Así por ejemplo, no podría aceptarse como constitucionalmente admisible un cambio constitucional que desconociera los principios básicos del derecho internacional humanitario dado que, como lo ha señalado la Corte, tales principios constituyen un mínimo ético con validez universal independiente de su reconocimiento. Ello fue así señalado en la sentencia C-574 de 1992:

“En síntesis, los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional, como se analizará con algún detalle más adelante. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios.

El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo.”(Subrayas fuera del texto original)

Así pues no ha sido extraño en la jurisprudencia de esta Corporación reconocer que existen disposiciones, que por su contenido o por las aspiraciones que protegen, deben ser respetados, aun cuando no exista un reconocimiento en el derecho interno. Eso permite afirmar sin duda alguna que tales normas se imponen también como un límite al poder constituyente.

3.4.2.3 Ahora bien, en el derecho internacional -tal y como lo recordó la Corte en la providencia antes referida- estas normas tienen como efecto una limitación de la posibilidad de los Estados para celebrar tratados o realizar actuaciones unilaterales. Es por ello que el desconocimiento de este tipo de normas tiene como efecto, según se reconoce en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena, la nulidad. Adicionalmente la infracción de las normas imperativas del derecho internacional o de los instrumentos de derechos humanos puede constituir una fuente de responsabilidad internacional del Estado. Sobre este último aspecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile explicó lo siguiente:

“123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana (...).

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que

aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

3.4.2.4. Así las cosas, la fijación de límites normativos derivados del derecho internacional se explica por las tres razones que anteceden. No tomarlas en consideración implicaría desconocer no sólo que la Constitución tomó la determinación de respetar los principios de derecho internacional que obligan al cumplimiento de los tratados sino que, adicionalmente, se comprometió con una particular preferencia por la protección acentuada de los derechos humanos¹⁰⁷ que puede explicar adecuadamente la fundamentación hasta ahora expuesta.

3.4.2.5. Al margen de cualquier consideración sobre el tipo de relaciones que entre el derecho nacional y el derecho internacional pueden presentarse, estimo necesario afirmar que en el actual estado de avance en los procesos de integración e internacionalización es no sólo posible, sino también imprescindible, ratificar que los órganos con funciones constituyentes -de acuerdo con lo establecido en el artículo 374 de la Constitución- tienen como único límite al ejercicio de sus competencias aquellas normas que, desde una perspectiva de derecho internacional, revisten el mayor grado de relevancia, importancia y significación.

Las tres condiciones previamente expresadas y que fundamentan la imposición de límites al poder de modificación de la Constitución no constituyen una invención. Por el contrario, en diferentes momentos tribunales internacionales, tribunales constitucionales o determinadas organizaciones internacionales han acentuado la relevancia de las normas de derecho internacional en los procesos constituyentes. Cabe destacar en esta oportunidad al menos cuatro experiencias en esa dirección.

3.4.2.5.1 En el ámbito interamericano al constatar el desconocimiento de normas integradas a la Convención Americana de Derechos Humanos como consecuencia de la vigencia de específicas disposiciones constitucionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia pronunciada en el caso Olmedo Bustos y otros contra Chile¹⁰⁸, manifestó lo siguiente:

86. La Corte advierte que, de acuerdo con lo establecido en la presente sentencia, el Estado violó el artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, por lo que el mismo ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la Convención.

87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. (...) La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.

89. Esta Corte tiene presente que el 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago dictó sentencia en relación con el presente caso, la que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 17 de junio 1997. Por no estar de acuerdo con los fundamentos de estas sentencias, el Gobierno de Chile presentó el 14 de abril de 1997 al Congreso un proyecto de reforma constitucional para eliminar la censura cinematográfica. La Corte valora y destaca la importancia de la iniciativa del Gobierno de proponer la mencionada reforma constitucional, porque puede conducir a adecuar el ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana en materia de libertad de

pensamiento y de expresión. El Tribunal constata, sin embargo, que a pesar del tiempo transcurrido a partir de la presentación del proyecto de reforma al Congreso no se han adoptado aún, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Convención, las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir, así, la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo.”

90. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado ha incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

Conforme a ello surge del derecho internacional la obligación de hacer compatible la Constitución con un convenio de derechos humanos reconocido por el Estado.

3.4.2.5.2 El Tribunal Constitucional de España al ser requerido por el Gobierno para determinar la compatibilidad de una norma del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el texto de la Constitución de España, sostuvo:

“6. La conclusión que se impone es, pues, la de que existe una contradicción, irreductible por vía de interpretación, entre el art. 8 B, apartado 1, del Tratado de la Comunidad Económica Europea, según quedaría el mismo redactado por el Tratado de la Unión Europea, de una parte, y el art. 13.2 de nuestra Constitución, de otra; contradicción que afecta a la parte de aquel precepto que reconocería el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a un conjunto genérico de personas (los nacionales de otros países miembros de la Comunidad) que no tienen la condición de españoles. La única vía existente en Derecho para superar tal antinomia, y para ratificar o firmar aquel Tratado, es, así, la que ha previsto la Constitución en su art. 95.1: La previa revisión de la Norma fundamental en la parte de la misma que impone hoy la conclusión de esta Declaración. Dicha reforma constitucional habrá de remover el obstáculo contenido en el art. 13.2, que impide extender a los no nacionales el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales. (...) De todo lo anteriormente expuesto se infiere la conclusión de que, al no contrariar el precepto examinado otra norma de la Constitución distinta al art. 13.2 de la misma, el procedimiento para la revisión constitucional, que prevé el art. 95.1, ha de ser el de carácter general u ordinario contemplado en el art. 167 de nuestra Ley fundamental. Con esta última declaración damos

respuesta a la última de las cuestiones suscitadas por el Gobierno.”¹⁰⁹ (Subraya fuera del texto original)

Luego de un profundo debate en relación con el significado del ajuste al artículo 13 de la Constitución Española, fue aprobada la reforma constitucional que, en opinión de quienes habían intervenido en el debate, resultaba fundamental considerando el proceso de integración de Europa¹¹⁰.

3.4.2.5.3 En una decisión reciente¹¹¹, destacada por la doctrina¹¹², el Tribunal Constitucional Federal Alemán consideró que era posible modificar uno de sus pronunciamientos previos. Se trataba de una decisión en la que había establecido que una ley mediante la cual se disponía que la eliminación del término máximo de detención preventiva resultaba aplicable incluso a “casos viejos” que se encontraban inicialmente cobijados por una ley que establecía un límite de diez años de prisión preventiva.

Con el propósito de hacer posible un nuevo debate constitucional la Corte consideró que la interpretación de la Constitución debía llevarse a efecto considerando el derecho internacional y, en consecuencia, resultaba relevante la interpretación que de la Convención Europea de Derechos Humanos había formulado la Corte Europea de Derechos Humanos en esa materia. Aunque sostuvo que en todo caso el derecho internacional se encontraba sometido al derecho alemán, estimó que se requería llevar a cabo una interpretación que tomara en consideración las normas del referido convenio.

3.4.2.5.4. Así también organismos internacionales han considerado que carecen de cualquier validez aquellas normas constitucionales que, por ejemplo, desconocen la Carta de las Naciones Unidas. En este contexto se inscribe por ejemplo la Resolución 554 de 1984 del Consejo de Seguridad que al pronunciarse sobre la Constitución aprobada en Suráfrica el 2 de noviembre de 1983 declaró que era contraria a los principios de la Carta de las Naciones Unidas y que los resultados de referendo de aquel noviembre carecían de validez.

3.4.2.5.5. Las decisiones anteriores evidencian una particular tendencia de los ordenamientos jurídicos actuales. El significado de determinadas normas internacionales hace que su desconocimiento no sea posible ni aún en los procesos constituyentes¹¹³.

Incluso ellas pueden tener, tal y como ocurrió en el caso resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, una incidencia definitiva en la determinación del significado de la Constitución¹¹⁴.

Los efectos que se adscriben a las normas referidas merecen ser considerados de manera especial por la Corte Constitucional dado que dan cuenta de su notable e indiscutible relevancia. Se trata de un hecho innegable, decisivo para la identificación de un parámetro de control de constitucionalidad adecuado al momento de examinar cambios constitucionales.

3.5. Normas internacionales del iuscogens y de derecho humanos, límite normativo –explícito- al ejercicio del poder constituyente.

3.5.1. Las razones expuestas, unidas a lo dicho por la Corte Constitucional en las sentencias C-141 de 2010 y C-574 de 2011, hacen posible concluir que son éstos límites normativos explícitos, y no aquellos inmanentes o implícitos que ha intentado identificar la Corte, los que deben determinar el alcance del ejercicio del poder constituyente.

3.5.2. Tal bloque normativo de normas limitantes del poder constituyente, contiene: (i) aquellas que pueden calificarse según la jurisprudencia de esta Corporación como normas constitutivas de iuscogens, y, adicionalmente, (ii) las incorporadas en los convenios de derechos humanos.

3.6. El desconocimiento de las normas imperativas del ordenamiento jurídico internacional, como un vicio competencial cuyo control corresponde a la Corte Constitucional.

3.6.1. La jurisprudencia constitucional ha sostenido, con fundamento en el numeral 1 del artículo 241, que el alcance de su control se limita al examen de los vicios de procedimiento en la formación de los actos legislativos y, con apoyo en ello, ha destacado que puede pronunciarse en relación con la configuración de vicios de competencia y vicios de trámite. Resulta entonces imprescindible establecer si el desconocimiento de normas internacionales del tipo descrito en el numeral precedente, puede considerarse una infracción de las disposiciones que definen la competencia de órganos con funciones constituyentes.

3.6.2. De acuerdo con lo señalado a lo largo de este escrito puede afirmarse que el derecho

internacional ha sido mencionado por la Corte de dos formas diversas.

En primer lugar las normas del derecho internacional han sido invocadas con el propósito de establecer si algún elemento es o no un eje definitorio de la Constitución y en esa medida si en el cambio constitucional se produjo una sustitución. Esa referencia a normas internacionales hace que el examen se contraiga a la eventual configuración de un vicio competencial. De esta manera y considerando que una Asamblea Constituyente especialmente encargada de podría sustituir la Constitución, su convocatoria no podría ser analizada desde la perspectiva de las normas imperativas del derecho internacional.

De otra parte y según se advierte en las sentencias C-141 de 2010 y C-574 de 2011, incluso una Asamblea Constituyente se encuentra limitada por las normas imperativas de derecho internacional y por los convenios de derechos humanos. Sin embargo esa restricción no se derivaría de la prohibición de sustituir la Constitución sino del deber de cumplimiento de las obligaciones internacionales que se siguen de tal tipo de normas. En estos casos se trata de invocar normas de derecho internacional no para definir aquello que constituye una reforma o una sustitución, sino con el propósito de establecer si se han cumplido o no los estándares inexpugnables o infranqueables que el orden internacional impone a los Estados.

3.6.3. Conforme a lo expuesto no resulta posible seguir el primer camino en tanto este se enfrenta a las objeciones que quedaron enunciadas en el numeral 2 de la presente aclaración. De esta manera es necesario preguntarse si, al margen de la doctrina constitucional que ha diferenciado entre poder de reforma y poder de sustitución a fin de identificar vicios competenciales, resulta posible sostener que el desconocimiento de normas imperativas de derecho internacional o convenios de derechos humanos constituyen un vicio que encuadre en las funciones asignadas a esta Corporación.

3.6.4. Estimo, al amparo de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 241 de la Constitución, que concurren varias razones para afirmar tal posibilidad:

En primer lugar, el desconocimiento de una disposición imperativa o integrada a un convenio de derechos humanos no puede entenderse adscrita a ninguna de las facultades de actuación atribuidas a los diferentes órganos estatales. Se trata de disposiciones de tan significativa importancia que considerar la posibilidad de asumir una competencia para su modificación desconocería que en el orden internacional el Estado se encuentra en la

posición de no ser competente para hacerlo dado que, de lo contrario, se afectarían gravemente las bases en las que se asienta la comunidad internacional y cuyo seguimiento se reconoció expresamente en el artículo 9 de la Constitución.

En segundo lugar, existen disposiciones de las regulaciones internacionales que indican la ausencia de competencia de los Estados para adoptar modificaciones de esta naturaleza. Así por ejemplo, el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevén que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de tales instrumentos, las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. En una dirección semejante se encuentra el artículo 30 de la declaración universal de los derechos humanos conforme a la cual nada en esa declaración puede interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en tal declaración.

Una interpretación de estas disposiciones permite concluir que los referidos instrumentos habilitan al Estado para adoptar normas que permitan la realización de los derechos y libertades establecidos en las convenciones implicando ello, en consecuencia, que no cuenta con una competencia para expedir normas que se encuentren en una dirección diferente. Es por ello que el último de los artículos citados prevé una prohibición de emprender actos orientados a la supresión de los derechos allí consagrados.

En tercer lugar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la afectación de determinadas disposiciones del derecho internacional puede resultar de tal gravedad que se justifica afirmar que su desconocimiento encuadra en una hipótesis de incompetencia. Así, en la sentencia C-574 de 1992 la Corte indicó que “la Constitución colombiana limita expresamente la competencia de las instancias creadoras y aplicadoras del derecho, en beneficio de la obligatoriedad plena de los principios del derecho internacional humanitario”

En cuarto lugar, abstenerse de considerar como vicio de procedimiento el desconocimiento de normas imperativas de derecho internacional y, como consecuencia de ello, renunciar al examen de su acatamiento, supondría aceptar que resulta constitucionalmente indiferente el incumplimiento de compromisos internacionales reconocidos como obligatorios, respecto de

las cuales existe un consenso intercultural extendido y que son fundamentales para el desarrollo digno de los seres humanos.

SEGUNDA PARTE

EL ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2011 NO DESCONOCÍA LOS LÍMITES QUE A LA COMPETENCIA DEL CONGRESO LE IMPONEN LAS NORMAS CONTENIDAS EN CONVENIOS DE DERECHOS HUMANOS

1. Los límites a la competencia de los órganos con facultades de modificar la Constitución se siguen, según ha quedado fundamentado, de las normas imperativas de derecho internacional y de los instrumentos en materia de derechos humanos respecto de los cuales exista un extendido consenso intercultural. Cabe preguntarse entonces si resulta posible identificar disposiciones de tal naturaleza que puedan resultar relevantes para examinar lo dispuesto en el Acto Legislativo 4 de 2011.

Un examen de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos permite establecer algunos enunciados que pueden ser relevantes. Así, en primer lugar el artículo 21 de la Declaración Universal de los derechos Humanos prevé que toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

En una dirección similar el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece, al regular los denominados derechos políticos, (i) que todos los ciudadanos deben gozar de la oportunidad de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. A pesar de la amplia protección prevé (ii) que la ley puede reglamentar el ejercicio del derecho fundándose en razones asociadas, exclusivamente, a la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. Además de lo anterior el artículo 27 de la Convención establece una prohibición de suspensión de los derechos enunciados en el artículo 23 aún en casos de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 25 (i) que todos los ciudadanos gozarán de la oportunidad de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país, (ii) que tal derecho podrá

ejercerse sin tener en cuenta distinciones fundadas en la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social y, en todo caso, (iii) que no deben autorizarse restricciones indebidas al ejercicio de tal derecho.

Las normas de derechos humanos citadas, ampliamente reconocidas en el contexto internacional, que amparan pretensiones básicas para asegurar la dignidad del ser humano y cuyo desconocimiento puede derivar en la atribución de responsabilidad del Estado, limitan la competencia de los órganos habilitados para ejercer funciones constituyentes.

La anterior conclusión se asienta además en el hecho de que la Convención Americana de Derechos Humanos prevé una no-competencia de los Estados para afectar las normas contempladas en la Convención. Esta posición jurídica se deriva del hecho consistente en que las normas que la integran y en particular su artículo 2, confiere a los Estados únicamente la competencia para adoptar, siguiendo los procedimientos requeridos para el efecto, las medidas necesarias para la efectividad de los derechos y libertades protegidos por la convención¹¹⁵. En similar dirección se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de cuyo artículo 2.2 puede inferirse que los Estados cuentan con la competencia para adoptar aquellas medidas que puedan requerirse para la efectividad de los derechos reconocidos en la convención¹¹⁶ pero no para adoptar medidas cuyo resultado sea su vulneración.

En todo caso esta competencia para adoptar medidas de realización de los derechos consagrados en la Convención se encuentra acompañada de una habilitación para regular los derechos mediante la ley sin que ello implique, en ningún caso, su supresión.

2. Las disposiciones internacionales citadas se encuentran vinculadas de manera estrecha con el derecho a la igualdad y, en particular, con la prohibición de discriminación que se deriva del mismo. Tal afirmación puede explicarse al constatar que el reconocimiento del derecho de acceder al ejercicio de funciones públicas coincide en prescribir que ello debe ocurrir en condiciones de igualdad. Esa referencia general se encuentra acompañada, en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de una prohibición de emplear algunos criterios de distinción que podrían calificarse como sospechosos.

Este estrecho vínculo del derecho de acceder al ejercicio de funciones públicas con la

protección a la igualdad adquiere una importancia significativa si se tiene en cuenta que esta última ha sido calificada como *ius cogens*. En efecto, en el párrafo 184 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Yatama contra Nicaragua*, se indicó:

“El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales (...) y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”¹¹⁷

Precisamente por la relevancia del derecho a la igualdad, la Convención Americana de Derechos Humanos se ocupa de definir los criterios que pueden ser empleados para fijar restricciones al derecho previsto en el literal c), numeral 1, del artículo 23. De allí se deriva una habilitación estatal específica a efectos de que la ley regule el acceso a la función pública teniendo como criterios la edad, la nacionalidad, la residencia, el idioma, la instrucción, la capacidad civil o mental, o la condena, por juez competente, en proceso penal.

3. En la observación No. 25 de 1996 del Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al referirse al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en particular, al aludir al literal c) se indicó lo siguiente:

“El apartado c) del artículo 25 se refiere al derecho y a la posibilidad de los ciudadanos de acceder, en condiciones generales de igualdad, a cargos públicos. Para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos. Podrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso. Si el acceso a la administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantizará su libertad de toda injerencia o presión política. Reviste especial

importancia garantizar que las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de los derechos que les corresponden conforme al apartado c) del artículo 25 por cualquiera de los motivos especificados en el párrafo 1 del artículo 2.”

Conforme a tal interpretación el núcleo de la protección del derecho de acceder al ejercicio de funciones públicas se encuentra radicado en la obligación de asegurar que las condiciones de ingreso estén asentadas en consideraciones objetivas y razonables -lo que implica, una prohibición de implementar procedimientos caprichosos-.

En el párrafo 206 de la decisión pronunciada en el caso Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) contra Venezuela, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apoyándose en la ya referida Observación General No. 25, precisó lo siguiente:

Posteriormente, en la sentencia adoptada en el caso Reverón Trujillo contra Venezuela, la Corte Interamericana sintetizó así la interpretación que debía conferirse al literal c), numeral 1 del artículo 23 de la Convención:

“Según lo alegado por el Estado, el artículo 23.1.c de la Convención Americana no incluye la protección del derecho a la permanencia en el ejercicio de las funciones públicas. Al respecto, la Corte resalta que en el caso Apitz Barbera y otros, este Tribunal precisó que el artículo 23.1.c no establece el derecho a acceder a un cargo público, sino a hacerlo en “condiciones generales de igualdad”. Esto quiere decir que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando “los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean] razonables y objetivos” y que “las personas no sean objeto de discriminación” en el ejercicio de este derecho (...). Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que la garantía de protección abarca tanto el acceso como la permanencia en condiciones de igualdad y no discriminación respecto a los procedimientos de suspensión y destitución (...). Como se observa, el acceso en condiciones de igualdad constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede.

La Corte ha establecido que el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a

través de funciones públicas. Por lo tanto, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.”¹¹⁹

4. Los antecedentes referidos permiten plantear las siguientes conclusiones acerca de los límites que a la competencia del Congreso, en ejercicio del poder de reforma, cabe imponer. En primer lugar existe una prohibición de utilizar criterios caprichosos para determinar las posibilidades de acceso a cargos públicos. En segundo lugar y a fin de evitar el empleo de tales criterios se encuentra ordenado considerar el mérito en los procesos de vinculación al Estado. En virtud del derecho a la igualdad se encuentra prohibido el empleo de categorías que conduzcan a la discriminación. Finalmente y por no tratarse de criterios discriminatorios se encuentra permitido regular el ejercicio del derecho a acceder a cargos públicos empleando la edad, la nacionalidad, la residencia, el idioma, la instrucción, la capacidad civil o mental, o la condena, por juez competente, en proceso penal.

5. Al analizar el contenido del Acto Legislativo 04 de 2011 a la luz de los límites previamente identificados, se puede concluir que su aprobación no los desconoció y, en esa medida, la actuación del Congreso no implicó el ejercicio indebido de sus facultades de reformar la Constitución.

El acto legislativo tuvo como propósito hacer frente a una situación que se había extendido en el tiempo por la inacción de las autoridades del Estado en la implementación de los diferentes concursos. Esa situación, unida a la especial posición en la que podían encontrarse los funcionarios provisionales o encargados, condujo al Congreso a implementar una fórmula que permitiera armonizar los intereses en juego. Por ello contempló una estrategia que sin eliminar el mérito como eje fundamental de los procesos de vinculación a la carrera administrativa, tomara en consideración la situación de los funcionarios que venían ocupando determinados cargos públicos en condición de provisionales o encargados.

La homologación prevista en el acto legislativo, que se aplicaba de manera temporal y que no tenía como resultado la eliminación del concurso, se asienta en consideraciones objetivas y razonables dado que (i) no prescinde del mérito como criterio de calificación en tanto considera como criterio de evaluación la experiencia y los estudios adicionales al cargo

-igualmente la calificación sobresaliente de los funcionarios encargados-, (ii) no utiliza ninguna de las categorías prohibidas para establecer tratos diferentes y, por el contrario, (iii) toma nota de la instrucción y capacidad del funcionario público a efectos de determinar un trato especial

El Congreso podía, atendiendo las circunstancias que se presentaban, elegir entre diferentes instrumentos para hacerle frente a la compleja situación que se presentaba. El proceso de deliberación en el Congreso da cuenta de la valoración de las alternativas existentes¹²⁰. Finalmente optó por un mecanismo que sin suprimir o anular el goce del derecho a acceder a la función pública de las personas que pretendían incorporarse a la carrera, consideró la especial posición de aquellas que venían cumpliendo funciones públicas en situaciones no ordinarias y por razones atribuibles al Estado.

TERCERA PARTE

EL ACTO LEGISLATIVO 4 DE 2011 NO DESCONOCÍA LOS LÍMITES DERIVADOS DE LA PROHIBICIÓN DE SUSTITUCIÓN

Tal y como se señaló en la introducción de este salvamento no obstante considerar incorrecta la doctrina que sobre la prohibición de sustitución ha venido defendiendo esta Corporación, a continuación examinaré la constitucionalidad del acto legislativo 04 de 2011 a partir de tales premisas con el objeto de demostrar su constitucionalidad.

1. Examen de constitucionalidad del acto legislativo 4 de 2011.

Para emprender el examen de constitucionalidad del acto legislativo, en este aparte se seguirá la metodología propia del juicio de sustitución hasta ahora empleada por la Corte Constitucional. El juicio de sustitución exige: (i) delimitar la premisa mayor, estableciendo el eje definitorio o esencial de la Constitución posiblemente sustituido; (ii) establecer el grado de impacto de la modificación constitucional introducida respecto del eje definitorio, a fin de evaluar si tal variación constituye un remplazo del mismo; (iii) precisar si el ajuste introducido en la reforma al eje definitorio derivado de la Constitución de 1991, es opuesto o integralmente diferente, de manera tal que resulta definitivamente incompatible con ella.

2. La delimitación de los ejes definitorios de la Constitución, tomando en consideración la relevancia de otros intereses o ejes constitucionales definitorios.

2.1. La definición de la premisa mayor del juicio de sustitución, esto es, la determinación de aquellos ejes definitorios de la Constitución cuya sustitución por otros incompatibles se encontraría prohibida para los órganos titulares de poder de reforma, no puede llevarse a cabo sin considerar los intereses constitucionales que pueden limitar su alcance. La Constitución, tal y como lo ha reconocido esta Corporación, constituye un texto construido a partir diferentes principios y reglas que entran en tensión o colisionan entre sí, y a partir de ello, se delimitan. Esta exigencia de delimitación se deriva constitucionalmente del sentido del artículo 2 superior, conforme al cual es uno de los fines del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes establecidos en la Constitución¹²¹. Conforme a lo anterior, la identificación de un eje constitucional definitorio no puede hacerse considerando únicamente los elementos de su contenido específico, so pena de desconocer de otros intereses constitucionales que operan en diferente dirección.

2.2. La Constitución no debe dejar de ser considerada como un todo, en los eventos en los que se afirma su sustitución, pues se corre el riesgo de privilegiar algunos de los elementos que la conforman. Por ello, el alcance de un eje definitorio de la Constitución debe considerar los contenidos constitucionales que, al mismo tiempo, puedan limitar su alcance. Si bien una modificación de la Constitución puede suponer la alteración de uno de sus rasgos nucleares o cardinales, debe considerarse el impacto de la modificación respecto de otros intereses constitucionales relevantes. La unilateralidad en la determinación del eje definitorio, en el sentido de observar únicamente aquello que resulta afectado y no los resultados favorables que del cambio constitucional pueden derivarse para otros intereses también protegidos por la Constitución, desconoce la obligación de asegurar su integridad.

Así por ejemplo, si se estableciera que un eje definitorio de la Constitución consiste en la obligación del Estado de proteger y hacer posible el ejercicio de la libertad, no podría omitirse en la enunciación de la premisa mayor que la Constitución contiene también disposiciones que ordenan la protección más amplia posible de la igualdad. No proceder de esa manera conduciría al riesgo de desarticular la Constitución, al prohibir modificaciones que al tiempo de impactar seriamente un eje definitorio protegen intereses constitucionales valiosos presentes en otro eje también definitorio de la Constitución de 1991.

2.3. Esta comprensión del eje definitorio coincide también con importantes aproximaciones teóricas al problema de las enmiendas constitucionales. De esta manera, para valorar si un cambio constituye un derrumbe constitucional es necesario considerar que una variación constitucional puede tener entre sus propósitos (i) ajustar los valores constitucionales básicos a las cambiantes circunstancias políticas y sociales, (ii) incorporar a la Constitución una comprensión más amplia e inclusiva de esos valores o (iii) adaptar las instituciones básicas para desechar debilidades que han salido a la luz en la subsecuente práctica constitucional¹²².

Desde esta perspectiva, es importante para calificar el impacto del ajuste constitucional, la valoración de la Constitución como un todo, a fin de establecer si se trata de una modificación que, aun afectando intereses constitucionales relevantes, plantea una nueva comprensión de otros intereses o subsana un defecto en la implementación real de la Constitución o su interpretación.

2.4. Teniendo en cuenta tales circunstancias, cabe precisar que en protección del mérito como eje definitorio y su articulación con el sistema de carrera administrativa, no puede desconocerse la importancia de proteger otros intereses también amparados por la Constitución. Teniendo en cuenta lo anterior es importante señalar que el eje definitorio enunciado en la sentencia C-588 de 2009 debía complementarse, incorporando los intereses de sujetos que plantean también aspiraciones constitucionales legítimas, como aquellos funcionarios que, ocupando cargos vacantes de carrera en provisionalidad o encargo, desarrollan y perfeccionan habilidades funcionales e intelectuales durante su ejercicio y con el paso de los años construyen una relación de confianza legítima con la administración. Es de esta manera como debe entenderse la exigencia de hacer la lectura integral y transversal requerida para la identificación del eje definitorio.

3. El mérito y de la carrera administrativa como principio y eje definitorio de la Constitución de 1991, según sentencia C-588 de 2009.

De las demandas de inconstitucionalidad formuladas en contra del Acto Legislativo 04 de 2011 se deduce que el eje definitorio que se estima como sustituido es el mismo aludido en la sentencia C-588 de 2009. El referido eje podría caracterizarse a partir de los siguientes enunciados:

3.1 La Constitución de 1991 establece como punto de partida y regla general en materia de vinculación a las entidades estatales, la carrera administrativa. Ello no equivale a negar la existencia de otras formas de vinculación tal y como ocurre en los empleos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y de aquellos que determine la ley. Tal regla general exige que las excepciones establecidas por la ley, cuenten con una fundamentación constitucional suficiente¹²³; por ello, no podría el Congreso desnaturalizar tal regla, invocando la habilitación legislativa que contempla el artículo 125 de la Constitución. Adicionalmente, en caso de una ausencia de regulación específica, deben seguirse las reglas que orientan la carrera administrativa¹²⁴. Igualmente los sistemas especiales de carrera definidos por el legislador deben respetar los principios que se derivan de la Constitución¹²⁵.

3.3 La carrera administrativa, como sistema principal de vinculación con el Estado, se encuentra articulada con propósitos constitucionales de relevancia: Así, de una parte, tal sistema de vinculación asegura la realización de los fines estatales y de la función administrativa; adicionalmente permite proteger de manera adecuada algunos derechos fundamentales de las personas amparadas por ese régimen; finalmente hace posible garantizar la efectividad del principio de igualdad en materia de acceso a la función pública¹²⁷.

Conforme a lo anterior y atendiendo el primer grupo de fines articulados con la carrera puede afirmarse que “existe ‘una relación intrínseca’ entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, al punto que, según la Corporación, el fundamento constitucional de la carrera administrativa se encuentra en los artículos 125 y 209 superiores”, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, “la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (...).¹²⁸

Además de ello, y desde la perspectiva del segundo grupo de propósitos que se vinculan a la carrera administrativa, es posible sostener que “mediante la carrera se permite el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos que consagra el artículo 40, numeral 7º, de la Constitución’ (...), ya que el ciudadano puede tener acceso a ese desempeño ‘acogiéndose a las reglas del concurso público y con sujeción a los méritos y calidades propios, como se

deriva de la Declaración Universal de Derechos Humanos que prevé el acceso de las personas ‘a todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos’ (...).”

En esa misma dirección la carrera administrativa contribuye a asegurar la protección de los derechos de los trabajadores establecidos en la Constitución, pues “las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado (...)”, 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 (...) y con la posibilidad de obtener capacitación profesional, así como los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados, tal como se desprende de los artículos 2º, 40, 13, 25, 53 y 54 de la Carta (...)”.

Finalmente, la carrera administrativa se articula funcionalmente con el derecho a la igualdad en tanto “la Corporación ha indicado que ‘el acceso a la carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la igualdad’ que se opone al establecimiento de ‘requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes’, pues, en tal evento, se erigirían ‘barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales (...)’”¹²⁹.

3.4. La comprensión constitucional de la carrera administrativa y el mérito en las condiciones señaladas, permite afirmar la existencia de algunas prohibiciones específicas. Sobre ello la Corte Constitucional sostuvo:

“En concordancia con lo anterior, la Corporación ha puntualizado que del sistema de carrera impuesto por el Constituyente de 1991 surge la prohibición de prever condiciones que impiden la determinación objetiva del mérito de cada concursante, de incluir ítems de evaluación cuya aplicación proceda para algunos concursantes y no para todos, de disponer distintos criterios para evaluar a los aspirantes vinculados a la respectiva entidad y a los que no lo están y de establecer una regulación más restrictiva para el ingreso a la carrera que la prevista para el ascenso en la misma (...)”¹³⁰

3.5. Conforme a lo expuesto podría sintetizarse el eje definitorio, indicando que el mismo se halla edificado a partir (i) de una prohibición de establecer como regla general de vinculación

al Estado un mecanismo diferente a la carrera, (ii) de un mandato de asegurar que la vinculación a la carrera administrativa se lleve a efecto, como regla general, a través de un concurso público, (iii) de un mandato de asegurar que en el concurso público sea considerado como principal factor el mérito y, en esa medida, que se adelanten procesos de evaluación que permitan la elección del mejor y (iv) de un mandato de asegurar que la carrera administrativa, como regla general, garantice la eficiencia administrativa, proteja los derechos de los trabajadores y haga posible el ingreso en condiciones de igualdad.

4. La regulación del acto legislativo 4 de 2011, el eje definitorio del mérito y su articulación con la carrera administrativa.

4.1. El Acto Legislativo 4 de 2011 estableció una homologación de los resultados de las pruebas de conocimiento por los resultados derivados de la calificación de la experiencia y los estudios certificados adicionales a los requeridos para el cargo correspondiente. Este régimen beneficia a los funcionarios provisionales y a los empleados de carrera que se encuentren ocupando, en condición de encargados, cargos de carrera vacantes de manera definitiva.

4.2. El acto legislativo prevé la homologación de las exigencias previstas para el concurso, sin establecer la eliminación del mismo. De esta manera el concurso de méritos, como mecanismo que se impone como regla general para la vinculación de empleados a la carrera administrativa, no es eliminado. La estructura general del concurso, conforme se deduce del artículo demandado, se altera como consecuencia de la homologación prevista pero sin eliminar, se insiste, el desarrollo del concurso.

4.3. En estrecha conexión con lo anterior debe señalarse que la homologación ordenada no constituye la eliminación del mérito como criterio prioritario de vinculación al Estado. En efecto, no resulta admisible sostener que la única posibilidad de constatar el mérito consista en la aplicación de una prueba de conocimiento. En efecto y sólo para citar un ejemplo acerca de los componentes que definen tal idea, el literal a) del artículo 28 de la ley 909 estableció que este es un principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente “de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos”.

4.4. Conforme a ello elegir para la calificación del mérito los estudios académicos adicionales o la experiencia acumulada con ocasión del ejercicio de funciones públicas tal y como lo hace el acto legislativo, no supone el empleo de criterios fundados en la subjetividad o arbitrariedad del nominador. Su calificación es el resultado de una contrastación de hechos que hace posible afirmar la existencia de determinadas aptitudes para el ejercicio de un cargo.

El ordenamiento jurídico colombiano ha considerado que el mérito es un concepto complejo que se encuentra compuesto por las condiciones académicas, la experiencia relacionada con el tipo de funciones que deben ser desempeñadas y con las habilidades o competencias que demanda el adecuado desempeño del empleo. Si la aceptación del mérito implica el reconocimiento de la capacidad para ejercer determinadas funciones es evidente que puede realizarse de diferentes formas y, en consecuencia, no puede reducirse ni asimilarse a un único factor.

4.5. De acuerdo con lo expuesto puede afirmarse que el acto legislativo no sustituye de ninguna manera el mérito como condición de ingreso a la carrera administrativa sino que, por el contrario, toma nota de los factores que lo componen y, a partir de ellos, establece un régimen especial para atender la situación en la que se pueden encontrar funcionarios nombrados en provisionalidad o encargados en cargos de carrera definitivamente vacantes. En resumen, no se trata de la sustitución del modelo de vinculación a la carrera administrativa fundado en el mérito que, por regla general, sigue vigente en la Constitución.

4.6. Podría decirse que el trato diferenciado entre los funcionarios que, por reunir las condiciones allí previstas son destinatarios del Acto Legislativo 04 de 2011 y el resto de personas que pretenden ocupar cargos del Estado, constituye una afectación grave del principio de igualdad en materia de ingreso a la función pública y, en consecuencia, se trataría de la sustitución de uno de los ejes definitorios. Este argumento podrían fundamentarlo a partir de lo indicado por la jurisprudencia constitucional en el sentido de resultar inconstitucional la fijación de tratos diferenciados en el proceso de apreciación de los méritos.

Este razonamiento resultaría correcto si lo que se hubiera examinado fuese la constitucionalidad de una norma legal. Sin embargo, no es ello lo que ocurrió en el presente

caso, si se tiene en cuenta que el examen recayó sobre una variación constitucional adoptada por un órgano titular de funciones constituyentes, pues no basta alegar que la excepción consagrada transitoriamente en el Acto Legislativo 4/11 contradice la regla constitucional que éste exceptúa -menos que desconoce la ley que establece los parámetros generales del concurso público de méritos-, sino que es necesario demostrar que anula el mérito como factor de acceso a la carrera administrativa.

4.7. De esta manera, debe considerarse que el eje presuntamente sustituido no impone un modelo único de vinculación a las entidades del Estado. De hecho, el artículo 125 autoriza que la ley establezca excepciones al sistema de carrera siempre y cuando, según lo exige la jurisprudencia constitucional, exista una razón que pueda justificarlo.

4.8. Del contenido del eje definitorio establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009 lo que se deriva es la obligación de aplicar seriamente la carrera y el mérito por su relación con los fines del ejercicio de la función pública, con los derechos de los trabajadores y con la garantía constitucional de la igualdad. Es por ello admisible, en el marco del juicio de sustitución, reconocer un alto margen de valoración al constituyente derivado, a efectos de instrumentar las diversas formas de vinculación a la carrera administrativa tomando en cuenta, por ejemplo, las especiales condiciones en las que pueden encontrarse determinado tipo de sujetos. Este margen de apreciación resulta especialmente amplio si se considera que el poder de reforma no se encuentra restringido por contenidos constitucionales específicos sino, exclusivamente -a la luz de la posición mayoritaria-, por la prohibición de sustituir la Constitución. En ese sentido resulta posible que el Constituyente valore las circunstancias en las que se encuentran los diferentes grupos de personas que pretenden acceder o ascender en la carrera administrativa a fin de implementar tratamientos diversos.

No debe nunca perderse de vista, se insiste una vez más, que la valoración constitucional de esta elección no puede hacerse como si se tratara del ejercicio de funciones legislativas dado que, de ser ello así, se multiplicarían los límites que cabe establecer a las disposiciones adoptadas hasta el punto de anular las posibilidades de cambio constitucional.

4.9 En este caso el Congreso de la República, atendiendo las especiales circunstancias bajo las cuales se encuentran vinculados algunos funcionarios públicos así como la

responsabilidad que cabía predicar del Estado debido a la no realización de los concursos de méritos para definir una vinculación definitiva, estableció un régimen particular de calificación, aplicable por una sola vez y destinado a proteger los intereses constitucionales ciertamente relevantes de los referidos funcionarios.

No introdujo una regulación caprichosa o irrazonable que otorgue a los nominadores la posibilidad de elegir a su arbitrio aquellos que se incorporan a la carrera administrativa. En modo alguno, ya que el régimen transitorio de incorporación diseñado en el Acto Legislativo seguía siendo, ante todo, un mecanismo objetivo de selección, que no desconocía la regla del mérito y solo, de manera temporal, fijaba una diferenciación en las condiciones de evaluación. Esto se hace tomando en cuenta la particular situación de los servidores públicos, comenzando por la responsabilidad del Estado por no implementar concursos públicos con celeridad, las expectativas de funcionarios que por extensos períodos de tiempo se han encontrado vinculados a la administración pública y la necesidad de reconocer la realidad de un vínculo de naturaleza laboral.

4.10 En suma, el ajuste constitucional caía amparado en el amplio margen que se adscribe al poder de reforma incluso en la doctrina mayoritaria de esta Corporación y, en esa medida, la decisión del Congreso resultaba constitucionalmente admisible.

CONCLUSIONES

1. La identificación de límites con fundamento en la tesis actual relativa a la prohibición de sustitución de la Constitución, plantea problemas muy complejos que justifican un replanteamiento metodológico por parte de esta Corporación.

2. Ese replanteamiento no implica, de ninguna manera, que el ejercicio de la facultad de reforma carezca de restricciones. De lo que se trata es de identificar, con fundamento en una interpretación adecuada de la Constitución, límites normativos más seguros que amplíen la realización del principio democrático en momentos de cambio constitucional. Esta función que se atribuye al derecho internacional cuenta, a pesar de las críticas que podrían formularse, con un fundamento constitucional, teórico y práctico suficiente. De acuerdo con la posición que he defendido, los límites a la competencia del Congreso para reformar la Constitución deben identificarse a partir de las normas imperativas del derecho internacional y de los convenios de derechos humanos

3. A pesar del replanteamiento del parámetro para evaluar la constitucionalidad de una reforma a la Carta Política el proyecto original sometía el acto legislativo demandado, a fin de proteger la confianza en el precedente metodológico definido en anteriores providencias, al escrutinio que se sigue del juicio de sustitución y, adicionalmente, al examen de respeto a límites derivados del orden internacional. El examen llevado a cabo conducía a una conclusión idéntica conforme a la cual la decisión constituyente del Congreso no suponía al menos por el cargo analizado en esta oportunidad, vicios de procedimiento en su formación.

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

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

MAGISTRADO

ANEXO

La deliberación política y constitucional que precedió la adopción del Acto Legislativo 4 de 2011

Los antecedentes del Acto Legislativo 04 de 2011 evidencian un intenso debate en el Congreso en relación con la manera como debía abordarse, desde una perspectiva constitucional, la situación de los funcionarios provisionales vinculados a la función pública atendiendo, por un lado, la decisión adoptada en la sentencia C-588 de 2009 y, por otro, la situación de muchos funcionarios que en condiciones no ordinarias se habían encontrado vinculados por extensos períodos a la administración pública.

Desde la exposición de motivos que acompañó la presentación del proyecto en el Senado de la República se expresaron las dificultades relativas a las exigencias previstas para el concurso público y, en particular, los obstáculos derivados de la realización de una prueba de conocimiento general a las personas que se hallaban vinculadas provisionalmente a la administración pública. Allí se señalaba:

“Si bien es cierto que toda persona debe gozar de las mismas oportunidades sin ninguna discriminación, también lo es que el Estado debe promover y garantizar las condiciones, para que esa igualdad sea real y efectiva adoptando las medidas necesarias y pertinentes.

Mediante Resolución número 0171 de 2005, modificada parcialmente por la Resolución 131 de 2008, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por medio de la cual se convoca al proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera administrativa, establece en su artículo segundo la Estructura del Proceso de Selección. En una primera fase aparece la Prueba Básica General de Preselección y en una segunda la Aplicación de Pruebas Específicas. Existe preocupación de parte de los funcionarios que ostentan la calidad de provisionales, por cuanto en el estudio análisis y elaboración de las pruebas que se les ha aplicado, no se ha tenido en cuenta situaciones tan importantes de los aspirantes como la edad, ubicación en el territorio nacional, nivel jerárquico al cual se aspira, profesión u oficio, situación étnica, lenguaje, incapacidad física parcial, estudios, experiencia, tiempo de terminación de estudios, entre otros, que hacen que exista desigualdad entre una persona recién egresada y aquella que ha egresado hace quince años. No obstante, estos funcionarios provisionales poseen una experiencia de igual número de años, superando a quien con mejor calificación obtiene mayor puntaje, no reflejando los méritos y calidades de los aspirantes.

Es importante crear una forma o fórmula, en este caso, la homologación del concurso por la experiencia para poder evaluar en igualdad de condiciones y oportunidades, según los méritos y calidades de los aspirantes a ingresar a los cargos de carrera.

Con el resultado de las pruebas actuales de los procesos de selección, se ha podido constatar en todo el territorio Nacional, una manifiesta desigualdad entre los participantes, pues quienes vienen superándolas teóricamente son los aspirantes que traen como ventaja el hecho de que aún están estudiando o haber egresado recientemente, sin importar quiénes en la actualidad ejercen dichos cargos con experiencia de 10 y 15 años, pero que en su mayoría la teoría estándar en la cual se basan las pruebas generales y específicas, las superaron en el pasado. El resultado de estos procesos de selección que se vienen practicando en cabeza de quienes aspiran a una estabilidad y que obtienen un despido, como consecuencia de dicho proceso de selección y en especial de las pruebas generales y específicas, que quien las han elaborado no tuvieron en cuenta las circunstancias y condiciones de los aspirantes, pues solo han servido única y exclusivamente para despedir gran cantidad de servidores públicos, causando grave daño a la sociedad y a las familias, constituyéndose en una masacre laboral.

Por todo lo anterior, acudimos al Congreso de la República por ser el competente para reformar la Constitución Política. En el caso que nos ocupa, se está adicionando el artículo 125; con este hecho, es decir, homologando las pruebas generales y específicas del concurso público abierto por la experiencia estableciendo un término, no se está sustituyendo ni derogando la Carta Magna, pues esa facultad solo se encuentra radicada en cabeza del pueblo como constituyente primario, que es de quien emana el Poder Público.”¹³¹

Considerando las preocupaciones relacionadas (i) con la situación de los funcionarios provisionales que llevaban ocupando un cargo de carrera por un período de tiempo relativamente extendido así como las diferencias con las personas que pretendían, a través del concurso, ingresar a la carrera administrativa, (ii) con el contenido de los exámenes que se venían realizando y que no tomaban en consideración las diferencias entre quienes debían concurrir a su presentación y (iii) con los efectos que podrían derivarse de la desvinculación de numerosas personas después de realizados los concursos, el proyecto de acto legislativo 15 de 2010 (Senado) contemplaba la homologación de la experiencia de 5 años por las pruebas del concurso¹³² previendo además su inscripción extraordinaria en carrera.

Los motivos para la presentación del proyecto legislativo se hicieron nuevamente explícitos en la ponencia para primer debate del acto legislativo en el Senado de la República¹³³.

Se destacaba la irregular situación en la que se encontraban las personas que serían beneficiarias del ajuste constitucional dado que, aunque la ley prohibía nombramientos en tal condición –en provisionalidad- por períodos superiores a 8 meses, tal tipo de vinculación se había extendido más allá de lo autorizado. Esa circunstancia hacía necesario reconocer su especial situación y, adicionalmente, considerar la relevancia de la primacía de la realidad sobre las formalidades a efectos de regularizar su vinculación a la administración pública.

Allí se decía al referirse a la mencionada exigencia constitucional:

“Este principio como lo ha observado la honorable Corte Constitucional guarda relación con la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas externas, y más que las definiciones o formas de contratación, debe analizarse por parte de las autoridades, es el contenido material de la relación, sus características y los hechos que la determinan. En el caso que nos ocupa, reiteramos, la realidad es que los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad han permanecido en el cumplimiento de sus funciones por más de 10, 15 y 20 años, y dicha

labor la han hecho de una manera idónea, eficaz y eficiente, al punto de que con la alta rotación burocrática en el sector público, los servidores públicos nombrados en provisionalidad han conservado sus cargos.

Verificada la realidad laboral de los servidores públicos en provisionalidad, se requiere reconocer las consecuencias jurídicas a favor de éstos y la presente iniciativa de Acto Legislativo propende materializarlo.”¹³⁴

Y más adelante, aludiendo al contenido de las evaluaciones que se implementaban en el concurso público, la ponencia para primer debate advirtió:

“En este aspecto, es necesario analizar con mayor ponderancia, el tema del contenido de las evaluaciones, puesto que ellas, se han convertido en un verdadero obstáculo, para el acceso a los cargos convocados en los respectivos concursos, de los empleados denominados provisionales, en razón, que la primera prueba denominada de conocimientos generales, se ha circunscrito a los temas de conocimiento de la Constitución Política y estructura del Estado, temas estos, que en verdad, son de mayor manejo de quienes han terminado sus estudios secundarios o universitarios en época reciente, frente a aquellos que vienen ejerciendo sus cargos de tiempo atrás. En igual sentido, no resulta avalable, que estas pruebas sean de carácter general, aplicables en términos indiscriminados, sin tener en cuenta las características y particularidades, de cada una de las regiones y localidades de nuestro país y lo más censurable en este aspecto, es darle el carácter de clasificatorio, para poder acceder a la segunda prueba, esto es, que un aspirante que no obtenga un puntaje superior de 60, quedará excluido automáticamente del concurso, negándole la posibilidad de demostrar en la segunda prueba, que versa sobre conocimiento específico del cargo, la idoneidad, conocimiento y capacidad para seguirlo desarrollando”¹³⁵

Además de ello y poniendo de presente la preocupación manifestada en la exposición de motivos al indicar que no se trataba de la sustitución de la Constitución, la ponencia indicó:

“Y es el momento de precisar, que no se trata de eludir el principio constitucional del mérito, para acceder a los cargos de la administración pública, principio con el cual estamos de acuerdo y en consecuencia, toda nuestra actividad legislativa en este tema, ha estado encaminado a materializarlo como consta en las diferentes actas de la Comisión Séptima y Plenaria del Senado.

Por lo anterior, compartimos plenamente lo afirmado por la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-588 de 2009, (...)

Para dar cumplimiento a los pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional, me permitiré presentar pliego de modificaciones al Proyecto Acto Legislativo de autoría de los honorables Senadores Javier Cáceres Leal, Armando Benedetti, Gloria Inés Ramírez, Juan Manuel Galán, Roberto Gerléin, Luis Fernando Velasco y otros, en el sentido de suprimir la inscripción automática de los servidores públicos a la carrera administrativa y pediré que se homologue dentro del concurso de mérito, las pruebas de conocimiento que hacen parte de este, por cinco años de experiencia en el ejercicio del cargo de carrera. De igual manera, propondremos que la homologación se verifique siempre y cuando el servidor público debe estar ejerciendo el empleo en provisionalidad al momento de entrar en vigencia el presente Proyecto de Acto Legislativo y cumplir con las calidades y requisitos exigidos en la respectiva convocatoria del concurso.

La homologación propuesta para nada modifica el precepto Superior 125, puesto que el principio del mérito queda incólume. La propuesta radica en posibilitar como ya se dijo, que las pruebas de conocimiento puedan ser homologadas con experiencia de cinco años en el ejercicio del cargo. No se trata entonces de una inscripción automática en carrera, reiteramos, es el reconocimiento de una vinculación laboral con la administración pública, que con el tiempo se convirtió en sui generis y que hace necesario que los poderes públicos adopten salidas de carácter jurídico que proteja los derechos fundamentales de los servidores públicos en calidad de provisionales tales como el derecho al trabajo digno y estable que tiene relación directa con preceptos constitucionales como el derecho a la vida en condiciones dignas y justas, derechos a la institución familiar, protección a la niñez, etc.

La homologación tiene fundamento legal en la Ley 909 del 2004, especialmente en sus Decretos Reglamentarios 760 y 785 del 2005, que contemplan la posibilidad, que los aspirantes a un cargo público, puedan reemplazar ciertas calidades académicas por experiencia o viceversa. Por esto, encuentro razonable y proporcional y hace justicia, que equivalencias, sustituyan las pruebas de conocimiento, previstas en la Convocatoria 01 de 2005, de la Comisión Nacional del Servicio Civil.”¹³⁶

Tal informe sugería que el diseño para hacerle frente a la situación de los funcionarios

nombrados en provisionalidad y que consistía en homologar los resultados de las pruebas de conocimiento por la experiencia adquirida, no implicaba el desconocimiento del principio del mérito derivado del artículo 125 de la Constitución. Esta consideración fue la que condujo a la proposición de un nuevo texto que, entre otras cosas, eliminaba la referencia a que se tratara de una inscripción extraordinaria en carrera¹³⁷. Ese nuevo texto se explicaba así en el informe de ponencia:

“Con el fin de armonizar los derechos de los servidores públicos nombrados en provisionalidad, y los pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional, nos permitimos presentar un pliego de modificaciones al Acto Legislativo en estudio, consistente en suprimir la inscripción extraordinaria y automática de los servidores públicos a la carrera administrativa, de igual manera suprimimos lo concerniente a la situación administrativa de los encargos. En cuanto a la materialización de la homologación de las pruebas de conocimiento, previstas en el concurso público por cinco años de experiencia en el ejercicio del cargo, deben cumplirse adicionalmente dos condiciones: que el servidor público al momento de entrar en vigencia el presente Acto Legislativo, debe estar ejerciendo el empleo en provisionalidad y cumplir con las calidades y requisitos exigidos en la convocatoria correspondiente al concurso.

Se trata que dentro del concurso, la autoridad competente Comisión Nacional del Servicio Civil o quien haga sus veces, homologue las pruebas de conocimiento, por cinco años o más en el cargo, reconociendo así, la ética, la idoneidad, la capacidad, la eficiencia y eficacia, en el cumplimiento de sus funciones misionales de los servidores públicos nombrados en provisionalidad.”¹³⁸

Además de lo anterior el informe de ponencia sostenía que la modificación sugerida constituía una expresión del derecho a un trabajo digno, justo y en condiciones de estabilidad. No resultaba admisible, se insistía en el informe, que se afectara excesivamente la posición de personas que durante un período de tiempo extenso venían desarrollando actividades en la administración pública¹³⁹.

Aprobado en la Comisión Primera del Senado el proyecto de acto legislativo con las modificaciones propuestas¹⁴⁰, la ponencia para segundo debate propuso el mismo texto insistiendo, una vez más, que el proyecto no implicaba el desconocimiento del principio de

mérito y que, adicionalmente, la adopción del acto legislativo se ajustaba a instrumentos internacionales y, en particular, a los artículos 6 y 7 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”. Se decía entonces refiriéndose al primero de tales aspectos:

“Finalmente, se hizo claridad sobre el objeto del Acto Legislativo en discusión, que no pretende establecer mecanismos que evadan el concurso de méritos, sino por el contrario, dentro de este se posibilite que las pruebas de conocimiento, puedan ser homologadas con experiencia de cinco años en el ejercicio del cargo, cumpliendo adicionalmente las condiciones de: estar ejerciendo el empleo en provisionalidad al momento de entrar en vigencia el Acto Legislativo (de ser aprobado) y haber cumplido con las calidades y requisitos exigidos en la convocatoria del respectivo concurso.”¹⁴¹

En la ponencia para tercer debate –en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes– se evaluó si el acto legislativo propuesto desconocía la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, de manera especial, se examinaba en el informe si el proyecto constituía una infracción a la decisión adoptada en la sentencia C-588 de 2009:

“Es imprescindible aclarar que en cumplimiento del artículo 243 de la Constitución Política, se ha guardado especial cuidado de no reproducir el contenido material del Acto Legislativo número 01 de 2008, por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política, declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-588 de 2009 por vicios de competencia, mediante el cual se autorizaba transitoriamente, durante tres (3) años, la inscripción extraordinaria y automática en la carrera administrativa de los empleados públicos que a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 estuvieran ocupando cargos de carrera vacantes en calidad de provisionales o de encargados, siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño; ordenándose adicionalmente suspender todos los trámites relacionados con los concursos públicos que se estaban adelantando sobre los cargos que no se encontraban provistos en propiedad.

Pues bien, a diferencia de dicho acto legislativo, la presente iniciativa tiene por objeto determinar la homologación de la experiencia específica con el requisito de las pruebas de

conocimiento generales, por considerar que, a la postre, dichas pruebas no garantizan, en sí mismas, la idoneidad de una persona para ejercer determinado cargo, dado que se trata de pruebas generales. Lo anterior, a diferencia de lo que ocurre con la experiencia específica, que definitivamente garantiza la especialidad en la prestación del servicio, sin que con esta fórmula se esté ordenando la inscripción automática en la carrera administrativa de los provisionales o la suspensión de los procesos de selección, lo cual se encuentra en plena armonía con el citado fallo de la Corte que determinó lo siguiente:

De conformidad con la interpretación realizada por la Corte Constitucional, la carrera administrativa se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y en la capacidad del empleado público, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a esta le corresponde, siendo en consecuencia el mérito el factor definitorio para el ascenso, permanencia y retiro del empleo público, y, en esta medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general. Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, que el constituyente previó como mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa, (...).

Lo anterior, por supuesto, integrado con la competencia que le corresponde al legislador para determinar los méritos y calidades en los concursos públicos que deben ser organizados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de servidores públicos, reconocida por la propia Corte Constitucional en los siguientes términos: la Carta establece que los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes respecto del ingreso y ascenso a los cargos de carrera deben de ser fijados por el legislador. (Sentencia C-372 de 1999).

En estos términos, debe precisarse que con la iniciativa estudiada de ninguna manera se elude el principio constitucional del mérito para acceder a los cargos de la Administración Pública, pues de lo que se trata precisamente es de extender el alcance de las normas que desarrollan dicho principio, mediante la incorporación de situaciones que evidentemente fueron desconocidas en su momento por el legislador, como lo es la experiencia específica en el cargo a proveer de quienes aspiran a ser nombrados en propiedad e incluidos en la carrera administrativa.”¹⁴²

El proyecto hizo su tránsito en el tercer y cuarto debate de la primera vuelta y fue finalmente aprobado.

En la ponencia para primer debate durante la segunda vuelta, se propuso ajustar el texto aprobado. El propósito consistía en precisar las condiciones de la homologación propuesta destacándose que el mérito, conforme a la definición de la ley 909 de 2004, no excluía la consideración de factores diferentes a las pruebas de conocimiento. En el informe, antes de presentar el texto ajustado¹⁴³, se señalaba:

“En el presente pliego de modificaciones, nos permitimos estudiar los elementos constitutivos del principio de mérito, para ello nos remitimos a la Ley 909 de 2004, en su artículo 28, literal a), la cual indica:

ARTÍCULO 28. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL INGRESO Y EL ASCENSO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA. La ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, se desarrollará de acuerdo con los siguientes principios:

a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;¿ (Subrayas y negrillas nuestras).

De lo establecido en la anterior norma, no cabe duda que la experiencia y las calidades académicas son elementos intrínsecos del mérito. Por esta potísima razón nos permitimos plasmar los mismos en la propuesta del acto legislativo en estudio y proceder a homologarlos frente a las pruebas de conocimiento establecidas en los concursos y darles un valor para que sean ubicados en la lista de elegibles.

Es menester reiterar, que la propuesta no pretende vulnerar el principio de mérito, intenta armonizar los intereses de quienes por más de cinco años han ocupado cargos en provisionalidad y aspiran a que dicha experiencia, ligada a las calidades académicas sean valoradas dentro del concurso de méritos.

De los debates en la primera vuelta, tanto en Cámara como en Senado, surgió un problema

relativo a que, tal como fue propuesto y aprobado el proyecto de acto legislativo, si bien era clara, la intención de homologar experiencia por unas pruebas del concurso, no era claro a sí mismo, la manera de valorar dicha experiencia, para efectos de determinar en últimas la calificación de los provisionales dentro del concurso, pues es bien sabido, que este tiene como fin inmediato producir un listado de elegibles, con el cual ha de cumplirse el fin mediano, cual es la provisión de cargos.

Para remediar tal falencia, queremos proponer a los honorables Senadores un pliego de modificaciones, en el cual en primer lugar, le damos un valor a la experiencia homologada y en segundo lugar, tengamos en cuenta un segundo elemento del mérito, como son los estudios adicionales a los requeridos para el ejercicio del cargo, con lo cual el principio del mérito para el caso en estudio, se verá reforzado, pues ya no se tiene en cuenta solamente el tiempo de servicio como generador de experiencia, sino además sus títulos académicos (véase artículo 28 Ley 909 de 2004 sobre mérito).

Para ello, en el pliego de modificaciones, que se trae a consideración de los honorables Senadores, se establecen unos valores en puntos para el tiempo de servicio y lo mismo se hace con las calidades académicas, para dar aplicación al principio de proporcionalidad, que en últimas se traduce con equidad y está en un trato justo como lo exige el artículo 25 Constitucional.

Consideremos así entonces, que es razonable, reconocer a los empleados provisionales su tiempo de servicio dentro del concurso de méritos y así homologar tiempo de servicio, por unas pruebas del concurso de méritos, tanto porque esos empleados provisionales, ya tienen una experiencia sobre el ejercicio funcional de las atribuciones del cargo, como por el conocimiento de la institución a la cual prestan sus servicios, lo que genera una experiencia intrainstitucional, así como también una aprehensión en relación con las demás instituciones, con la que se relaciona aquella en la cual labora, lo que representa un conocimiento interinstitucional, situaciones todas estas, que los hace diferentes a los demás concursantes, por lo cual con razón, es decir sin arbitrariedad, se les puede otorgar un trato diferente, como lo dispone el artículo 13 Constitucional. Por su parte el hecho de otorgar diferentes puntajes a la porción de experiencia certificada, así como a la capacitación que acreditan dentro del concurso, significa un trato de proporcionalidad como lo exige la jurisprudencia constitucional.” (Negritas hacen parte del texto original)

En la ponencia para el segundo debate de la segunda vuelta se explicó de manera cuidadosa el diseño propuesto y la forma en que el mismo se ajustaba al principio del mérito. Además de ello se advirtió que el texto propuesto no desconocía la sentencia C-588 de 2009 en tanto no se contemplaba, por ejemplo, un régimen de inscripción extraordinaria en carrera. Se sostuvo allí:

“Consideremos así entonces, que es razonable reconocer a los empleados provisionales, su tiempo de servicio dentro del concurso de méritos y así homologar tiempo de servicio, por unas pruebas del concurso de méritos, tanto porque esos empleados provisionales, ya tienen una experiencia sobre el ejercicio funcional de las atribuciones del cargo, como por el conocimiento de la institución a la cual prestan sus servicios, lo que genera una experiencia intrainstitucional, así como también una aprehensión en relación con las demás instituciones, con la que se relaciona aquella en la cual labora, lo que representa un conocimiento interinstitucional, situaciones todas estas, que los hace diferentes a los demás concursantes, por lo cual con razón, es decir, sin arbitrariedad, se les puede otorgar un trato diferente, como lo dispone el artículo 13 Constitucional. Por su parte el hecho de otorgar diferentes puntajes a la porción de experiencia certificada, así como a la capacitación que acreditan dentro del concurso, significa un trato de proporcionalidad como lo exige la jurisprudencia constitucional.

Por tal razón y conforme a lo descrito anteriormente, se materializa el objeto del acto Legislativo en estudio, que no es otro que homologar la experiencia del servidor público, nombrado en calidad de provisional, por las pruebas de conocimiento en los concursos, preservando el principio del mérito, así mismo, es necesario agregar la valoración de otro elemento constitutivo del mérito, cual es el relativo a las calidades académicas, que para en unos casos (nivel de asesores o profesionales) se tengan en cuenta los títulos de especialización, maestría y doctorado y en otros (niveles técnico y asistencial) se tomen en cuenta horas de estudio debidamente certificadas.

Fue así como en el quinto debate, primero de la segunda vuelta, se aprobó una proposición, presentada por el ponente para materializar lo dicho precedentemente, en la cual a la experiencia de 5 años como mínimo se le otorga un puntaje de 60, de 5 años en adelante hasta 10 años se valora con 65 puntos y por más de 10 años de servicio se otorgan 70 puntos. De esta manera nos atenemos al principio de proporcionalidad, es decir, que a mayor

experiencia se otorgan mayores puntos. De otro lado, dicha proposición, que repetimos fue aprobada por unanimidad en la Comisión Primera Constitucional, valora las calidades académicas de los empleados provisionales, de cara al proceso de incorporación en la carrera administrativa de la siguiente manera: por títulos de especialización 3 puntos, maestría 6 puntos, un título de doctorado 10 puntos; para los niveles técnico y asistencial, se dispuso que se valorarían las horas de capacitación así: de 50 a 100 horas se le otorgan 10 puntos, de 101 a 150 horas 6 puntos y de 151 o más horas 10 puntos. Así, teniendo en cuenta dos de los tres méritos previstos en la Ley 909 de 2004, artículo 28 y realizada la valoración correspondiente, se emitiría un puntaje inicial, con el cual ingresarían los aspirantes al concurso de mérito, posteriormente y previa realización del análisis comportamental, se dará el puntaje final mediante el cual y en conjunto con los demás empleados concursantes, se elaboraría la lista de elegibles.

Bueno es decir que, con ocasión de una citación al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Directora de la Función Pública, la idea precedentemente expuesta sobre la manera de valorar los méritos de experiencia laboral y calidades académicas estos funcionarios manifestaron su complacencia con la modificación, que en ese momento se proyectaba. También resulta procedente indicar aquí que, de la Procuraduría General de la Nación llegaron sendos oficios instando al Congreso a considerar las reflexiones planteadas por el Procurador General de la Nación en el concepto contenido en el oficio número 4746 del 3 de abril de 2009, y en la Sentencia C-588 de 2009. Dicha invitación realizada por la Procuraduría, se hizo según el órgano de control por la similitud del Proyecto de Acto Legislativo número 015 Senado y 147 Cámara, con el Acto Legislativo número 01 de 2008. Con ocasión del quinto debate se tuvo oportunidad de constatar en él que, la afirmación de similitud entre el Proyecto y el Acto Legislativo enunciado no era cierto. Se indicó que el Acto Legislativo número 01 de 2008 era de inscripción en carrera administrativa de manera extraordinaria sin necesidad de concurso, mientras que el presente proyecto busca homologar las pruebas de conocimiento dentro del concurso preservando el principio de mérito por la experiencia y estudios adicionales, atemperándose así el proyecto al principio del mérito, establecido en el artículo 125 constitucional y en la misma Ley 909 de 2004.”¹⁴⁴

En la ponencia para el tercer debate de la segunda vuelta, se aludió nuevamente a las divergencias que existían entre el Acto Legislativo 1 de 2008 declarado inexecutable por la

Corte Constitucional y el nuevo proyecto de acto legislativo:

“En estos términos, debe precisarse que con la iniciativa estudiada de ninguna manera se elude el principio constitucional del mérito para acceder a los cargos de la administración pública, pues de lo que se trata precisamente es de extender el alcance de las normas que desarrollan dicho principio, mediante la incorporación de situaciones que evidentemente fueron desconocidas en su momento por el legislador, como lo es la experiencia específica en el cargo a proveer de quienes aspiran a ser nombrados en propiedad e incluidos en la carrera administrativa.

En efecto, en el debate suscitado en la Comisión Primera del honorable Senado de la República, el Señor Ponente, honorable Senador Luis Carlos Avellaneda, manifestó lo siguiente:

El proyecto yo lo estudié muy juiciosamente desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional y encontré esto Senadores, uno, que en la pasada ocasión cuando se expidió aquí el Acto Legislativo 01, planteamos un ingreso automático en la carrera administrativa de esas personas, este proyecto no busca eso, busca homologar las pruebas del concurso de méritos por cinco años de servicio, si hay alguien que acredite cinco años de servicio, le decimos le homologamos esos cinco años de servicio por las pruebas del sistema de méritos que ordena el artículo 125 Constitucional y entonces conforme a eso se autoriza a la Comisión Nacional del Servicio Civil o a los demás operadores de la Carrera Administrativa, para que inscriban a esa persona en la carrera, siempre y cuando cumpla dos requisitos, uno que al momento de la expedición o de entrar en vigencia el Acto Legislativo, si se convierte este Proyecto en Acto Legislativo, esa persona está ejerciendo el cargo en provisionalidad. Y dos. Que esa persona cumpla con los requisitos para el ejercicio del cargo, los requisitos que se exigen hoy para el ejercicio del cargo. Esas son las dos condiciones que se incorporan”¹⁴⁵

En esa oportunidad se propuso también la incorporación de algunos ajustes al texto del proyecto. Ellos se relacionaban (i) con su aplicación a funcionarios encargados, (ii) con la precisión consistente en que los destinatarios del acto legislativo eran aquellos funcionarios que estuvieran ocupando el cargo el 31 de diciembre de 2010 y (iii) con la exclusión de los procesos de selección de jueces y Magistrados¹⁴⁶.

La ponencia para el cuarto debate, de la segunda vuelta, destacó que otra de las razones que justificaban la adopción del acto legislativo consistía en la necesidad de considerar que la situación en la que se encontraban los provisionales tenía su causa en la actuación de la propia administración. Se dijo entonces, luego de aludir a los fundamentos constitucionales e internacionales que justificaban la expedición del acto legislativo:

“Se considera de especial importancia tener presente que la necesidad de proveer por encargo o provisionalidad el gran número de empleos públicos que fueron efectivamente provistos mediante dichas modalidades, así como su extendida prórroga en el tiempo, devino precisamente de la omisión de la propia administración para adelantar los concursos de mérito ordenados por el artículo 125 de la Constitución Política.

Así, siendo esta omisión una falla del servicio cuya responsabilidad es de la propia administración, de ninguna manera puede endilgarse las nefastas consecuencias a los empleados públicos que hoy se encuentran en provisionalidad; quienes, de por sí, merecen una especial protección por parte del Estado, garantizándoles su estabilidad.

De todo lo anterior y verificada la realidad laboral de los servidores públicos en provisionalidad, mediante el presente acto legislativo se persigue reconocer jurídicamente las consecuencias en favor de estos, a través de la homologación de requisitos.”¹⁴⁷

Surtidos ya los debates correspondientes se designó una comisión de conciliación que propuso el texto definitivo del acto legislativo cuya aprobación se surtió en ambas cámaras del Congreso.

La significativa valoración del fundamento, necesidad e impacto constitucional del Acto Legislativo 4 de 2011 durante su proceso de formación

El texto de los artículos que hacen parte del acto legislativo, las discusiones suscitadas en el congreso y las modificaciones que a lo largo de su trámite de aprobación se surtieron, son hechos que permiten comprender no solo el texto finalmente aprobado sino también las razones que lo motivaron. Así mismo el desarrollo del debate en el Congreso da cuenta de una cuidadosa y profunda deliberación sobre el alcance que habría de otorgarse a la

modificación constitucional propuesta.

Así por ejemplo argumentos constitucionales de diferente tipo se encontraron presentes en la discusión. Entre ellos pueden enunciarse los referidos (i) a la necesidad de considerar la primacía de la realidad sobre las formalidades atendiendo el extendido tiempo de vinculación que como provisionales habían tenido algunos funcionarios, (ii) a los efectos que desde la perspectiva del derecho a la igualdad podría tener el no otorgamiento de un trato especial a tales funcionarios, (iii) a la necesidad de asegurar condiciones de trabajo dignas, (iv) al impacto que podría tener una regulación como la propuesta en un sistema de carrera administrativa fundado en el mérito y (v) a la importancia de considerar la irregular situación propiciada por un tardío desarrollo de los concursos públicos lo que condujo a que se encontraran en situación de provisionalidad numerosos funcionarios.

Ese debate se encontró acompañado de diferentes reflexiones acerca del posible desconocimiento del artículo 243 de la Constitución y, en particular, por importantes planteamientos relativos a la necesidad de no violar la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009. En ese marco se consideró que la propuesta de acto legislativo no desconocía el principio del mérito en tanto no traía como resultado la eliminación del concurso sino, en otra dirección, una homologación de las pruebas de conocimiento por la experiencia y los estudios adicionales. Ello daba cuenta de una diferencia sustantiva entre el Acto Legislativo aprobado y el Acto Legislativo 01 de 2008 declarado inconstitucional.

Así las cosas y al menos desde la perspectiva que se tuvo durante cada uno de los debates puede identificarse que la expedición del acto legislativo se encontró encaminada a la solución de una situación constitucionalmente relevante desde la perspectiva de los artículos 13, 25, 53 y 125 de la Carta Política y que, al mismo tiempo, valoró las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009 a efectos de introducir una regulación que no desconociera las razones de la decisión de aquella oportunidad.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

A LA SENTENCIA C-249/12

CON PONENCIA DEL MAGISTRADO JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, EN LA CUAL SE DECLARÓ INEXEQUIBLE EL ACTO LEGISLATIVO 4 DE 2011.

Referencia: Expediente D-8673, D-8679 y D-8680.

Problema jurídico planteado en la sentencia: ¿Si el Acto Legislativo 04 de 2011, sustituye temporal y parcialmente la Constitución de 1991, por haber excedido el Congreso su competencia y haberse configurado una inconstitucionalidad por sustitución por el quebrantamiento de los principios de mérito o de “meritocracia”, de carrera administrativa y el derecho a la igualdad para el acceso a los cargos públicos que identifican la Constitución de 1991. Del mismo modo se debe comprobar si la vocación de permanencia de los preceptos constitucionales y la pretensión de universalidad y generalidad que deben tener las disposiciones que integran la Constitución se vio vulnerada con esta reforma?

Motivo del salvamento:: Ambas disposiciones legales entrañan consecuencias jurídicas distintas en cuanto a la Constitución de 1991, y en segundo término, porque la postura adoptada por la Corte Constitucional frente a la sustitución de la Carta Política, es una interpretación que contraviene los mismos postulados superiores.

Salvo el voto frente a la decisión mayoritaria, ya que el Acto Legislativo 4 de 2011 debió ser declarado exequible, en primer lugar, porque no es equiparable con el Acto Legislativo 1 de 2008 que fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-588 de 2009, razón por la cual no es jurídicamente viable hacer uso de las mismas razones para declarar su inexecutableidad, toda vez que ambas disposiciones legales entrañan consecuencias jurídicas distintas en cuanto a la Constitución de 1991, y en segundo término, porque la postura adoptada por la Corte Constitucional frente a la sustitución de la Carta Política, es una interpretación que contraviene los mismos postulados superiores al respecto.

1. ANTECEDENTES

Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 04 de 2011, por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia. Demandas

Acumuladas. Los demandantes indican que la expedición del mencionado Acto Legislativo constituye una sustitución temporal y parcial de la Constitución, razón por la cual debe declararse su inconstitucionalidad. La Corte encontró que con la norma acusada se configuraba una sustitución temporal y parcial de la Constitución, que implica un exceso en la competencia del Congreso de la República para reformar la Constitución. Para la Corte, la aparente reforma transitoria, demuestra que el Congreso quebrantó un principio axial de la Constitución, sustituyéndola temporalmente con el único propósito de imponer una decisión ad-hoc que beneficia a un grupo de personas.

1. FUNDAMENTO DEL SALVAMENTO

En la sentencia C-588 de 2009, expresé mi disenso con la decisión mayoritaria en los siguientes términos: “Al parecer de quien firma el presente salvamento de voto, la declaración de inexecutabilidad adoptada en este asunto origina una situación de caos en la Administración Pública y en algunas entidades del Estado. En efecto, la providencia olvida por completo la trayectoria, experiencia acumulada en cabeza de muchos funcionarios y los preciosos recursos públicos y de otras entidades que han apoyado la capacitación de un número significativo de servidores públicos que habían sido vinculados al Estado con más de cuatro años de anterioridad en condición de provisionalidad, con cuyo concurso se había logrado el cumplimiento de la función pública en circunstancias de eficacia, economía, y celeridad, como lo exige el artículo 209 de la Constitución Política. Funcionarios con años de experiencia, que ahora deben ser masivamente reemplazados en el corto plazo por otros que, si bien acceden al cargo en virtud de haber ganado un concurso público, en general carecen de experiencia específica y no han sido formados especialmente para el desempeño de las funciones que asumirán. Muchos de estos nuevos funcionarios han convalidado experiencia por especializaciones que, si bien dan bagaje académico, no otorgan al estudiante la formación práctica requerida para asumir la responsabilidad como servidor público. El fallo del que me aparto eludió ponderar adecuadamente estos asuntos, que también eran de relevancia constitucional en cuanto implicaban la posibilidad de cumplir con la función pública de manera eficiente y eficaz”¹⁴⁸

Argumentación, que tiene cabida perfectamente contra la declaratoria de inexecutabilidad de

la Corte en este caso, toda vez que la finalidad del Acto Legislativo N° 04 de 2011, no fue otra que dar aplicación y relevancia al principio propio de la carrera administrativa del mérito como única condición para poder acceder a los cargos de carrera, por lo que resulta evidentemente infundado asegurar que a través de este precepto legal, el constituyente buscó establecer un ingreso automático a la carrera administrativa, pues es evidente que en realidad, se intentó partir de la obligatoriedad del concurso público, para que los empleados en provisionalidad o encargados pudieran ingresar a la carrera administrativa, permitiéndoles en ese caso, hacer la respectiva homologación de las pruebas de conocimiento por la experiencia y estudios adicionales.

Ahora bien, con respecto al fundamento teórico de la sentencia objetada, es de resaltar que en ella, se hace una confrontación indebida de la labor del Congreso de la República con doctrinas extranjeras relativas al poder de reforma constitucional. En la presente oportunidad, la mayoría llegó a la conclusión según la cual el íntegro Acto Legislativo N° 04 de 2011 era inexecutable, por cuanto en su tramitación el Congreso de la República incurrió en un vicio de sustitución parcial y temporal de la Constitución Política.

Para llegar a la anterior conclusión, la sentencia de la que me aparto hace referencia a diversas teorías del constitucionalismo moderno relativas a la modificación del texto escrito de la constitución de un estado cualquiera, posiciones doctrinarias extranjeras que distinguen entre los fenómenos de la reforma, la destrucción, la supresión, el quebrantamiento y la suspensión de la constitución. Así, por ejemplo, la providencia cita la doctrina sobre destrucción de la constitución sostenida por Carl Schmitt en su “Teoría de la Constitución”, tal cual se hizo en la sentencia C-588 de 2009, donde también se hizo alusión a la posición de DeVergottini relativa a la “rotura o quebrantamiento” de la norma fundamental, las ideas de Néstor Pedro Sagües sobre suspensión constitucional, entre otras.

En efecto, sobre estas doctrinas extranjeras, la sentencia C-588, de la que me aparto y tiene especial importancia para la presente providencia, dice:

Así, en doctrina difundida y conocida por los estudiosos del tema, se ha distinguido entre la reforma constitucional y la destrucción, la supresión, el quebrantamiento y la suspensión de la Constitución[233]. El estudio de estas figuras y de sus diferencias con la reforma tiene uno de sus fundamentos de mayor relevancia en la elaboración de SCHMITT, quien los analizó en

su Teoría de la Constitución[234]publicada en 1928 y en términos que, desde entonces, han sido acogidos por constitucionalistas de distintas épocas y tendencias ideológicas, incluso democráticas[235].

Según la doctrina, la destrucción de la Constitución se produce cuando se suprime la Constitución existente y esa supresión está acompañada de la del poder constituyente en que la Carta se basaba[236], como acontecería, según la explicación de GARCIA-ATANCE, en “el supuesto de una revisión democrática que subvirtiendo el orden, suprima el poder constituyente del monarca, como sucedió en Francia en 1789 y 1793, en que por vía revolucionaria se produjo la supresión de la monarquía absoluta”, o en el caso del golpe de estado, fenómenos que generan “un cambio del poder constituyente y una completa destrucción de la Constitución que se originó mediante aquella actividad constituyente”, al punto que “la ruptura del orden es absoluta y de su obra no cabe resquicio de continuidad jurídica “[237].

A diferencia de la anterior figura, la supresión de la Constitución conserva el poder constituyente en que ésta se basaba[238], aunque también se produce resquebrajamiento de la continuidad jurídica, porque se suprime la Constitución, como acaece siempre que, en ejercicio del poder de reforma, se dé lugar a un cambio total de la Carta. En esta hipótesis, la continuidad jurídica desaparece en la medida en que la Constitución suprimida era la base de esa continuidad y, en últimas, únicamente subsiste el poder constituyente que fundaba la Constitución anterior, pues mediante la reforma se le da vida a un ordenamiento constitucional radicalmente distinto y el órgano reformador actúa, en realidad, como si se tratara de un nuevo poder constituyente originario y, claro está, por fuera de los límites impuestos por el poder que estableció la Constitución suprimida[239]. (...)

DE VERGOTTINI explica que la “rotura o quebrantamiento de la Constitución corresponde a un caso particular de modificación de la Constitución ” que se produce cuando “se derogan sus normas sólo en un supuesto determinado en tanto que en todos los demás posibles tales normas continúan vigentes (...) quedando incierto establecer si las posibles derogaciones sean, o no, sólo las previstas en el mismo texto constitucional “[241] y, de otra parte, también la doctrina alemana plantea, a propósito de este tema, el problema referente a la admisibilidad y al alcance de los quebrantamientos “tácitos ” de la Constitución[242].

Por último, la suspensión de la Constitución tiene lugar cuando “una o varias prescripciones son provisionalmente puestas fuera de vigor” y puede presentarse sin contrariar a la Constitución, cuando se observan las prescripciones a tal efecto previstas, pero también de manera inconstitucional “si las prescripciones legal-constitucionales son puestas fuera de vigor sin que ésta suspensión se encuentre prevista en una regulación legal-constitucional, o con desprecio de un procedimiento acaso previsto para realizarla”¹⁴⁹.

A partir del examen doctrinario anterior, es evidente que la postura adoptada por la Sala desde hace un tiempo, se orienta a demostrar que algunas de las mencionadas nociones acuñadas por la doctrina constitucional contemporánea son susceptibles de “encuadramiento” dentro de la noción de “sustitución de la constitución”, que ha sido utilizada por la Corte Constitucional Colombiana para explicar los límites competenciales del poder de reforma de que es titular el Congreso de la República entre nosotros. Particularmente, el esfuerzo se dirige a demostrar que la noción de sustitución de la constitución comprende la suspensión de alguna de sus normas. Para esos efectos, nuevamente se acude a referencias de la doctrina extranjera en donde se sostiene que las reformas constitucionales que consisten en introducir excepciones a la aplicación de la constitución para determinados supuestos no son de recibo, si no media autorización expresa en ese sentido dentro del propio texto constitucional. En efecto, en este sentido la prudencia afirma:

“..la suspensión puede ser, desde el principio, contraria a la Carta, cuando “se produzca sin que medie prescripción legal-constitucional alguna que prevea tal hipótesis, que derivaría en una suspensión inconstitucional de la Constitución “[246], siendo dudoso, por lo tanto, saber si se ajustan a la Carta las suspensiones directamente producidas mediante la utilización de los mecanismos de reforma constitucional y en eventualidades diferentes a aquellas excepcionales que, según la Constitución, autorizan suspenderla con el cumplimiento riguroso de las condiciones establecidas en el ordenamiento superior del Estado.

“Esta última hipótesis permite inferir, con claridad, que la suspensión producida mediante reforma puede conducir a la sustitución de la Carta y que, por lo tanto, sustitución y suspensión son conceptos perfectamente conciliables, si bien hay que advertir que, en los supuestos de suspensión producida por vía de reforma constitucional, el juicio de sustitución adquiere singular relevancia y ha de ser estricto, dadas las connotaciones de la figura

comentada “150.

Haciendo suya la conclusión doctrinaria anterior, la providencia acogida por la mayoría se orienta entonces a demostrar que la reforma constitucional introducida por el Acto legislativo 04 de 2011, resultaba contraria al texto constitucional que pretendía reformar, pues instauraba un régimen de carrera administrativa paralelo y opuesto al contemplado en la versión original de la Carta, para una hipótesis específica. En toda la ponencia, es posible ver que la intención del fallador constitucional no fue otra que tratar de encuadrar la reforma adelantada mediante el Acto Legislativo de 2011 dentro de alguna de las categorías de destrucción, supresión, quebrantamiento o suspensión de la constitución a que alude la doctrina extranjera, concluyendo que el Acto legislativo, “En conclusión una vez realizado el test o metodología de la sustitución en su premisa mayor, premisa menor y premisa de síntesis, comprueba la Corte que con el Acto Legislativo No 4 de 2011 se está sustituyendo parcial y temporalmente el principio de carrera administrativa y sus elementos que lo componen de mérito e igualdad, ya que con dicha reforma se otorga un puntaje adicional por el solo hecho de la permanencia y los estudios adicionales. Este puntaje adicional sustituye el principio estructural de la carrera administrativa ya que en este caso la selección del personal no se funda solamente en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante, sino en otros criterios que harían nugatorio que el proceso de selección a los cargos públicos se realice en condiciones de igualdad. Reitera la Corte que la carrera administrativa tiene un vínculo estrecho con el concurso público ya que los sistemas de evaluación del personal garantizan la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar y asumir las funciones propias de su cargo, e impedir de este modo que prevalezca la arbitrariedad del nominador o criterios subjetivos o irrazonables para la selección del personal”.

El suscrito no comparte la fundamentación teórica de la decisión de la Corte, por las siguientes razones:

La función de control constitucional que compete a la Corte sobre la función constituyente, cuando es ejercida por el Congreso de la República, debe ejercerse en los términos de las competencias que la Carta le asigna tanto al órgano legislativo para reformar la Constitución, como a la Corte para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra dichos actos reformativos, sólo por vicios de procedimiento en su

formación. (CP. Art. 241, n° 1). Así las cosas, el ejercicio de la función constituyente no puede ser examinado por esta Corporación confrontándolo con las doctrinas jurídicas extranjeras relativas a lo que, al parecer del jurista que las expone, puede ser el trabajo reformativo de la carta fundamental de un Estado cualquiera, sino frente a lo que concretamente la Constitución Política de Colombia permite o prohíbe en esta materia.

Al parecer del suscrito, no fue esto lo que hizo la Corte en esta oportunidad, pues la sentencia de la que me aparto más parece un ejercicio de encuadramiento del acto Legislativo 04 de 2011 dentro de categorías jurídicas acuñadas por la doctrina constitucional foránea, que un examen de la actividad congresual para establecer si el acto reformativo incurrió en vicios en su formación, por irrespetar las normas constitucionales y orgánicas que entre nosotros regulan la función constituyente del Congreso de la República.

Por las razones anteriormente expuestas, discrepo de la decisión mayoritaria.

Fecha ut Supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

1 Concepto N° 5222, presentado el día 6 de octubre de 2011.

2 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

3 Negrilla fuera del texto.

4 Negrilla fuera del texto. El Título a que se refiere la norma es el Título XIII.

5 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

6 Dicha doctrina se empezó a desarrollar especialmente en los fundamentos jurídicos 29 a 40 de la Sentencia C-551 de 2003. Igualmente se dijo en dicha Sentencia que a nivel doctrinal se puede consultar los textos de Karl Lowenstein, Teoría de la Constitución. Barcelona, Ariel, 1986, pp. 192 y ss.; Alf Ross. "Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho

constitucional” en: El concepto de validez y otros ensayos, México: Fontanamara, 1993, pp. 49 y ss.; Carl Schmitt. Teoría de la Constitución, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934, Punto 3, pp. 27 y ss., y punto 11, pp. 119 y ss.; Georges Burdeau, Traité de Science Politique, Paris: LGDJ, 1969, Tomo IV, pp. 250 y ss.; Pedro de Vega, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 267 y ss. Germán Bidart Campos, Historia e ideología de la Constitución argentina, Buenos Aires, Ediar, 1969, pp. 148 y ss. y Carl Friedrich, Teoría y realidad de la organización constitucional democrática, México, Fondo de Cultura Económica, 1946 y Reinaldo Vanossi, Teoría Constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1975, Tomo I. Igualmente sobre la diferenciación entre poder de reforma y poder constituyente se puede consultar la obra de Marie – Francoise Rigaux, La Théorie des limites matérielles á l’ exercice de la fonction constituante, Bruxelles, Larcier, 1985. Sobre la diferenciación en la doctrina alemana el texto de Horst Ehmke, Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, Bonn, Athenäum, 1981. La diferenciación también se ha tenido en cuenta en Italia especialmente con el texto de Stefano Maria Ciconetti, La Revisione della costituzione, Padova, Cedam, 1972. Dentro de la doctrina colombiana explica la diferenciación Gonzalo Ramírez en sus textos, Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, y Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. A nivel jurisprudencial en Colombia, se puede encontrar como antecedente las sentencias de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 5 de mayo de 1978, Sentencia del 9 de junio de 1987 y Sentencia del 9 de octubre de 1990 y las Sentencias de la Corte Constitucional: C-544 de 1992 y C-339 de 1998. Dentro de la jurisprudencia constitucional comparada se puede citar sentencias de la Corte Suprema de India caso Kesavananda Bharati vs. State Keral, A.I.R. 1973 S.C. 1461, Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain., A.I.R. 1975 S.C. 2299. Sobre el tema del control de constitucionalidad de reformas constitucionales en países que carecen de cláusulas pétreas se puede consultar el texto de Roberto Rodríguez Gaona, El control de constitucionalidad de la reforma a la Constitución, Madrid, Dykinson, 2007. También se puede estudiar la diferenciación a través del tratamiento jurisprudencial que se ha dado en países como la India, Alemania, Suráfrica, Italia, Bosnia – Herzegovina, Turquía y Francia en el texto publicado por el Consejo Constitucional francés titulado “Le controle de constitutionnalité des lois constitutionnelles”, en: Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, No 27, Paris, Dalloz, 2009.

7 Los requisitos formales del Acto Legislativo está contemplado principalmente en el artículo 375 de la C.P, que establece que, “Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente. El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero”. Sin embargo se debe tener en cuenta como parámetro de constitucionalidad para el control de las reformas a la Constitución la Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso, y la Ley 134 de 1994, cuando se trata de reformas constitucionales por iniciativa ciudadana.

8 Se contemplan en el Título XIII la reforma por referendo constitucional del artículo 378 de la C.P. y la reforma por intermedio de Asamblea Nacional Constituyente del artículo 376 de la C.P.

9 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

10 Haciendo un parangón con la llamada inconstitucionalidad por omisión que la Corte ha aceptado en la inconstitucionalidad por omisión relativa.

11 Sentencia C-551 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Igualmente ver sobre la competencia de la Corte para hacer el control de los Actos Legislativos por vicios de competencia o por inconstitucionalidad por sustitución las Sentencias C- 1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004, C-816 de 2004, C-1040 de 2005 y C-588 de 2009.

12 En el caso de la Sentencia C-551 de 2003, se hacía el control de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, “Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”.

13 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

14 Sentencia C-1200 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil. En la Sentencia C-588 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) se dijo que, “La

Corporación ha explicado que los límites relativos a la competencia tienen su origen en las cláusulas que regulan los diferentes procedimientos para la reforma constitucional. Así por ejemplo, el artículo 376 superior prescribe que la ley que convoque a una asamblea constituyente para reformar la Carta, debe determinar la ‘competencia’ de ese cuerpo y fijar un periodo para que la asamblea cumpla sus funciones, luego la competencia es temporal e indica que, a partir de la elección de la asamblea, se suspende la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución, de lo cual se desprende que, mientras dura la asamblea, el Congreso carece de competencia para reformar la Carta (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-970 de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil)”.

15 Principalmente Pedro de Vega García, “La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente”, Op. cit. Recogida en las Sentencias C-551 de 2003, C-970 y C- 971 de 2004; C- 1041 de 2005, C- 588 de 2009 y C- 141 de 2010.

16 “Art. 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:
3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto”.

17 Especialmente los requisitos que se establecen en el artículo 2º del Decreto 2067 y en la jurisprudencia constitucional sobre los aspectos relacionados con la carga de argumentación, la claridad, la especificidad, la pertinencia y la suficiencia.

18 La cuestión de si la falta de competencia es un vicio de forma ha tenido fluctuaciones en la jurisprudencia constitucional. En un primer momento con la Sentencia C-042 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes) se dijo que los asuntos de competencia encuadraban “dentro de los vicios formales sometidos a término de caducidad”. Sin embargo, en la Sentencia C-546 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se sostuvo que los asuntos de competencia “constituyen un vicio formal y sustancial”. Esta posición fue revaluada nuevamente con la Sentencia C-551 de 2003 en donde se retoma la tesis de que la falta de competencia del órgano reformador es un vicio de procedimiento.

19 Diario Oficial No. 48.123.

21 Rafael Cañón González.

22 M.P. Manuel José Cepeda.

23 Dice el profesor español, “Como es sabido, el Estado Constitucional cimienta su estructura en dos pilares fundamentales: por un lado, en el principio político democrático, conforme al cual se entiende que corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía el ejercicio indiscutible del poder constituyente; por otro, en el principio jurídico de la supremacía constitucional, en cuya virtud se considera que la Constitución es *lex superior*, que obliga por igual a gobernantes y gobernados (...) Confluyen, de esta suerte, dos líneas de pensamiento estatal surgida de los procesos revolucionarios burgueses, dos líneas de pensamiento perfectamente diferenciables. La primera es la que, intentando proporcionar una justificación racional del poder, arranca de las incipientes formulaciones pactistas del mundo medieval (Marsilio de Padova, Nicolas de Cusa, etc.), para terminar en la formidable construcción del jusnaturalismo contractualista, en nombres como Althusius, Grocio, Puffendorf, Wolf, Locke, Rousseau. La segunda, preocupada no tanto en justificar racionalmente el poder como en propiciar su limitación, que podría situar su génesis en las doctrinas medievales de la supeditación del gobernante a la ley (Baldo, Bracton, Fortescue, etc.), encuentra su plenitud teórica, en los umbrales mismos del triunfo y la institucionalización de las revoluciones burguesas, en la obra de Montesquieu” (DE VEGA GARCÍA, Pedro, Prólogo al libro los límites a la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 17).

24 Especialmente en el Siglo V A.C con los gobiernos de Clístenes y Pericles y la instauración de la democracia directa en Atenas.

25 Cuando se refiere a la taxonomía de las formas de gobierno: democracia, monarquía y aristocracia.

26 Explica el profesor español que, “Cuando sobre la experiencia de la democracia directa ateniense, -institucionalizada a través de las cuatro grandes reformas legales de Solón, Clístenes, Efialtes y Pericles- plantea Aristóteles en La Política una especie de taxonomía de las diferentes formas de democracia, establece la distinción entre la democracia legal y la democracia no legal. Con lo cual suscitó el problema que, como caballo de batalla, habría de recorrer después toda la historia del pensamiento político. El pronunciamiento aristotélico fue contundente en favor de la democracia legal, al considerar que, como en cualquiera de las

otras formas de gobierno (Monarquía o Aristocracia), el poder democrático del pueblo también debe estar sometido a los imperativos de la ley. Ahora bien, y he aquí el problema: ¿si el pueblo hace la ley, y en consecuencia la ley depende de la voluntad del pueblo, cómo se puede predicar que el pueblo aparezca supeditado a la voluntad de una norma aprobada por él mismo, y que de igual forma que tiene capacidad para crearla la tiene también para derogarla?” (DE VEGA GARCÍA, Pedro, Prólogo, Op. cit. 23).

27 Sobre la relación entre la Antígona de Sófocles y el derecho, ver el artículo de Carlos Restrepo Piedrahita titulado “Los derechos de los muertos. De la Antígona de Sófocles a la Baader-Meinhof Bande en Stuttgart”, en: Revista de Derecho del Estado, No 3, Bogotá, diciembre de 1997, pp. 155 y ss. Por otra parte dice De Vega sobre el origen y la significación de las Nomoi que: “Es verdad que en la historia del pensamiento político griego, desde Píndaro a las últimas grandes escuelas (epicúreos, cínicos, estoicos, etc.) aunque las referencias a los nomoi son continuas, nadie realizó una definición precisa de los mismos. Cabe, sin embargo, deducir, desde los presupuestos naturalistas en los que Aristóteles fundamenta toda su argumentación política, que conformaban el contenido de los nomoi el conjunto de leyes naturales y principios racionales sobre los que se asienta la vida comunitaria y, sin los cuales, las polis, esto es, los Estados, no podrían existir. Ese conjunto de leyes y principios que los griegos llamaban nomoi y que, para no corromper la democracia, se colocaban por encima de la voluntad del pueblo, son los que en la actualidad los ordenamientos constitucionales más coherentes, más significativos y, en definitiva, más democráticos, definen como cláusulas de intangibilidad, en las que expresamente se fijan los ámbitos y se establecen las fronteras, en donde los procedimientos de reforma constitucional no pueden entrar. Reivindicar el asalto de esos ámbitos en nombre del poder absoluto y total de la voluntad del pueblo, no representa un ejercicio de fe democrática, sino que, como ya denunciaron Platón (en Las Leyes y El Político) y Aristóteles (en La Política), constituye el más lastimoso y repudiable ejemplo de demagogia política” (DE VEGA GARCÍA, Pedro, Prólogo, Op. cit., p. 23).

28 Es decir que (i) tiene que hacer una Constitución y no otra cosa, (ii) tiene que actuar por un tiempo limitado, (iii) y no puede defraudar la voluntad de los representados.

29 HELLER, Herman, El sentido de la política y otros ensayos, Valencia, Pre-Textos, 1996, p. 73.

30 RADBRUCH, Gustav, *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, p. 35.

31 Radbruch, que había consagrado su vida al desarrollo y ajuste de la teoría positivista en pleno régimen de Hitler, donde el ser disidente era lo mismo que estar bajo amenaza de pena de muerte, plantea en dicho texto las bases de su conocida fórmula: “siempre se debe aplicar el derecho positivo pero cuando ese derecho alcanza una medida tan insoportable que deba ser considerado como falso derecho no se debe aplicar”. Para el autor alemán la cuestión de lo extremadamente injusto o del derecho arbitrario, se traslada a la idea de Estado de derecho, de tal manera que si una norma no es elaborada teniendo en cuenta el principio democrático, la división de los poderes, la garantía de los derechos y en donde se aplica la norma de manera desigual o arbitraria, dicha norma sería una norma extremadamente injusta, un falso derecho o un entuerto jurídico.

32 Posteriormente estas cláusulas se utilizaron en los países que habían sufrido dictaduras como Portugal y Grecia. Ver el artículo 79.3 de la Constitución alemana (Ley Fundamental de Bonn) en donde se prohíbe mediante su cláusula de eternidad (Ewigkeitsklausel) que “3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”. Los artículos del 1 al 20 se refieren a los Derechos Fundamentales. En Italia (art. 139) y en Francia (art. 89) no se puede reformar el carácter republicano del Estado. Las cláusulas de intangibilidad de la Constitución griega se encuentran en el numeral primero del artículo 110 que establece “Serán susceptibles de revisión los preceptos de la Constitución, excepto aquellos que establecen el fundamento y la forma del régimen como República parlamentaria, así como las disposiciones del artículo 2., párrafo I (El respeto y el valor de la persona humana constituyen la obligación primordial del Estado); del artículo 4, párrafos 1, 4 y 7 (1. Los helenos son iguales ante la ley, 4. Sólo los ciudadanos helenos serán admitidos al ejercicio de poderes públicos, 7. No se otorgarán, ni reconocerán títulos de nobleza o de distinción a los ciudadanos helenos); del artículo 5., párrafos 1 y 3 (1. Cada uno tendrá derecho a desarrollar libremente su personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país con tal que no atente a los derechos de los demás ni viole la Constitución ni viole las buenas costumbres, 3. La libertad individual es inviolable. Nadie podrá ser perseguido, detenido, encarcelado ni privado de libertad en forma alguna sino en los casos y con arreglo a las modalidades que la ley determine); del artículo 13, párrafo (La libertad de conciencia

religiosa es inviolable. El goce de los derechos individuales y políticos no están condicionados a las creencias religiosas de la persona); y del artículo 264º". Por su parte, la Constitución portuguesa en el artículo 288 establece catorce limitaciones a la reforma a la Constitución. El artículo 288 dice: "De los límites materiales de la revisión: Las leyes de revisión constitucional deberán respetar: a) La independencia nacional y la unidad del Estado; b) La forma republicana de gobierno; c) La separación de las Iglesias y el Estado; d) Los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; e) Los derechos de los trabajadores, de las comisiones de trabajadores y de las asociaciones sindicales; f) La coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción; g) La existencia de planes económicos en el ámbito de una economía mixta; h) El sufragio universal, directo, secreto y periódico en la designación de los titulares electivos de los órganos de soberanía, de las regiones autónomas y del gobierno local, así como el sistema de representación proporcional; i) El pluralismo de expresión y organización política, incluyendo los partidos políticos, y el derecho de oposición democrática; j) La separación y la interdependencia de los órganos de soberanía; l) La fiscalización de la constitucionalidad por acción o por omisión de normas jurídicas; m) La independencia de los Tribunales; n) La autonomía de las entidades locales; o) La autonomía político-administrativa de los archipiélagos de las Azores y de Madeira".

33 LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, Barcelona, Ariel, 1964, p. 149.

34 Ibid.

35 Daryl L. Levinson en un reciente artículo publicado en Harvard Law Review titulado "Parchment and Politics: the positive Puzzle of constitutionalism commitment", hace un recuento de la principal paradoja de la democracia constitucional que se refiere a los límites que tiene la democracia de mayorías con base a los elementos más importantes de la Constitución. Es decir el enfrentamiento de la democracia de mayorías frente a la democracia constitucional o el enfrentamiento entre "El Pergamino" (La Constitución) y la Política (LEVINSON, Daryl L., "Parchment and Politics: the positive Puzzle of constitutionalism commitment", en: Harvard Law Review, Vol. 124, No. 3, January 2011, pp. 659 - 746). Este conflicto ha sido resuelto muchas veces por los Tribunales Constitucionales, sobre la idea que las mayorías o la popularidad de un Presidente no pueden eliminar el juego democrático mismo que se establece en la Constitución, por ejemplo perpetuarse en el poder, o eliminar

los derechos fundamentales de las minorías y es la base teórica de los presupuestos de extralimitación de la competencia del poder de reforma que se dio en la Sentencia C-141 de 2010, que declaró inconstitucional el referendo reeleccionista, porque este eliminaba principios propios de la democracia constitucional como la alternancia del poder, el principio de separación de poderes, el principio de igualdad, y el control o limitación entre poderes (Checks and balances).

36 SAGER, Lawrence G., Juez y democracia: una teoría de la práctica constitucional norteamericana, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 197.

37 Sobre este tipo de modificación la doctrina ha discutido que el artículo 376 de la C.P. ha establecido dos posibilidades de reforma por una parte la posibilidad reglada de reformar la Constitución mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente en un tema particular y parcial, en este caso no se trataría de una Asamblea Constituyente propiamente dicha, sino de una Asamblea Constitucional, por otro lado cuando esa misma Asamblea tenga una competencia general para cambiar integralmente la Constitución dando lugar a una “autorruptura constitucional” se trataría de la convocatoria a un proceso constituyente. En el primer caso cuando la Asamblea Nacional Constituyente se convoca para reformar un aspecto determinado de la Constitución y no la Constitución en su integridad la Corte tendría competencia para verificar si se está sustituyendo la Constitución de 1991 por otra integralmente diferente. En la Sentencia C- 574 de 2011 se indicó lo siguiente: “Teniendo en cuenta esta diferenciación, la única posibilidad para hacer una transformación total de la Carta Política es a través de la Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente del artículo 376 de la C.P. siempre que sea convocada expresamente para proferir una nueva Carta. Sin embargo, sobre esta posibilidad también se ha establecido por parte de la doctrina que el poder constituyente no es absoluto, ilimitado y soberano en su labor, ya que tiene que cumplir con una serie de limitaciones propias de su labor que ya habían sido anunciadas por Siéyes en el Capítulo V. de Qué es el tercer Estado y que se refieren a que (i) tiene que hacer una Constitución y no otra cosa, (ii) tiene que actuar por un tiempo limitado, (iii) y no puede defraudar la voluntad de los representados. Así mismo tendría que tener en cuenta los compromisos en materia de tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas del *Ius Cogens*, si quiere seguir estableciendo una Constitución democrática liberal y no otra cosa, circunstancias que la Corte Constitucional tendrá que evaluar en su momento” (Numeral 4.43. de la Sentencia C- 574 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

38 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Principalmente en los Fundamentos Jurídicos 29 a 40.

39 Negrilla fuera del texto. Como afirma Néstor Osuna, en la Sentencia C-551 de 2003 se dieron cuatro argumentos que utilizó la Corte para sostener la tesis de los límites competenciales del poder de reforma. En primer lugar, el argumento gramatical, según el cual reformar es diferente a eliminar, sustituir o derogar. En segundo término, el argumento del derecho comparado, en donde la Corte para afianzar su postura de la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma, analiza los ordenamientos y tratamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de la India, Francia, España, Suiza, Argentina y Venezuela, para concluir que el derecho constitucional distingue con claridad entre reforma y sustitución (consideración 35 de la C-551 de 2003). En tercer lugar, el argumento sistemático, ya que los artículos 6º y 121 de la Constitución establecen que las autoridades sólo tiene competencias explícitas (consideraciones 36 de la Sentencia). Por último, el argumento lógico, por el cual se dice que si no se distingue entre poder de reforma y poder de sustitución, entonces no habría diferencia entre constituyente derivado y constituyente originario (consideración 37 de la jurisprudencia) (OSUNA PATIÑO, Néstor, “La sentencia del referendo: guarda de la Constitución ante el uso instrumental de la democracia”, en AA.VV. Anuario de Derecho Constitucional: análisis de jurisprudencia de la Corte constitucional, período 2002 y primer semestre 2003. Eduardo Montealegre Lynett (Coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 33).

40 Sin embargo hay que tener en cuenta que en esta misma Sentencia se dijo que es posible realizar una alteración del principio estructural, sin que se llegue al grado de sustituirlo. Estableció la Corte en dicha ocasión lo siguiente: “No puede perderse de vista, sin embargo, que el poder de reforma constitucional obedece a la necesidad de acomodar la Constitución a nuevas realidades políticas, a nuevos requerimientos sociales, o a nuevos consensos colectivos. Por esta razón, el concepto de sustitución de la Constitución no puede privar de contenido al poder de reforma constitucional. Si la Constitución es, por definición y en su sentido material, un cuerpo normativo que define la estructura esencial del Estado, los principios y valores fundamentales, las relaciones entre el Estado y la sociedad, los derechos y los deberes, resulta claro que un poder facultado para reformar la Constitución puede incidir sobre esos distintos componentes. De modo que la alteración de un principio fundamental no puede tenerse, per se, como sustitución de la Constitución, porque ese es, precisamente, el contenido del poder de reforma constitucional que, como tal, tiene

capacidad para alterar principios fundamentales. Una cosa es alterar un principio fundamental y otra distinta sustituir un elemento definitorio de la identidad de la Constitución” (Sentencia C-970 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

41 M.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas.

42 El Parágrafo Transitorio del Artículo 4º del A.L 2 de 2004, establecía que, “El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o de marzo de 2005, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República. El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional. Si el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia” (Parte demandada en negrilla).

43 Sobre el particular se estableció en la Sentencia que, “El parágrafo acusado es una disposición transitoria, por medio de la cual, con carácter supletorio y transitorio, se confieren facultades extraordinarias a un órgano distinto del Congreso, para que, en determinados supuestos, expida las normas de desarrollo necesarias para permitir la entrada en vigencia, en un horizonte temporal preestablecido, de la reforma adoptada por el constituyente derivado. Sobre esa materia, existen claros precedentes de constitucionalidad en las sentencias C-970 y C-971 de 2004. Conforme a tales precedentes, no se produce una sustitución de Constitución cuando de manera transitoria, y con el propósito de permitir la puesta en marcha de una reforma constitucional, se atribuye a órganos distintos del Congreso de la República, la capacidad de expedir normas de ordinario sometidas a reserva de ley, incluidas las que tienen reserva de ley estatutaria. En el presente caso, sin embargo,

concurrir en el Acto Legislativo demandado unos elementos diferenciadores que imponen una conclusión distinta. En lo pertinente el párrafo transitorio del artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2004 dispone que si el Congreso no expide antes del 20 de julio de 2005 la ley estatutaria que regule la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República, el Consejo de Estado, en un plazo de dos meses, reglamentará la materia. Observa la Corte, en primer lugar, que la habilitación al Consejo de Estado se orienta a la regulación de un específico proceso electoral, que debe cumplirse en breve término y de cuya configuración, por consiguiente, quedaría excluido el legislador. Como se pone de presente en la demanda, tal situación afecta la supremacía de la Constitución, porque esa regulación, que de manera excepcional se confía al Consejo de Estado, no estaría sometida a control político alguno y carecería de un efectivo control de constitucionalidad. Dicho poder legislativo fue atribuido a un órgano de la rama judicial, que no es elegido por el pueblo de manera directa o indirecta, que no es representativo de la sociedad y que habrá de expedir las normas legales sin participación de los ciudadanos obligados y afectados, sin sujetarse a un procedimiento legislativo predefinido y público, y sin control parlamentario, ni judicial de constitucionalidad, que actúen de manera oportuna antes de las elecciones de 2006. estima la Corte que el Congreso excedió su competencia como reformador de la Constitución al expedir la disposición anteriormente transcrita, por virtud de la cual se sustituye el principio de supremacía de la Constitución por el de la supremacía del legislador transitorio. Por lo tanto, sustituye un elemento esencial definitorio de la Constitución por otro integralmente diferente. El hecho de que ello suceda durante un lapso breve -el tiempo que requiera el Consejo de Estado para legislar cada vez que sea necesario para que indefectiblemente existan normas que regulen la próxima campaña presidencial- no es óbice para constatar que evidentemente durante ese lapso la Constitución dejará de ser suprema en el ámbito que el legislador decida regular y que las normas incontrolables de manera efectiva que ese legislador adopte se aplicarán a las elecciones que determinarán quien gobernará a Colombia entre 2006 y 2010”.

44 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

45 En dicha jurisprudencia se estableció sobre el punto que, “El cambio introducido por el Acto Legislativo 01 de 2007 en la operación de la moción de censura es un cambio importante que flexibiliza el ejercicio de este instrumento de control político e inclina en este sentido la balanza a favor del legislativo, pero no puede decirse que el mismo suprima un

principio definitorio de la identidad de la Carta de 1991, como es el de la separación de poderes que, de hecho, en cuanto hace a una de sus expresiones, cual es la del bicameralismo, no estaba configurado de un modo absoluto, sino matizado, por la iniciativa de cada una de las cámaras para proponer la moción de censura y la decisión de la misma en el congreso reunido en pleno”.

46 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza

47 El Acto Legislativo 1 de 2008 decía en su integridad lo siguiente: “ARTICULO 1º. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así: Párrafo Transitorio. Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción. Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente párrafo. La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa. Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular”.

48 El principio de acceso y ascenso en los cargos públicos se encuentra contenido en el artículo 40.7 sobre el acceso al desempeño de funciones o cargos públicos.

49 Sobre estos principios consustanciales se estableció en dicha jurisprudencia que, “La mención de una inscripción ‘extraordinaria’, prevista en el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008, llama la atención sobre la existencia de un régimen ordinario que deja de aplicarse y que es el régimen de carrera establecido en el artículo 125 de la Constitución que tiene carácter de principio constitucional y de regla general que sólo admite las salvedades contempladas en su propio texto e impone interpretarlas restrictivamente, introduciéndose así una excepción al régimen general de carrera administrativa, distinta de la que claramente surge del contenido del artículo 125 superior, excepción que afecta algunos otros elementos del régimen de carrera, al igual que suspende efectos de algunas disposiciones superiores, sin que dicha suspensión se encuentre prevista en una regulación legal-constitucional, lo cual es susceptible de configurar una nueva forma de sustitución de la carta, además de propiciar modificaciones tácitas con menoscabo del status constitucionalmente reconocido y asegurado a todos los asociados, sin distinción”. (Sentencia C- 599 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

51 Sobre la sustitución de dichos principios en la Ley 1354 de 2009 que convocaba a un referendo constitucional para una segunda reelección del Presidente de la República se estableció que, “El principio democrático constituye un elemento esencial de la Constitución de 1991 y se desprende del texto constitucional que Colombia es una democracia participativa, representativa y pluralista, rasgos definitorios éstos ligados indisolublemente a la realización de elecciones transparentes, periódicas, inclusivas, competitivas e igualitarias, de donde la idea misma de representación va ligada por lo tanto a los períodos fijos y a las elecciones periódicas, en que la alternación cobra una doble dimensión: (i) como eje del esquema democrático en la que toda autoridad es rotatoria y no hay previstos cargos de elección popular vitalicios; y (ii) como límite al poder político, y si bien la reelección inmediata introducida por el Acto legislativo 02 de 2004 no configuraba una sustitución a la Constitución, porque, en todo caso, se contemplaba un límite absoluto al término del ejercicio del poder por parte del Presidente de la República y se mantenían las elecciones periódicas para la provisión de este cargo, un tercer período en el ejercicio del poder, que fuera el resultado de una segunda reelección presidencial, desvirtuaría el principio de alternación, ya que mantendría en el poder a una persona e impondría la reproducción de una misma tendencia política e ideológica durante un lapso mayor al que es juzgado razonable de acuerdo con las reglas de funcionamiento de un régimen presidencial típico y al que el propio constituyente colombiano estableció, tanto en la versión original de la Carta de 1991, como

en la reforma válidamente introducida mediante el Acto Legislativo No. 02 de 2004. Esta afectación del principio de alternación proyectaría consecuencias sobre las finalidades de índole constitucional que mediante él se persiguen y, en concreto, las posibilidades de las minorías y de la oposición sufrirían notable menoscabo, pues tendrían que aplazar sus legítimas expectativas por un período adicional, en el que, de nuevo, se impondrían los equipos y las tesis ya ensayadas a lo largo de ocho años”.

52 Fundamento Jurídico 4.4.

53 Fundamento Jurídico 4.3 de la Sentencia.

54 Fundamento Jurídico 7.10.3.

55 Ibíd.

56 Fundamento Jurídico 7.10.3, parte final.

57 Folio 133 de la Sentencia.

58 Como se dijo anteriormente en el caso del referendo constitucional del artículo 378 de la C.P. y cuando se trata de reformas específicas de la Constitución por la vía del artículo 376 C.P. que permite convocar a una Asamblea Nacional Constituyente para la reforma con la composición, el período y la competencia que la misma ley determine.

59 Sobre este punto dijo la Corte Constitucional que, “Si bien la Corte ha precisado que un régimen constitucional se propone ‘instaurar un gobierno de leyes y no de personas, a fin de proscribir la arbitrariedad’, puntualizó que ‘es de la esencia de una regla o de una norma tener una pretensión mínima de universalidad, esto es, debe tratarse de una regulación expedida para regular un conjunto de situaciones que son iguales en sus aspectos relevantes’ y no de una regla ‘puramente ad-hoc’, es decir, ‘puramente singular’ o ‘adoptada exclusivamente para ser aplicada a unos sujetos determinados y concretos’. Ante la eventualidad de que tal situación pueda generar un quebrantamiento de la Constitución, señaló que ‘para determinar si existe o no ese quebrantamiento de la Carta, ciertos sectores de la doctrina han propuesto un ‘test de efectividad de la reforma’ que se realiza verificando si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después (...) de la reforma’, de modo tal que ‘si las normas siguen siendo las mismas, entonces no ha existido

reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular’.

60 Sobre este punto dijo la Corte Constitucional que, “Si bien la Corte ha precisado que un régimen constitucional se propone ‘instaurar un gobierno de leyes y no de personas, a fin de proscribir la arbitrariedad’, puntualizó que ‘es de la esencia de una regla o de una norma tener una pretensión mínima de universalidad, esto es, debe tratarse de una regulación expedida para regular un conjunto de situaciones que son iguales en sus aspectos relevantes’ y no de una regla ‘puramente ad-hoc’, es decir, ‘puramente singular’ o ‘adoptada exclusivamente para ser aplicada a unos sujetos determinados y concretos’. Ante la eventualidad de que tal situación pueda generar un quebrantamiento de la Constitución, señaló que ‘para determinar si existe o no ese quebrantamiento de la Carta, ciertos sectores de la doctrina han propuesto un ‘test de efectividad de la reforma’ que se realiza verificando si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después (...) de la reforma’, de modo tal que ‘si las normas siguen siendo las mismas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular’.

61 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Dicha sentencia conocía de la inconstitucionalidad del artículo primero (parcial) del Acto Legislativo No 2 de 2009 “por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”.

62 En la Sentencia C- 514 de 1994 se estableció por ejemplo que, “El sistema de carrera administrativa tiene como finalidad la realización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, así como procurar la estabilidad en los cargos públicos, con base en estos principios y en la honestidad en el desempeño de los mismos se busca que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado. El elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente. No se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados, ni el ingreso al empleo sin una vinculación fundada en motivos diferentes a la capacidad. Igualmente, el retiro se hará por hechos determinados legalmente inspirados en la realidad de la eficiencia laboral. En definitiva, lo

que se protege es el interés general”.

63 Sin embargo, la misma Constitución establece que no equivale a negar la existencia de otras formas de vinculación como ocurre en los empleos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y de aquellos que determine la ley.

64 Sentencia C-954 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

65 Sentencia C- 901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo. Expuesto en el numeral 6.1.1.1.4. de dicha providencia.

66 “Art. 125. 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 las calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.

67 “Art. 209. 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. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

68 “Art. 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servicios públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”.

69 “Art. 268.10. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: 10.

Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Ésta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho”.

70 Sentencia C-901 de 2008 (M.P. Mauricio González Cuervo). En la Sentencia C- 588 de 2009 se estableció que, “A título de ejemplo, conviene recordar que, en tempranas providencias, la Corte dejó sentado que la eficiencia y eficacia del servicio público ‘dependería de la idoneidad de quienes deben prestarlo’ (C-356 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz), que los conceptos de eficiencia ‘comprometen la existencia misma del Estado’, que ‘el elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente’ (C- 195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y también que el sistema de nombramiento por concurso se inspira ‘en los principios de eficacia e imparcialidad’, porque la actividad de la administración ha de traducirse ‘en resultados concretos’ y la índole instrumental que tiene la administración ‘respecto de los cometidos gubernamentales y estatales’ la debe llevar a ‘obrar con imparcialidad y absoluta neutralidad de políticas”.

71 Dicho numeral consagra 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 lo casos en los cuales ha de aplicarse”. En este sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé el acceso a las personas “a todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según la capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos” (Citado en la Sentencia C- 517 de 2002, M.P. Mauricio González Cuervo).

72 Sentencia C-517 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

73 Sentencia C-1177 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

74 C- 349 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

75 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

76 Sentencia C- 588 de 2009.

77 En el numeral 5.2.13. de este proyecto.

78 Dice el profesor Pedro de Vega sobre el “fraude Constitucional” lo siguiente: “La doctrina francesa del Derecho Público ha distinguido perfectamente dos conceptos que, bajo aparentes similitudes semánticas, encierran, no obstante contenidos y significados diferentes. Por un lado, y bajo la expresión ‘falseamiento de la Constitución’ (faussement de la Constitution), se alude al fenómeno en virtud del cual se otorga a ciertas normas constitucionales una interpretación y un sentido distintos de los que realmente tienen. Su tratamiento se conectaría, en consecuencia, bien con lo que los alemanes llaman modificación no formal de la Constitución (Verfassungswandlung), bien con la simple transgresión de la misma (Verfassungsüberschreitung). Por otro lado, y bajo la fórmula ‘fraude constitucional’ (fraude á la Constitution), que es lo que ahora nos interesa considerar, se entiende la utilización del procedimiento de reforma para, sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente” (Ver G. Liet-Veaux, “La fraude a la Constitution”, en: Revue de Droit Public, 1942, p. 116; igualmente Burdeau, Traité de Science Politique, t. IV, Le Statut du pouvoir dans l’Etat, Paris, 1969, p. 266, citado por DE VEGA GARCÍA, Pedro, La Reforma Constitucional, Op. cit., p. 291).

79 En el mismo sentido en la Sentencia C-588 de 2009 respecto del Acto Legislativo No 1 de 2008 se dijo que dicha modificación constitucional, “quiso amparar la efectividad de ese propósito colocándolo bajo el manto de una reforma constitucional que de tal, si acaso, únicamente tiene el nombre, por lo que la Corte insiste, en que este tipo de decisiones puramente ad-hoc desnaturaliza el poder de reforma a la Constitución al ser la materialización de una ruptura o quiebre temporal o incidental de la Carta”.

80 Por ejemplo la C - 1044, C- 1046, C-1048, C- 1055, C-1057 de 2005 que declararon estarse a lo resuelto a las Sentencias C- 1040 y C- 1041 de 2005 que revisó la constitucionalidad del Acto Legislativo No 4 de 2005. Del mismo La Sentencia C- 614 de 2002 que decidió estarse a lo resuelto a la Sentencia C- 602 de 2002 que declaró inconstitucional la exequibilidad del Acto Legislativo No 1 de 2001 sobre el sistema general

de participaciones.

81 Sentencia C-427 de 1996, Auto -27A de 1998,

82 Auto 27A de 1998.

83 En la Sentencia C- 557 de 2001 se establecieron las subreglas del derecho viviente y se dijo, “Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos sine qua non los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma. La opinión de los doctrinantes puede ser valiosa para fijar el significado de una norma, pero no basta por sí sola para que se configure un derecho viviente. Los requisitos mencionados anteriormente son también aplicables para apreciar el valor de la doctrina. Sin embargo, a ellos debe agregarse un elemento cuantitativo y otro cualitativo: en cuanto al primero, no es lo mismo la opinión de un ensayista que la coincidencia entre las tesis de muchos tratadistas; para que pueda ayudar a conformar un derecho viviente la interpretación de los doctrinantes debe estar suficientemente expandida; en cuanto a lo segundo, la autoridad académica del doctrinante naturalmente le confiere un valor especial”.

84 FERRERES COMELLAS, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, en: La Relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política, ed. Pablo E. Navarro y María Cristina Redondo, Barcelona, 2002, pp. 227 a 245.

85 BRYCE, James, Constituciones flexibles y rígidas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

86 Ibíd., p. 229

87 *Ibíd.*

88 *Ibíd.*, caso citado en la nota al pie de página No 26, p. 243.

90 Esta problemática también ha sido constante en países como la India en donde se ha utilizado la potestad de reforma a la Constitución para introducir programas políticos de cada gobierno, dando lugar a que desde los años setenta la Corte Constitucional de dicho país haya implementado la diferenciación entre poder constituyente y poder de revisión, para declarar la inconstitucionalidad de reformas que vulneraban principios estructurales.

91 Ver sobre este tema las aclaraciones de voto presentadas frente a las sentencias C-740 y C-986 de 2006, C-153, C-178, C-180, C-216, y C-293 de 2007, C-141 y C-303 de 2010, C-574 de 2011, C-170 y C-243 de 2012, así como el salvamento de voto frente al fallo C-588 de 2009.

92 La sentencia C-588 de 2009 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), frente a la cual salvé el voto.

93 Ver mi aclaración de voto a la sentencia C-141 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

94 En la sentencia C-449 de 1996 la Corte empleó esta expresión. “Aunque la reforma introducida por la nueva ley no es una reforma total del artículo, considera la Corte que en respeto de la unidad conceptual expresada en norma reformada, ella debe ser, de nuevo, integralmente examinada por esta Corporación, sin que pueda aplicarse la cosa juzgada constitucional en el presente caso.” En la sentencia C-033 de 1999 indicó: “Ante estas circunstancias, considera la Corte que las expresiones acusadas no vulneran la Constitución, pues el legislador está autorizado para establecer excepciones a las normas generales, atendiendo razones justificadas, que en el caso sometido a estudio se fundamentaron en la reforma total del sistema de seguridad social en materia de salud (...)”. En la sentencia C-296 de 1995 la Corte señaló: “En todo caso, aún en el evento de que una modificación de este tipo hubiese tenido lugar, tampoco se habría incurrido en inconstitucionalidad por este motivo, debido a que se trataría simplemente de una reforma parcial que no afecta la estructura general del Código, ni establece la regulación sistemática e integral de una materia y, por lo tanto, no vulnera el principio democrático que el Constituyente quiso

proteger con la prohibición de que trata el tercer inciso del numeral décimo del artículo 150 de la Carta.” En la sentencia C-504 de 2001 empleo así las expresiones: “Así las cosas, es el legislador quien debe decidir, no el juez constitucional, si los ordenamientos que rigen el servicio exterior de la República y la carrera diplomática y consular deben ser objeto de reforma parcial o total y, en el caso específico, analizar si las razones de necesidad y conveniencia expuestas por el Gobierno son satisfactorias y legítimas como para despojarse temporalmente de una facultad que constitucionalmente le corresponde.” Incluso la expresión reforma parcial ha sido empleada en casos que se ha abordado el problema de la sustitución. Así, en la sentencia C-153 de 2007 la Corte ha dicho: “Ahora bien, podría lo anterior llevar a la conclusión de que no hay sustituciones parciales, pues una sustitución parcial podría dejar vigente el resto de las instituciones constitucionales preexistentes y en esas condiciones no habría una sustitución constitucional. Sin embargo, una norma que afecte en principio solo una parte de la Constitución puede tener como consecuencia un cambio sustancial del modelo político y por lo tanto, hacer incompatible su contenido con el contenido y alcance originario de las restantes normas. En consecuencia, cuando quiera que una reforma parcial afecte el contenido medular del Estado constitucional podrá la Corte ejercer el respectivo control.” (las negrillas incluidas en esta cita no hacen parte del texto original de las sentencias)

95 El artículo 92 de la Constitución federal de 1863, dice:

Esta Constitución podrá ser reformada total o parcialmente con las formalidades siguientes:

1. Que la reforma sea solicitada por la mayoría de las Legislaturas de los Estados;
2. Que la reforma sea discutida y aprobada en ambas Cámaras conforme a lo establecido para la expedición de las leyes; y,
3. Que la reforma sea ratificada por el voto unánime del Senado de Plenipotenciarios, teniendo un voto cada Estado.

También puede ser reformada por una Convención convocada al efecto por el Congreso, a solicitud de la totalidad de las Legislaturas de los Estados, y compuesta de igual número de Diputados por cada Estado. (subrayas fuera del texto original)

96 Es importante advertir, en todo caso, que aún con posterioridad a la sentencia C-1040 de 2005 la Corte mostró algún grado de duda acerca de la condición en la que podía actuar una Asamblea Constituyente. Así por ejemplo en la sentencia C-180 de 2007, aunque no era una cuestión central en el problema jurídico abordado, advirtió la Corte: “De este modo, una es la situación cuando el pueblo, en un acto de auto afirmación y por fuera de todo cauce normativo, decide reformar la Constitución o darse una nueva, y establece para ello los mecanismos que resulten apropiados, y otra muy distinta aquella en la cual, a la luz de las previsiones constitucionales, el pueblo es convocado para que decida si convoca una asamblea nacional constituyente con el periodo y las competencias que el Congreso, órgano constituido, le haya fijado en una ley, o cuando, también mediante ley, se le convoca para que exprese su afirmación o su negación a una propuesta de reforma a la Constitución. En el primer caso el pueblo actúa como constituyente primario, en el segundo obra en el ámbito de los poderes constituidos y se encuentra subordinado a la Constitución.”

97 Cabe incluso destacar que la ley 134 de 1994 establece una especie de intangibilidad relativa durante un término de dos años. Es relevante preguntarse por qué, si se trata de modificaciones que no afectan la estructura básica, su derogación implica la exclusión de cualquier discusión en el plazo allí establecido. El artículo 46 establece: “Las normas que hayan sido derogadas o aprobadas mediante referendo no podrán ser objeto de decisión dentro de los dos años siguientes, salvo por decisión de la mayoría absoluta de los miembros de la respectiva corporación. Pasado ese término se aplicaran las mayorías ordinarias. (...) Cuando se trate de referendos aprobatorios o derogatorios de carácter nacional no podrá solicitarse referendo sobre el mismo asunto sino hasta pasados dos años.”

98 Alexy ha señalado, refiriéndose a los extremos que afectan a los derechos fundamentales, que el más problemático –acompañando al máximo rango, a la máxima fuerza jurídica y a la máxima importancia del objeto- es el relativo al máximo grado de indeterminación. Ha señalado entonces: “Los tres extremos tratados hasta ahora, el máximo rango, la máxima fuerza jurídica y la máxima importancia del objeto de regulación, sólo se convierten en un verdadero problema a través de su conexión con un cuarto extremo, el del máximo grado de indeterminación. Éste se advierte insistentemente en el carácter sumamente sucinto y desde luego lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional”. Derechos fundamentales y Estado constitucional Democrático. En Necoconstitucionalismo(s). Ed. Trotta. 2003, Pág. 35.

99 Este problema ha sido expresado por la dogmática constitucional destacando lo siguiente: “Como resumen, en nuestra opinión, la posibilidad de control material de constitucionalidad de la reforma requiere, al menos, dos requisitos: a) que el Texto constitucional establezca expresa y claramente los parámetros de ese enjuiciamiento de inconstitucionalidad (por ejemplo, a través de una cláusula de intangibilidad); b) que exista un órgano encargado entre cuyas competencias esté o se derive la de realizar la comprobación de constitucionalidad (habitualmente el Tribunal Constitucional). Es bastante conveniente, aunque no suele suceder, que se indique expresamente en el Texto constitucional o en la legislación sobre el Tribunal Constitucional la existencia de esa competencia. En todo caso, si faltan estos requisitos, creemos que no puede admitirse la posibilidad de una <<reforma constitucional inconstitucional>>. En efecto, si la Constitución quiere impedir la reforma de determinados preceptos o principios, puede indicarlo; si no lo hace, y permite expresamente la reforma, esta no puede ser inconstitucional, desde el punto de vista jurídico, por contradicción con los valores o principios fundamentales (y ello a pesar de la falta de reflejo de los valores democráticos o <<constitucionales>> por la reforma, ausencia que poseería trascendentales consecuencias políticas , así como la falta de legitimación <<interna>>). Además debe tenerse en cuenta la posición en que se colocaría el Tribunal Constitucional en caso de declarar la inconstitucionalidad de la reforma sin fundamento constitucional para ello: estaría suplantando el mismo poder constituyente (...)”. Revorio, Javier. Valores superiores e interpretación Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997. Págs. 289 y 291.

100 Señaló lo siguiente en el fundamento jurídico No. 279: “El argumento de los ciudadanos de que este numeral podría llegar a ser interpretado como incompatible con el artículo 23 del Pacto de San José, a primera vista, parece acertado, pues la segunda frase del numeral no parece referirse a condenas penales, por la comisión de hechos punibles, ya que la primera parte de la pregunta del inciso propuesto regula la hipótesis de la condena por delitos que afecten el patrimonio del Estado. Por ende, esta segunda parte, para que tenga una eficacia normativa propia, parecería referirse a sentencias ejecutoriadas en procesos que no son penales. Sin embargo, ello no es obligatoriamente así, puesto que la primera frase hace referencia exclusivamente a ciertos delitos, esto es, a aquellos que “afecten el patrimonio del Estado”, por lo cual bien puede entenderse que la segunda parte del numeral hace referencia a otros hechos punibles, por los que puede resultar condenado el Estado a una reparación patrimonial. Para ello basta pensar en el evento en que un servidor público, dotado de un

arma oficial, lesiona a una persona. Sin lugar a dudas, el Estado puede resultar condenado a reparar patrimonialmente al afectado, por haber ocasionado un daño antijurídico (CP art. 90), y la conducta del servidor público puede ser delictiva, si éste actuó con dolo o culpa. Por ende, esta segunda frase del numeral 1° puede ser armonizada con la Convención Interamericana, si se entiende que también hace referencia a sentencias en procesos de naturaleza penal. Y como, en virtud del principio Pacta Sunt Servanda, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (CP art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado, entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia¹⁰⁰. Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o pro hominem, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona. Y por ello la Corte concluye que, de ser aprobado el numeral 1°, debe entenderse que la segunda frase del mismo hace referencia a que la culpa grave o el dolo del servidor público fue establecida por una sentencia judicial ejecutoriada en un proceso penal, y por ello no existe una contradicción entre el numeral 1° y la Convención Interamericana, y menos aún este numeral implica una sustitución de la Constitución. (...) Al existir diversas interpretaciones plausibles de la disposición cuestionada, el legislador tiene un margen para desarrollarla, en caso de ser aprobada por el pueblo, de una manera armónica con los compromisos internacionales adquiridos por Colombia y, claro está, el Estado de Colombia puede acudir a los procedimientos idóneos para conocer la interpretación que de la Convención Interamericana efectúen los órganos interamericanos competentes para fijar con autoridad el sentido del Pacto de San José.”

101 Sentencia C-551 de 2003

102 Así procedió también respecto de la pregunta No. 14 incorporada en la ley que convocaba al referendo. Lo transcrito confirma la dificultad para separar, objetivamente, el juicio competencial por sustitución de principios o ejes definitorios de la Constitución del juicio material sobre una norma de rango constitucional, ciertamente prohibida en la

Constitución de 1991.

103 Ello fue indicado igualmente en la sentencia C-971 de 2004.

104 En idéntica dirección procedió en la sentencia C-588 de 2009 en la que se refirió al papel del bloque de constitucionalidad en el juicio de sustitución. A pesar de mencionar su relevancia no fue utilizado para identificar el alcance de la premisa mayor del juicio de sustitución. Dijo en esa oportunidad: “Empero, antes de efectuar el juicio de sustitución resulta indispensable hacer una presentación, breve y general, de lo que la Corte Constitucional ha considerado acerca de sus elementos y etapas. Ya en los recuentos jurisprudenciales que anteceden se ha indicado que, como quiera que la Constitución no prevé cláusulas pétreas, el de sustitución no es un juicio de intangibilidad y que tampoco es un juicio de control material por cuya virtud se compare la modificación operada mediante reforma con principios constitucionales o provenientes del bloque de constitucionalidad, pues sólo comporta la confrontación entre lo modificado y la Carta anterior, no para determinar si hay diferencias, que siempre las habrá, sino para establecer si en realidad se oponen radicalmente y hay reemplazo”

105 En la sentencia C-574 de 2011 la Corte Constitucional formuló una consideración semejante al referirse a los límites al poder de sustitución radicado en la asamblea constituyente: “4.43. Teniendo en cuenta esta diferenciación, la única posibilidad para hacer una transformación total de la Carta Política es a través de la Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente del artículo 376 de la C.P., “...siempre que sea convocada expresamente para proferir una nueva Carta...” (...). Sin embargo, sobre esta posibilidad también se ha establecido por parte de la doctrina que el poder constituyente no es absoluto, ilimitado y soberano en su labor, ya que tiene que cumplir con una serie de limitaciones propias de su labor que ya habían sido anunciadas por Siéyes en el Capítulo V. de Qué es el tercer Estado y que se refieren a que (i) tiene que hacer una Constitución y no otra cosa, (ii) tiene que actuar por un tiempo limitado, (iii) y no puede defraudar la voluntad de los representados. Así mismo tendría que tener en cuenta los precompromisos en materia de tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas del *IusCogens*, si quiere seguir estableciendo una Constitución democrática liberal y no otra cosa, circunstancias que la Corte Constitucional tendrá que evaluar en su momento.”(Subrayas y negrillas no hacen parte del texto original)

106 En relación con las posibilidades de integración del denominado bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha delimitado que ello puede ocurrir en virtud de una verdadera integración normativa o con fundamento en un llamado a las normas internacionales para tenerlas como referentes interpretativos. En la sentencia C-488 de 2009 la Corte explicó su posición al respecto: “Si bien es cierto que las normas que se integran al bloque de constitucionalidad tienen la misma jerarquía que los preceptos de la Carta Política, también lo es que existen diversas formas para su incorporación al ordenamiento jurídico. Además, en ningún caso la disposición internacional constituye un referente autónomo para el control constitucional, por cuanto la integración normativa debe partir de una interpretación armónica, teleológica y sistemática de la Carta Política en su conjunto (...). En cuanto a la forma de incorporación de los tratados al bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia ha señalado dos vías: (...) (i) La primera consiste en la “integración normativa” en virtud de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 93 de la Constitución (...). Para ello se requiere que un tratado ratificado por Colombia reconozca derechos humanos cuya limitación se prohíba en los estados de excepción (...). Desde esta perspectiva su incorporación es directa y puede comprender incluso derechos que no estén reconocidos en forma expresa en la Carta. (...) En este punto conviene precisar que, de conformidad con el artículo 101 Superior, también hacen parte del bloque de constitucionalidad los tratados que definen los límites del Estado (...) . Así mismo, por mandato del artículo 214-2 de la Constitución, se incluyen aquí las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario (...). Además, otras normas como los artículos 44 y 53 de la Carta autorizan la inclusión de tratados en el bloque de constitucionalidad respecto de temas específicos como los derechos de los niños. (ii) La segunda forma de incorporación de tratados al bloque de constitucionalidad es como “referente interpretativo” y opera al amparo del inciso segundo del artículo 93 de la Carta (...). En este sentido la jurisprudencia ha reconocido que algunos tratados de derechos humanos cuya limitación no está prohibida en los estados de excepción también hacen parte del bloque de constitucionalidad, aunque por una vía de incorporación diferente; es decir, no como referentes normativos directos sino “como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna” (...).”

107 Es pertinente transcribir un extenso aparte de la sentencia C-574 de 1992 en la que la Corte Constitucional explicaba la relevancia del derecho internacional atendiendo algunas de las discusiones suscitadas en la Asamblea Nacional Constituyente. En esa oportunidad

advirtió: “Una minuciosa revisión de los documentos de la Asamblea permite señalar que los Constituyentes tuvieron clara conciencia de la especificidad e importancia concreta tanto del derecho internacional de los derechos humanos, como del derecho internacional de los conflictos; por tanto, sus opiniones al respecto constituyen valiosos elementos para la interpretación y aplicación de los artículos 93 y 214 de la Carta vigente. (...) Así por ejemplo, el Constituyente Diego Uribe Vargas señaló con toda claridad que: (...) “Hay necesidad de reconocer la superioridad de esos convenios (sobre derechos humanos) celebrados en el campo internacional dentro de nuestra futura Carta Constitucional; es decir, ...en materia de derechos humanos, yo diría que todo el orden jurídico debe merecer la supremacía de las normas internacionales... Yo creo que la primera cosa es consagrar explícitamente la supremacía de las normas y convertirlas en normas vigentes en el ordenamiento interno y no solo alusiones teóricas a un orden internacional del cual formamos parte, pero que no cumplimos...” (...) El Constituyente Alfredo Vásquez Carrizosa (...) manifestó su acuerdo con la propuesta del constituyente Uribe Vargas en el sentido de que: (...) “es preciso enmarcar los derechos dentro del primado del derecho internacional, porque Colombia no está inventando el derecho internacional. Colombia es un Estado miembro de las instituciones internacionales y tiene el deber o de salirse de esas instituciones o de respetar lo que allí se dice con el voto de Colombia...” (....) “...Qué pasa con el derecho internacional humanitario que no rige en Colombia? ... no rige dizque porque no hemos ratificado el Protocolo II; pero en los cuatro convenios de Ginebra de 1949 ratificados por la República de Colombia y llevada la ratificación a la Confederación Helvética está el artículo tercero que acuerda la protección especial a las poblaciones civiles que no están mezcladas ni en la guerra exterior ni en los conflictos internos y esos convenios no se aplican porque aquí tenemos bombardeos aéreos... pero no se aplica estando ratificado porque no se puede hacer la guerra interior sino violando el artículo tercero común a los cuatro convenios... Yo estoy de acuerdo con el Señor constituyente Uribe Vargas en consagrar el marco del derecho internacional, yo tengo aquí un artículo que he presentado: el derecho internacional tiene prelación sobre el derecho interno en materia de derechos humanos. Me parece que el derecho internacional nos evita cambiar la constitución cada vez que cambia el derecho internacional, si aprobamos en gracia de discusión la Constitución Gaviria, hay que cambiar la constitución cada vez que cambia el derecho internacional.”

(...) Sobre el mismo tema el delegado Augusto Ramírez Ocampo (...) observó que: (...) “...estamos proponiendo la supremacía del derecho internacional sobre el derecho nacional,

me parece que esa es la base fundamental del ordenamiento jurídico internacional y no solamente en el tema de los derechos humanos, porque yo si preveo señor Presidente,... que el mundo avanza... para bien a una internacionalización progresiva y a una especie de condominio universal de ciertos principios de convivencia inalterables que no pueden ser suplantados. Por ello, señor Presidente, siendo canciller de la República de Colombia adherí a una serie de mecanismos, establecidos, por ejemplo, en el sistema interamericano contra la censura; llevamos a la ratificación el que coloca a Colombia bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, y como ello me parece que todo esfuerzo de internacionalización conlleva implacablemente una pérdida de soberanía y yo creo que vamos a tener que estar preparados para ella y debemos aceptarla para modernizar las instituciones y no podemos volver a dar el espectáculo un poco bochornoso que tuvo Colombia en épocas del Canciller Vásquez Carrizosa y del Presidente Pastrana cuando algunas normas adoptadas dentro del sistema andino fueron echadas abajo por la Corte Suprema de Justicia; necesitamos establecer con claridad que la norma internacional rige por encima de la nacional, porque hace parte de nuestro derecho. Yo estoy de acuerdo en que debemos hacer la consulta, lo que se ha llamado el examen previo de constitucionalidad de los tratados pero que una vez adoptados, ello son nuestra norma real y suprema y debe ser aceptada por todos..." (...) Es digno de señalar que las anteriores opiniones pertenecen a voceros prominentes de diversos grupos políticos y fueron expresadas en momentos en que culminaban las labores de la Asamblea, lo cual permite suponer que representan en buena medida la opinión dominante que tuvo en cuenta la Comisión codificadora para la redacción final de los artículos 93 y 214 de la Carta vigente. En particular, dichas opiniones expresan un acuerdo fundamental acerca de la incidencia de los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y derecho de los conflictos en nuestro ordenamiento."(Subrayas fuera del texto original)

108 Caso "La Última Tentación de Cristo". Sentencia de fecha 5 de febrero de 2001

109 Declaración 1/1992, de 1 de julio de 1992

111 Decisión de fecha 4 de mayo de 2011.

112 Mathias Herdegen ha dicho sobre ello: "En Alemania tenemos un desarrollo fascinante de los últimos días: la Corte Constitucional alemana procedió a una revisión de su propia

jurisprudencia preestablecida haciendo excepción a la regla de la cosa juzgada en pro de una jurisprudencia de la Corte Europea de derechos Humanos en un caso en que la Corte Europea calificó como violatoria de la Convención Europea de derechos Humanos una ley que la Corte Constitucional alemana antes había declarado conforme a la Constitución alemana. En el caso concreto se trato de la detención preventiva, que el legislador alemán había establecido, con la posibilidad de ordenarla sin límites en el tiempo e incluso con efecto retroactivo. La Corte Europea había declarado que ese sistema de custodia preventiva sin límite de tiempo, ordenada de manera retroactiva, era violatorio de la Convención Europea de Derechos Humanos. A la luz de ese desarrollo europeo, la Corte Constitucional alemana procedió a una reinterpretación de la Ley Fundamental, es decir, hizo un giro radical en su propia jurisprudencia para evitar un conflicto con el ordenamiento de los derechos humanos vigentes en el contexto europeo”. La Constitución 20 años Después. Universidad Javeriana-Ed. Ibañez. Ed Konrad Adenauer Stiftung. 2011. Pág. 302

113 Debo reconocer que en esta discusión se enfrentan diferentes concepciones de soberanía. Sin embargo una comprensión adecuada del concepto impide una equiparación absoluta con el concepto probablemente existente en épocas anteriores. Sobre ello, en la Sentencia C-574 de 1992 la Corte afirmó: “En primer lugar, la idea de soberanía nacional no puede ser entendida hoy bajo los estrictos y precisos límites concebidos por la teoría constitucional clásica. La interconexión económica y cultural, el surgimiento de problemas nacionales cuya solución sólo es posible en el ámbito planetario y la consolidación de una axiología internacional, han puesto en evidencia la imposibilidad de hacer practicable la idea decimonónica de soberanía nacional. En su lugar, ha sido necesario adoptar una concepción más flexible y más adecuada a los tiempos que corren, que proteja el núcleo de libertad estatal propio de la autodeterminación, sin que ello implique un desconocimiento de reglas y de principios de aceptación universal. Sólo de esta manera puede lograrse el respeto de una moral internacional mínima que mejore la convivencia y el entendimiento y que garantice el futuro inexorablemente común e interdependiente de la humanidad. La paz mundial y la subsistencia planetaria están en juego.”

114 Es posible que la reciente decisión del Tribunal Constitucional Alemán coincida conceptualmente con el concepto de mutación constitucional explicado por Jellinek.

115 Así se establece en el artículo 2 de la Convención que dispone lo siguiente: “Deber de

Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

116 Allí se prevé: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

117 Sentencia 23 de junio de 2005

118 Sentencia de fecha 5 de agosto de 2008.

119 Sentencia de fecha 30 de junio de 2009

120 Al final de este salvamento se adjunta un anexó que comprende el examen de los debates suscitados en el Congreso y que fue presentado en la ponencia original

121 Aludiendo a las exigencias interpretativas de armonización concreta y de unidad constitucional en casos de tensiones entre derechos, la Corte expuso con claridad el problema en la sentencia T-425 de 1995: “9. La vida en sociedad impone la limitación – dentro de ciertos márgenes – de los derechos y bienes colectivos con el objeto de asegurar la coexistencia de intereses individuales y colectivos contrapuestos. El ordenamiento jurídico busca facilitar la coordinación de dichos intereses, mediante la resolución pacífica de las controversias que pueden surgir en el ejercicio de los derechos. A nivel constitucional, estos conflictos se traducen en colisiones de normas constitucionales que sirven de respaldo a los derechos enfrentados. (...) Las colisiones entre normas jurídicas de igual jerarquía constitucional deben solucionarse de forma que se logre la óptima eficacia de las mismas. El principio de la unidad constitucional exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran. (...) 10. El ejercicio de los derechos plantea conflictos cuya

solución hace necesaria la armonización concreta de las normas constitucionales enfrentadas. El principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra. (...) 11. El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad. En este proceso de armonización concreta de los derechos, el principio de proporcionalidad, que se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (CP, art. 95-1), juega un papel crucial. Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.P., art. 2), y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos.”

122 Rawls, John. Liberalismo Político. Fondo de Cultura Económica. 1996. Págs. 226 y 227.

123 Sobre la necesidad de tal fundamentación a efectos de evitar la infracción del derecho a la igualdad precisó la Corte en la sentencia C-901 de 2008: “De ahí que haya precisado la Corte que el principio de igualdad está en contradicción con cualquier regulación que establezca requisitos ajenos al mérito y capacidad de los participantes, sin suficiente fundamento objetivo o que las pruebas no sean valoradas en forma razonable y proporcional a su importancia, teniendo en cuenta el cargo a proveer, pues con ello se estaría obstruyendo el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad (...) Por

tratarse de la realización efectiva de principios y derechos constitucionales, no le está permitido al Legislador, en consecuencia, diseñar sistemas específicos de carrera y reglas particulares de concurso que obstruyan la participación igualitaria de los ciudadanos o desconozcan los criterios del mérito.”

124 En relación con esta postura interpretativa la sentencia C-211 de 2007 explicó: “Sobre dicha facultad, la hermenéutica constitucional ha dejado sentado que la misma es de interpretación restrictiva, en cuanto no es posible que por esa vía se desnaturalice la regla general de que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben proveerse por el sistema de carrera. Para la Corte, la competencia otorgada al legislador en ese campo no puede entrar en contradicción con la esencia misma del sistema de carrera, ni tampoco generar un efecto contrario al querido por el Constituyente, a saber: que la carrera sea la excepción y los demás mecanismos de provisión de cargos la regla general (...). Así, aun cuando al tenor de la Constitución se pueden desarrollar excepciones al principio general de la carrera administrativa, por disposición del mismo texto Superior debe mantenerse como una prioridad dicho régimen, por ser éste el que mejor interpreta el principio del merecimiento como determinante del ingreso, permanencia, promoción y retiro de los cargos públicos. En este sentido, la cobertura del sistema de carrera se extiende de tal forma que en caso de existir empleos cuyo sistema de provisión no haya sido establecido por la Carta o definido por la ley en forma razonable y justificada, es necesario acudir a la regla general, es decir, al concurso público de méritos para la provisión de cargos en el servicio estatal (...).”.

125 Sobre ello en la Sentencia C-901 de 2008 y recordando la jurisprudencia constitucional al respecto indicó esta Corporación: “En relación con la facultad que tiene el legislador ordinario o extraordinario para establecer sistemas específicos de carrera, la Corte ha puntualizado que el legislador debe tener en cuenta (...): (i) los principios generales de la carrera administrativa, esto es, el mérito como factor eficaz y definitorio del acceso, permanencia y retiro del empleo público”; (ii) la singularidad y especificidad de las funciones, establecidos técnicamente, con el fin de optimizar el cumplimiento de las actividades del organismo; (iii) la disposición de procedimientos objetivos de selección y permanencia en el empleo, basados exclusivamente en el mérito personal (...); (iv) la garantía de que el sistema respectivo ha de propiciar el cumplimiento de los fines del Estado y no va a generar diferencias violatorias del principio de igualdad; (iv) la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para

la administración y vigilancia de estos sistemas, sin excepción.”

126 Aludiendo el mérito la sentencia C-984 de 2010 señaló: “La Corte ha hecho énfasis en que el mérito es el criterio que, como regla general, debe presidir el nombramiento o designación de quienes van a desempeñar la función pública y, en concordancia con el artículo 125 de la Constitución, ha estimado que el concurso es el mecanismo adecuado para evaluar tanto los factores objetivos como los subjetivos, de modo que el resultado final determina la designación que ha de recaer en quien ocupe el primer lugar, a fin de eliminar la discrecionalidad del nominador y de evitar que la decisión final acerca de quién va a ocupar un cargo se haga con base en criterios arbitrarios.” Precizando en mayor grado la relación entre el concurso público y el aseguramiento del mérito como criterio de selección dijo la Corte en la sentencia C-181 de 2010: “Los concursos públicos como manifestación de este principio tienen la finalidad de determinar la idoneidad, la capacidad y la potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo desde el punto de vista de la categoría del empleo y las necesidades del servicio. (...) En este sentido, las etapas y pruebas de un concurso deben dirigirse a identificar las destrezas, aptitudes, experiencias, idoneidad física y moral, condiciones de personalidad y sentido social, entre otras aptitudes y cualidades, de los candidatos.¹²⁶ Una vez estas habilidades y cualidades han sido calificadas de manera objetiva, sólo aquél con mayor mérito debe ser designado en el respectivo cargo, con exclusión de los demás aspirantes. El acceso al cargo de quien obtiene la mejor calificación es un derecho fundamental que en reiteradas oportunidades esta Corporación ha tutelado.(...)”.

127 La importancia del principio constitucional del mérito considerando su articulación con los tres tipos de propósitos fue reiterada por la Corte en la sentencia C-181 de 2010. Igualmente y citando amplia jurisprudencia al respecto la sentencia C-901 de 2008 señaló: “La carrera administrativa persigue unos fines específicos, a saber: (i) la realización de los principios de eficiencia y eficacia para el desarrollo de la función pública; (ii) la realización del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública; (iii) la dotación de una planta de personal capacitado e idónea que preste sus servicios conforme lo requiera el interés general; y (iv) la estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines (...)”.

128 Sentencia C-588 de 2009.

129 En la sentencia C-588 de 2009 la Corte indicó también: “El vínculo entre el derecho establecido en el artículo 13 de la Carta y la carrera administrativa se manifiesta como igualdad de trato y de oportunidades, ya que, en primer término, el ingreso a los empleos de carrera se debe ofrecer sin discriminación de ninguna índole (...) y, en segundo lugar, todas las personas han de tener la ocasión de “de compartir la misma posibilidad de conseguir un empleo, así luego, por motivos justos, no se obtengan las mismas posiciones o no se logre la aspiración deseada” (...).” Allí mismo señaló: “En virtud de lo expuesto, “la posibilidad de acceso a los empleos estatales, bajo el régimen de carrera, permite que las expectativas que tienen (las personas) se concreten en el reconocimiento de iguales oportunidades, sin que les sea dado a las autoridades otorgar tratos preferentes” o carentes de “justificación objetiva” (...) e implica, por lo tanto, “que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca” (...).”

130 Sentencia C-588 de 2009.

131 Proyecto de Acto legislativo presentado por el Senador Javier Cáceres el día 7 de septiembre de 2010 según consta en la gaceta del Congreso No. 611 de 2010.

132 “Artículo 1°. Adiciónese el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, así: Parágrafo transitorio. Con el fin de determinar los méritos y calidades de los aspirantes a ingresar a los cargos de carrera y el ascenso, la Comisión Nacional de Servicio Civil o quien haga sus veces, inscribirá por una sola vez y de manera extraordinaria, a los servidores públicos que ostenten la calidad de provisionales o en encargo; homologando, cinco (5) años de experiencia en el ejercicio del cargo de carrera, por las pruebas del concurso público exigido para los nombramientos en propiedad de estos funcionarios siempre y cuando estén ejerciendo un empleo en provisionalidad en el momento en que entre en vigencia la presente norma y haya cumplido las calidades, cualidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de su posesión, acreditando en el caso de los encargos una calificación media del desempeño en un porcentaje igual o superior al 70% del puntaje máximo posible durante el tiempo de servicio. Mientras se surte este procedimiento de inscripción extraordinaria, se

suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando y no se podrá iniciar otro.” Gaceta del Congreso de la República 611 de 2010.

134 Gaceta del Congreso 799 de 2010

135 Gaceta del Congreso 799 de 2010

136 Gaceta del Congreso 799 de 2010

137 El texto propuesto a la Comisión Primera del Senado fue el siguiente: “(...) Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, así: (...) Parágrafo transitorio. Con el fin de determinar las calidades de los aspirantes a ingresar a los cargos de carrera, la Comisión Nacional del Servicio Civil o quien haga sus veces, homologará las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público por cinco años de experiencia en el ejercicio del cargo de carrera a los servidores públicos nombrados en calidad de provisionales. Para que opere esta homologación, el servidor público debe estar ejerciendo el empleo en provisionalidad al momento de entrar en vigencia el presente Acto Legislativo y cumplir con las calidades y requisitos exigidas en la Convocatoria del respectivo concurso. La Comisión Nacional de Servicio Civil o quien haga sus veces, expedirá los actos administrativos necesarios tendientes a dar cumplimiento a lo establecido en el presente acto legislativo.”

138 Gaceta del Congreso 799 de 2010.

139 Allí se señalaba: “(...) Los servidores públicos denominados provisionales han laborado durante largos años en la administración pública, tiempo en el cual han ejercido sus funciones con capacidad, idoneidad, ética, eficacia y eficiencia, factores estos de tiempo y capacidad que nos compelen a reconocerlos y darles la protección a sus derechos otorgados en nuestro ordenamiento jurídico. (...)” Gaceta del Congreso 799 de 2010.

140 Según consta en la Gaceta del Congreso 922 de 2010 la propuesta fue aprobada por 11 votos a favor y 0 en contra. El contenido de la Gaceta mencionada fue reproducida totalmente de nuevo por algunos errores en la Gaceta del Congreso 446 de 2011.

141 Gaceta del Congreso 860 de 2010.

142 Gaceta del Congreso 1039 de 2010.

143 Gaceta del Congreso No. 169 de 2011.

144 Gaceta del Congreso 215 de 2011. El texto aprobado en la plenaria del senado durante la segunda vuelta se puede confrontar en la Gaceta del Congreso 283 de 2011.

145 Gaceta del Congreso 299 de 2011.

146 Los artículos propuestos pueden confrontarse en la Gaceta del Congreso 299 de 2011.

147 Gaceta del Congreso 364 de 2011.

148 Salvamento de voto a la Sentencia C-588 de 2009 M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

149 Sentencia C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

150 Ibíd.