DEFENSOR PÚBLICO-Vinculación mediante contrato de prestación de servicios profesionales/DEFENSOR PÚBLICO-Particular que presta un servicio público

(…) el legislador decidió -en uso de su libertad y haciendo un análisis de conveniencia- que los defensores públicos serían contratistas que prestarían un servicio público. Esta fue una elección del legislador que no contradice, específicamente, los contenidos del artículo 125 de la Constitución. Especialmente porque de este último artículo no se sigue que todo el que preste un servicio público deba ser reconocido como un empleado público y, en consecuencia, deba ser nombrado, necesariamente, a través de un sistema de carrera. De cualquier manera, en el proceso de contratación de defensores públicos el Estado sí está obligado a orientarse por móviles objetivos y no políticos.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia/DECISION INHIBITORIA-No constituye cosa juzgada

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MÉRITO-Criterio rector del acceso a la función pública

CARRERA ADMINISTRATIVA-Excepciones

El propio artículo 125 de la Constitución establece algunas excepciones a la regla general. Al

respecto, dispone que no serán de carrera los empleos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”. Los de elección popular no serán de carrera porque, como es apenas obvio, estos servidores públicos llegan a sus cargos a través del sufragio. En su caso, es la voluntad popular la que los legitima para el ejercicio de sus tareas. De otra parte, no serán de carrera los empleos de libre nombramiento y remoción dadas las particularidades de estos cargos. En efecto, se trata de empleos que requieren un nivel superior de confianza y que, por tanto, permiten que quien los ejerce pueda ser removido si el superior jerárquico lo considera pertinente. De igual modo, tampoco serán de carrera los empleos de los trabajadores oficiales, precisamente porque la vinculación de estos últimos se da a través de un contrato de trabajo.

CARRERA ADMINISTRATIVA Y PRINCIPIO DEL MÉRITO-Jurisprudencia constitucional

EMPLEADOS PUBLICOS-Definición

(…) los empleados públicos son aquellas personas que se vinculan mediante un acto administrativo, y cuyas actuaciones se regulan por la ley y los reglamentos. Tienen una relación de dependencia con el Estado, que es su empleador. Por tanto, sus actuaciones se dan en nombre del Estado. Como se advierte, cuando el artículo 125 habla del empleo, está refiriéndose específicamente al empleo público. Y el empleo público es el que será de carrera administrativa y, solo excepcionalmente, no lo será.

FUNCION PÚBLICA-Naturaleza

FUNCION PÚBLICA Y SERVICIO PÚBLICO-Diferencias

DERECHO AL TRABAJO-Consagración constitucional

DERECHO AL TRABAJO-Triple naturaleza constitucional, valor, principio y derecho fundamental

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS-Concepto/ CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Características

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS Y CONTRATO DE TRABAJO-Diferencias

(…) el elemento diferenciador, por excelencia, entre los contratos de prestación de servicios y la vinculación laboral, es la subordinación que se desprende del segundo y que no está presente en el primero. Pero hay dos elementos adicionales que llaman la atención y que deben sumarse al anterior: uno de ellos es el relativo a la temporalidad que debe caracterizar al contrato de prestación de servicios, y el otro es que las personas contratadas en la planta no puedan ejercer las mismas tareas asignadas a los contratistas.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Condiciones para su validez

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Prohibición para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública

DEFENSORÍA PÚBLICA-Objetivo

Este es un servicio público que busca satisfacer la necesidad de defensa con que cuentan las personas que son procesadas en el marco del sistema penal acusatorio actual. Y, aunque es prestado por particulares que suscriben con el Estado contratos de prestación de servicios, lo cierto es que se organiza, dirige y controla por el Defensor del Pueblo. El propósito de la defensoría pública es que, en los procesos penales, pueda garantizarse una igualdad de armas y que el procesado tenga la posibilidad, a partir de una defensa técnica, de contestar y rebatir los argumentos que presente la Fiscalía General de la Nación en su contra.

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Contenido

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Plena

SENTENCIA C-307 DE 2023

Expediente: D-15.018

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 26 (parcial) de la Ley 941 de 2005 “Por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública”.

Magistrado Ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular de aquella que le confiere el artículo 241.4 de la Constitución Política, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241 -numeral 4- de la Constitución Política, el ciudadano Álvaro Quintero Sepúlveda formuló demanda contra el artículo 26 (parcial) de la Ley 941 de 2005 “[P]or la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública”, por cuanto, en su criterio, la disposición acusada vulnera los artículos 13, 25, 53 y 125 de la Constitución Política.

1. A continuación, se presenta el texto de la disposición acusada con lo demandando en subrayas, así como los argumentos propuestos por el demandante para justificar la demanda.

A. La norma acusada

El texto del artículo 26 (parcial) de la Ley 941 de 2005 es el siguiente:

“LEY 941 DE 2005

(enero 14)1

Por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(…)

TITULO III

DE LOS COMPONENTES DEL SISTEMA NACIONAL DE DEFENSORIA PUBLICA

CAPITULO I

De los defensores públicos

ARTÍCULO 26. DEFINICIÓN. Son los abogados vinculados al servicio de Defensoría Pública que administra la Defensoría del Pueblo, previo el cumplimiento de los requisitos, mediante la figura del contrato de prestación de servicios profesionales, para proveer la asistencia técnica y la representación judicial en favor de aquellas personas que se encuentren en las condiciones previstas en el artículo 2° de la presente ley, de acuerdo con las normas previstas en el Estatuto de Contratación Estatal.

Los contratos de prestación de servicios profesionales especializados podrán suscribirse con cláusula de exclusividad y no dará lugar en ningún caso a vinculación laboral con la Institución."

A. El contenido de la demanda

1. El actor formuló inicialmente, en su escrito de demanda, tres cargos por el presunto desconocimiento de los artículos 13, 25, 40.7, 53 y 125 de la Constitución.

1. Primer cargo. De acuerdo con el actor, los fragmentos atacados violan el artículo 125 de la Constitución Política, según el cual, la regla general es que los empleos en los distintos órganos del Estado serán de carrera y solo excepcionalmente no lo serán. Sostuvo que el

artículo 125 de la Constitución Política buscó, fundamentalmente, “garantizar a los asociados el acceso democrático al cumplimiento de funciones y cargos públicos, como un aspecto estructural del Estado Social y Democrático de Derecho”.2 Señaló que este acceso a los empleos públicos solo se garantizaría protegiendo la carrera administrativa que, a su turno, es un auténtico principio constitucional.

2. De acuerdo con la norma demandada, los defensores públicos serán contratistas. La defensoría pública, en interpretación del actor, es permanente y, por tanto, quienes la ejerzan deben ser personas nombradas con sujeción al principio del mérito. Además, respecto de esto último, recordó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968 “[p]ara el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.3

1. Indicó que la carrera administrativa es la “columna vertebral del acceso a la función pública”,4 y que constituye un límite al legislador. Por lo que este no puede “disponer que el acceso al servicio público lo sea, de manera general, a través de la contratación estatal y no a través del vínculo laboral”.5 Adujo que la norma demandada posibilita que una función pública (como la efectuada por los defensores públicos) sea prestada por personas vinculadas a través de “la figura del contrato de prestación de servicios profesionales”.6 Esto -añadió- “rompe con la estructura del empleo público como mecanismo de acceso al servicio público”.7

1. Señaló que en respuesta a un derecho de petición que presentó a la Defensoría del Pueblo, esa autoridad le informó que la planta de personal de dicha entidad está compuesta por 2.115 personas, de las cuales, 2.003 son de carrera administrativa. Con todo, ninguno de los defensores públicos de la entidad hace parte de la planta, pues todos han sido vinculados por medio de contratos de prestación de servicios. El número de defensores nombrados bajo esta última modalidad ascendía -para la época en que se da respuesta a la petición- a 3.810 personas. Luego de revisar estos datos, el demandante sostuvo lo siguiente:

“Como se aprecia, el total de personas vinculadas para cumplir la Función Pública Permanente de la ‘Defensoría Pública’, es superior por mucho a la Planta de Personal de empleos de carrera administrativa, o sea, el desconocimiento pleno del artículo 125 superior, pues en vez de disponer que la Función Pública de la Defensoría Pública, que es una función pública misional de carácter permanente, se cumpliera a través del empleo público, dispuso que lo fuera a través del contrato estatal de prestación de servicios, cuya finalidad es atender necesidades extraordinarias de la Administración, acorde con lo cual su duración se limita al tiempo estrictamente necesario para superar dichas contingencias administrativas. Y lo hizo, además, contra expresa prohibición de atender necesidades permanentes de la administración a través de contratos de prestación de servicios.”8

1. Segundo cargo. La norma atacada vulnera los artículos 25 y 53 de la Constitución Política. En la lectura del demandante, el artículo atacado y la vinculación de personas mediante contratos de prestación de servicios en la Defensoría del Pueblo, “conlleva la precarización del trabajo, al ser este [el contratista] despojado de todas las garantías que envuelve el vínculo laboral”.9 En concreto sostuvo que “[d]e la regla de la especial protección constitucional del derecho fundamental al trabajo y la especial protección al vínculo laboral con entidades del Estado, se desprende la expresa prohibición de la deslaborización o tercerización del acceso al servicio público, por la violación de todos los derechos laborales que aquella regla protege, los que en este caso el legislador desconoció al entronizar, como regla general en la Defensoría del Pueblo, el acceso al servicio público para prestar la función pública de la defensoría pública a través del contrato de prestación de servicios.”10

1. Además, criticó el que la norma demandada permita que los contratos de prestación de servicios (i) sean utilizados para “atender funciones permanentes”11 y (ii) en ellos se incluyan cláusulas de exclusividad. Estas dos circunstancias -añadió- desnaturalizan el contrato de prestación de servicios y hacen que la relación que surge entre contratista y contratante se confunda con una de orden laboral.12

1. Tercer cargo. Por último, sostuvo que la norma demandada desconoce el derecho que todo ciudadano tiene de acceder a cargos públicos (artículo 40 -numeral 7- de la Constitución Política), en condiciones de igualdad (artículo 13 ibidem). Sobre este punto afirmó que los empleos de carrera deben proveerse mediante concurso de méritos porque con ello se "asegura primordialmente el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades".13 Esta regla se desconoce cuando el legislador permite a la administración vincular a los defensores públicos bajo la modalidad contractual de prestación de servicios.

A. Trámite procesal

1. Mediante Auto del 24 de noviembre de 202214 se admitió la demanda frente a los cargos primero y segundo (artículos 25, 53 y 125 de la Constitución Política). Y a su turno, se inadmitió respecto del tercer cargo, (artículos 13 y 40.7 de la Constitución) toda vez que este no cumplió con la carga argumentativa mínima para superar la aptitud. Por consiguiente, se le sugirió corregirlo en un término de tres días.

1. El auto anterior se notificó el 28 de noviembre de 202215 y, al día siguiente, el actor allegó corrección de la demanda.16 Allí desistió del cargo por el presunto desconocimiento del artículo 40.7 de la Constitución. Acto seguido, se propuso corregir las falencias que presentaba el cargo relativo a la vulneración de la igualdad. Sobre este último aspecto señaló que los procuradores judiciales, los fiscales y los personeros son empleados de carrera a pesar de que ejercen funciones similares a las que desarrollan los defensores públicos, quienes son vinculados mediante contratos de prestación de servicios. Este trato sería distinto entre sujetos asimilables -según sostuvo el actor-, y no tendría justificación alguna. Sobre este punto se pronunció así:

“(…) Ahora, el cumplimiento de dichas funciones, tanto en la Procuraduría General de la Nación como en las Personerías distritales y municipales, se hace a través de empleos de carrera administrativa, como es el caso de los procuradores judiciales en todas las áreas del derecho público, a quiénes la Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2013, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 280 superior, clasificó como empleos de carrera administrativa, lo cual significa que fue la misma Carta Política la que dispuso que el cumplimiento de las funciones de la Procuraduría General de la Nación en materia de defensa y protección del interés público ante las instancias judiciales, se hiciera a través de empleos de carrera administrativa. No obstante, para el cumplimiento de funciones similares por parte de los Defensores Públicos, el legislador en el artículo 26 de la Ley 941 dispuso que estas se llevaran a cabo a través de contratistas de prestación de servicios, creando no sólo una enorme e injustificada desigualdad entre pares, sino fracturando de manera grave la estructura del acceso al servicio público, que si bien puede hacerse de manera excepcional por vías distintas del empleo público, este constituye la columna vertebral del mismo, tal como lo dispone el artículo 125 superior.

“Igual trato diferenciado e injustificado lo encontramos respecto de los fiscales, que hacen parte de la Rama Judicial y que cumplen funciones similares en asuntos penales que los Defensores Públicos, pues en últimas tienen como finalidad proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos y garantizarles el acceso a un juicio justo y técnico. Pero en este caso, los fiscales lo hacen principalmente a través de empleos públicos de carrera administrativa, regulada por el Decreto 20 de 2014.

“Lo mismo sucede con los empleados de las personerías, que como hemos visto, cumplen funciones similares a las de los defensores públicos, toda vez que le prestan asistencia técnica a los ciudadanos que la requieren en materia de derechos humanos y demás derechos fundamentales, pero lo hacen a través de empleos públicos de carrera, en este caso, la prevista en la ley 909 de 2004.

“Resulta, entonces, que para el cumplimiento de funciones constitucionales similares y dentro de un mismo órgano de control, como lo es el Ministerio Público, el legislador, sin justificación constitucional alguna y desconociendo lo querido por el constituyente primario, como era que las funciones de los procuradores Judiciales se cumplieran a través de empleos de carrera, dispuso que para una situación similar, como es la función judicial de los Defensores Públicos, esta se cumpliera a través de contratos de prestación de servicios, y no de manera excepcional como es viable hacerlo, sino de manera permanente y con dedicación exclusiva.”17

1. Por medio de Auto del 19 de diciembre de 2022,18 se confirmó la admisión de los cargos primero y segundo. En relación con el cargo tercero, se admitió parcialmente en lo referido al presunto desconocimiento del derecho a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política), y se rechazó frente al desconocimiento del artículo 40.7 de la Constitución Política.

1. Hecho esto, en el mismo proveído se decretó la práctica de algunas pruebas con el objeto de recabar elementos de juicio suficientes que le permitieran a la Sala Plena proferir una decisión sobre el problema planteado. Para tal efecto, se solicitó a la Defensoría del Pueblo información, entre otras cuestiones, sobre el número de defensores públicos que existen en la actualidad, su forma de vinculación, las condiciones en que prestan sus servicios, la autonomía en el ejercicio de sus oficios, la supervisión de su trabajo, las cláusulas de exclusividad que pueden tener dichos contratos de prestación de servicios, el plazo de ejecución de esos contratos y su posibilidad de ser renovados. Finalmente, en el auto se dispuso que, una vez recibidas las pruebas mencionadas, se continuaría con el trámite de fijación en lista y con las comunicaciones de que tratan los artículos 7, 11 y 13 del Decreto 2067 de 1991.

A. Elementos probatorios recaudados

Informe presentado por el Defensor Delegado para los Asuntos Constitucionales y Legales19

1. Cesar Augusto Abreo Méndez, en su calidad de Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales, manifestó, entre otras cosas, que:

a) La Defensoría del Pueblo contaba, para el momento en que se dio contestación, con 3.708 defensores públicos vinculados mediante contratos de prestación de servicios.20 Igualmente, indicó que los defensores no cuentan con un horario laboral y que no están subordinados en manera alguna. De hecho, hizo énfasis en que "los defensores públicos al ser contratistas son libres y autónomos al ejecutar sus obligaciones contractuales pues tienen a su cargo, entre otras, diseñar las líneas de defensa que utilizarán para garantizar la correcta representación judicial de los usuarios del servicio nacional de Defensoría Pública, bajo su cargo."21 Adujo que su autonomía es tal que a ellos corresponde, por ejemplo:

"6.2.5. Estudiar, diseñar y realizar la estrategia jurídica en cada uno de los procesos o casos asignados, con el fin de garantizar la eficiencia, eficacia y la calidad en la representación judicial y optimizar la prestación del Servicio Nacional de Defensoría Pública.

6.2.10. Suministrar a los usuarios del Servicio de Defensoría Pública, la asesoría jurídica especializada dejando constancia de ello.

6.2.11. Interponer en debida forma los recursos o medios de impugnación previstos en las leyes procesales, que de acuerdo a su experiencia y conocimiento considere conducentes,

eficaces y pertinentes”22

Igualmente, recordó que los defensores están llamados a asistir a las instalaciones de la Defensoría si el servicio lo llega a requerir. También añadió que, aunque de ordinario se suscriben estos contratos por el término de un año, estos pueden ser prorrogados o adicionados siempre que se acaten “las limitantes que sobre el particular impone la Ley 80 de 1993”.23

c) Ahora, señaló que los defensores públicos, a pesar de ser contratados por prestación de servicios, deben cumplir determinadas cualidades al momento de su vinculación. La contratación, en tal caso, es objetiva. Así lo establece el artículo 28 de la Ley 941 de 2005. Al tiempo que estos requisitos se han incluido en la Resolución 1801 de 2022, que fue expedida por el Defensor del Pueblo.

d) Igualmente, comentó que, para garantizar el correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 941 de 2005, los defensores públicos son capacitados. Para ello existe un Grupo de Capacitación e Investigación que se encuentra adscrito a la Dirección Nacional de Defensoría Pública. Las modalidades a través de las cuales se forma a los defensores públicos, son las: “barras de defensores semanales, barras descentralizadas, barras nacionales, capacitaciones en diferentes temas, seminarios, diplomados”.25

e) En lo referido a las cláusulas de exclusividad, informó que, a pesar de lo establecido en la Ley 941 de 2005, “la entidad en ninguno de los contratos de prestación de servicios profesionales suscritos con defensores públicos ha incluido ni pactado una cláusula de exclusividad”.26

f) En lo relativo a la organización de la Dirección Nacional de Defensoría, añadió que corresponde a las Defensorías Regionales establecer la manera en que operarán los defensores públicos, todo de conformidad con la necesidad del servicio.

g) Finalmente, la Defensoría del Pueblo adujo que con el objeto de garantizar los objetivos que se trazó la Dirección Nacional de Defensoría Pública, el presupuesto para su funcionamiento, en los tres últimos años, ha sido el siguiente: 2020 ($210.913.225.652,00), 2021 ($232.478.124.200,00) y 2022 ($235.997.136.080,00).

A. Intervenciones y conceptos en el trámite de constitucionalidad

1. En el trámite judicial se recibieron 18 intervenciones ciudadanas y 9 conceptos de expertos, entidades y organizaciones privadas invitadas. A continuación, se enuncia cada una de estas intervenciones y, posteriormente, se resume su contenido.

Interviniente27

Solicitud

Petición Subsidiaria

Gonzalo Hernández Herrera

Inexequibilidad

N/A

Luz Yolanda Albarracín Aguillón

Inexequibilidad

N/A

Omar Guzmán Quisoboni28

Inexequibilidad

N/A

Vicente Alejandro Flórez Rueda

Inexequibilidad

N/A

Vladimir Ramírez Perdomo

Inexequibilidad

N/A

Mónica Pineda

Inexequibilidad

N/A

Esther Arango Blanquiceth

Inexequibilidad

N/A

Ana Bertha Rojas Sanmiguel

Inexequibilidad

N/A

Claudia Carina Sánchez Estrada

Inexequibilidad

N/A

Alejandro Arango Diaz

Inexequibilidad

N/A

Arbey Ortiz González

Inexequibilidad

N/A

Inexequibilidad

N/A

Jonathan Osorio Vargas

Inexequibilidad

N/A

Harold Eduardo Sua Montaña

Inexequibilidad

N/A

Carlos Andrés Barbosa Torrado

Inexequibilidad

N/A

Daniel Eduardo Romero Vitola

Condicionamiento

N/A

Sergio Alberto Mazo Elorza

Condicionamiento

N/A

Universidad de la Sabana

Exequibilidad

N/A

Invitado y/o experto29

Ministerio del Trabajo

José María Obando Garrido

Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

Hernán Darío Vergara Mesa

Universidad Externado de Colombia

Universidad Libre de Colombia

Departamento Administrativo de la Función Pública

Ernesto Matallana Camacho

Fundación Pro Bono

Intervenciones ciudadanas

1. En primer lugar, 15 de los 18 intervinientes aportaron a la Corte Constitucional escritos similares solicitando la inexequibilidad del enunciado normativo atacado. La mayoría de estos intervinientes manifestaron ser (o haber sido) defensores públicos. Indicaron que la medida, además de desconocer los principios del mérito y de la carrera administrativa -a través de los cuales se garantiza la transparencia en la selección de personal y la eficiencia en la prestación de servicios-, propicia un desconocimiento de derechos laborales básicos.

1. Los ciudadanos Gonzalo Hernández Herrera,30 Luz Yolanda Albarracín Aguillón,31 Omar Guzmán Quisoboni,32 Vicente Alejandro Flórez Rueda,33 Alejandro Arango Díaz,34 Mónica Pineda,35 Arbey Ortiz González,36 Olbar Andrade Rincón,37 Jonathan Osorio Vargas,38 Vladimir Ramírez Perdomo,39 Esther Arango Blanquicet,40 Ana Bertha Rojas Sanmiguel,41 Claudia Carina Sánchez Estrada,42 y, Carlos Andrés Barbosa Torrado,43 en síntesis, solicitaron que la norma demandada se declare inexequible. Manifestaron que: (i) los defensores han sido “violentados en su dignidad”, por cuanto han tenido que aceptar una importante cantidad de casos sin tener derecho a prestaciones sociales como las vacaciones, las primas o las cesantías; además, (ii) resaltaron que la remuneración por sus servicios prestados suele ser baja. Y todo ello desconociendo que ejercen funciones de manera personal, y con la correspondiente subordinación exigida para que se acredite la existencia de un contrato realidad. De otra parte, (iii) reprocharon el hecho de que la Defensoría tenga tantos cargos de planta y no se piense en formalizar el empleo de los defensores públicos, quienes, además de no tener garantías laborales, deben llevar procesos de alta complejidad y enfrentarse a toda la maquinaria que tiene la Fiscalía General de la Nación. También (iv)

señalaron que la carga laboral que tienen que soportar es desmedida, pues cada defensor tiene en promedio 300 procesos.44 Por último, (v) argumentaron que la contratación actual hace que se reste calidad a la defensa que reciben las personas más vulnerables del país, pues los contratos de prestación de servicios promueven actitudes clientelistas porque los defensores públicos terminan siendo las cuotas de los "Representantes a la Cámara que participan de la elección del Defensor del Pueblo".45 En una línea similar, Harold Eduardo Sua Montaña46 solicitó a esta Corte declarar la inexequibilidad de los enunciados normativos demandados, pues, consideró que desconocían los artículos 25 y 53 de la Constitución.

1. Daniel Eduardo Romero Vitola,47 por su parte, solicitó a esta Corte declarar que las normas demandadas serían exequibles, "bajo el entendido que la prestación del servicio de defensoría pública debe prestarse de forma permanente a través de abogados de planta de personal escogidos bajo el sistema de carrera administrativa, y que la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales solo se lleve a cabo para atender casos puntuales en los que se demande de conocimientos muy especializados o que la urgencia demande de la asistencia de un abogado y el tiempo para asignar a uno de planta o la sobrecarga de estos, impida la adecuada atención del caso". Sergio Alberto Mazo Elorza,48 a su turno, señaló que actualmente no podría vincularse a los defensores públicos a la planta de la Defensoría del Pueblo, porque ello implicaría una contradicción entre dos funciones en la entidad: "su labor de defensa de las víctimas con su labor de defensa de los presuntos victimarios". Por ello, indicó, la función de la defensoría pública no debería estar asignada a la Defensoría del Pueblo, sino a otra entidad independiente. Solo si esto último ocurre -añadió- podrá pensarse en vincular a los defensores públicos laboralmente.

1. La Universidad de la Sabana,49 finalmente, sugirió declarar la exequibilidad de la norma demandada. Señaló que, de acuerdo con la lógica del contrato de prestación de servicios, los defensores públicos actúan de manera independiente y autónoma en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Por tanto, no son funcionarios del Estado. Señaló que "el empleado que se encuentra vinculado laboralmente con Estado, se encarga de expedir actos del Estado, tales como providencias judiciales o actos administrativos, estando íntimamente

vinculados con las labores de cada Poder Estatal".50 Con todo, expuso que ese no es el caso de los defensores públicos quienes, en estricto sentido, no actúan en nombre del Estado sino que, de manera autónoma, prestan sus servicios como abogados en favor de personas que no tienen los recursos para sufragar una defensa técnica. Esta sería la razón por la cual, en interpretación de esa Universidad, los defensores públicos deben ser contratados por medio de la figura de la prestación de servicios y no por medio de la carrera administrativa.

1. Además, esta forma de contratación no estaría prohibida por la Constitución en estricto sentido, porque, aunque el artículo 125 señala que la carrera administrativa será la regla general, lo cierto es que también permite otras formas de contratación de acuerdo con la libertad de configuración con que cuenta el legislador. El Congreso de la República ejerció dicha libertad cuando estableció que los defensores públicos serían nombrados mediante contratos de prestación de servicios, y que para ello se seguirían las reglas contenidas en la Ley 80 de 1993.

1. La Universidad recordó que de conformidad con lo establecido en la Sentencia C-171 de 2012, la figura de los contratos de prestación de servicios es permitida siempre que "(a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados."51 De cualquier manera, señaló que en este caso los defensores públicos -contrario a lo que sucede con los fiscales, los personeros municipales y demás funcionarios- no están prestando funciones en nombre del Estado, pues, como se reconoce en los artículos 30 y 31 de la Ley 941 de 2005, actúan de manera independiente y autónoma, y sin sujeción a horarios. Además, los defensores públicos deben sufragar sus propios gastos para atender las diligencias que tienen a cargo, y afiliarse de manera independiente al Sistema de Seguridad Social.

1. Finalmente, indicó que el contrato de prestación de servicios "no genera precarización

laboral, contrario a esto, genera oportunidades y diversificación de acceso al trabajo, lo cual conlleva a disminución del desempleo en nuestro país, y evitar los empleos informales”.52 Ahora, sostuvo que, si en algún caso se hubiere presentado una mala utilización del contrato de prestación de servicios, esa sería una situación que debería revisarse en la jurisdicción ordinaria laboral.

1. Sobre la cláusula de exclusividad, dijo que esta no es una imposición del contratante al contratista. Que el artículo demandado la contempla, pero para que aquella quede estipulada en el contrato se requiere la aceptación del defensor público. Igualmente, señaló que era importante que esta Corte analizara los eventuales límites que debe tener esa cláusula, a efectos de que, a través de ella, no se exija la prestación personal del servicio.

Conceptos de los invitados y expertos, convocados a través de Auto del 19 de diciembre de 2022, en virtud del artículo 13 del Decreto 2067 de 1991

1. Ministerio del Trabajo.53 El apoderado del Ministerio, Diego Andrés Córdoba Riveros, indicó que “la carrera administrativa es un principio constitucional, que además, configura la columna vertebral del acceso a la función pública”.54 Recordó que la norma demandada se aparta de la jurisprudencia constitucional, según la cual, “la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración”.55 En consecuencia, sostuvo que el artículo demandado “da lugar a una interpretación abiertamente inconstitucional, de manera que en principio procedería una declaratoria de inexequibilidad de la misma, teniendo en cuenta que los Defensores del Pueblo cumple funciones netamente inherente a la entidad conforme la ley que los regula”.56

1. El invitado José María Obando Garrido57 conceptuó que la prestación de servicios de carácter permanente desnaturaliza el contrato de prestación de servicios. Añadió que, en su lectura, “el Artículo 26 de la Ley 941 de 2005 viola los artículos constitucionales demandados y admitidos en el Auto Admisorio al ordenar contratar a los abogados Defensores Públicos, mediante contrato de prestación de servicios profesionales”. Específicamente indicó que los contratos de prestación de servicios solo pueden suscribirse para cumplir tareas temporales. De allí que, en adelante, los defensores públicos deberían ser nombrados a través de concursos de méritos.

1. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren,58 señaló que la norma acusada es inconstitucional. Indicó que se opone a los artículos constitucionales citados por el demandante, pues el contrato de prestación de servicios “desdibuja dicha relación contractual y se entra al escenario de la relación estatutaria, desvirtuando el principio de autonomía (…), entrando en el margen de un contenido legal de la Ley 941 de 2005 con vicio de inconstitucionalidad”.59

1. En el mismo sentido se pronunció Hernán Darío Vergara Mesa.60 El experto recordó que la Sentencia C-614 de 2009 establece los criterios para definir cuándo está prohibida la suscripción de contratos de prestación de servicios, haciéndose necesario nombrar al personal a través de un sistema de carrera. A partir de dicha sentencia, resaltó que “cuando la actividad o tarea a desempeñar es permanente y al mismo tiempo misional para una entidad pública, ella no puede surtirse a través de contratos de prestación de servicio, sino a través de empleos públicos.”61 Así, en tanto la defensoría pública es un servicio público propiamente dicho, en los términos del artículo 13 de la Ley 941 de 2005, las actividades que se vinculan a dicha función deben ser prestadas, necesariamente, por empleados públicos. Tal y como lo ordena el artículo 122 de la Constitución Política. Para el invitado, el legislador “convirtió una forma excepcional de vinculación [el contrato de prestación de servicios] al Estado en la regla general”.62 Con ello no solo desconoció el principio de la carrera administrativa, también vulneró el derecho al trabajo que debe prestarse en condiciones dignas y justas, y los principios contenidos en el artículo 53 de la Constitución Política.

1. En lo referido a la autonomía e independencia que tienen los defensores públicos en el ejercicio de sus funciones, indicó que “de acuerdo con el artículo 30 de la Ley comentada, los defensores públicos tienen derecho a ejercer su labor con independencia. Pero lo que se desprende del poder disciplinario, de instrucción o de control de sus actividades por parte de los agentes de la Defensoría del Pueblo, permite entender que su labor tiene altos riesgos de ser condicionada por un ius variandi que, por necesidades del servicio, se puede activar en cualquier momento de la prestación del servicio que ellos cumplen a favor del Estado.”63 Por la anterior circunstancia, la subordinación que tendrían los defensores públicos sería, cuando menos, evidente. Conclusión que se refuerza con la posibilidad de que los contratos de prestación de servicios de los defensores públicos puedan tener cláusulas de exclusividad. Con medidas como estas, concluyó, el legislador desbordó la libertad de configuración.

1. Pero además reparó en que al vincular a los defensores públicos a través de contratos de prestación de servicios se genera una “alta rotación de personal, inequidad, patronazgo político y clientelismo, atracción de personas no motivadas al servicio público, baja calidad del empleo, entre otros.”64

1. La Universidad Externado de Colombia65 se pronunció en un sentido similar. Indicó que la disposición objeto de censura es contraria a los mandatos de la Constitución. Especialmente señaló lo siguiente: “la Defensa Pública obedece al cumplimiento de una función pública que fue asignada desde la Constitución Política a la Defensoría del Pueblo y que si bien, fue la carta la que facultó al legislador para su regulación, también se debe tener presente que la organización de los organismos públicos debe estar acorde con todas las disposiciones constitucionales, incluyendo las que desarrollan el empleo público”.66 Añadió que la figura de los contratos de prestación de servicios no debe ser usada con el propósito de evadir responsabilidades patronales, especialmente cuando aquellas funciones son permanentes en la entidad. Por ello, dado que el servicio de defensoría pública es una función permanente propia de la Defensoría del Pueblo, quienes ejerzan dicha función no deberían vincularse a través de contratos de prestación de servicios, sino a través de empleos públicos.

1. La opinión de la Universidad Libre de Colombia67 se ubicó en la misma línea. También resaltó que la defensoría pública es una actividad misional de la Defensoría del Pueblo y que, por tanto, debe ser prestada por personas nombradas a través del empleo público. Esta consideración la fundamentó en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Corporación que ha recordado que los contratos de prestación de servicios no pueden usarse para evadir responsabilidades de orden laboral y con ello contribuir "a la precarización de las condiciones socioeconómicas mínimas para la supervivencia digna de los trabajadores".68

1. Departamento Administrativo de la Función Pública.69 El Director Jurídico Armando López Cortés, indicó, en primer lugar, que la demanda carecía de aptitud por cuanto los cargos no superaron los requisitos de certeza y de suficiencia (en el mismo sentido establecido en la Sentencia C-551 de 2019). Esto porque "la disposición impugnada bajo ninguna circunstancia obstaculiza o limita el acceso a la función pública, no afecta principios como el mérito de cara a las diferencias sustanciales que se derivan de la naturaleza de los contratos prestación de servicios".70 Luego, la interpretación que el demandante asigna a la norma es arbitraria, con lo cual la Corte debería declararse inhibida para resolver de fondo la cuestión planteada.

1. De cualquier modo, en caso de que no se inhiba, instó a la Corte para declarar la exequibilidad de la norma objeto de censura porque (i) el legislador cuenta con libertad para definir la manera en que los defensores públicos serán vinculados, (ii) establecer empleos de planta para la totalidad de defensores públicos tendría repercusiones serias en las finanzas de la nación, y (iii) los defensores públicos, vinculados a través de contratos de prestación de servicios, ejecutan sus obligaciones con independencia y autonomía. Luego, no es posible asegurar que todos ellos estén sujetos a una relación de orden laboral.

1. Finalmente, la Fundación Pro Bono,74 por conducto de su Directora Ejecutiva, Ana María

Arboleda, consideró que el legislador está facultado constitucionalmente para establecer la forma de contratación que tendrán los defensores públicos. Añadió que la Ley 941 de 2005 fue clara al establecer que los defensores prestarían sus servicios de manera autónoma e independiente, de manera que no existe subordinación entre el particular contratado y la Defensoría del Pueblo. Pero, además, si en algún caso se alegara que el contrato de prestación de servicios encubre una relación laboral, el escenario idóneo para discutir ello sería el de la jurisdicción contencioso administrativa. Y el análisis debería hacerse estudiando cada caso y no de manera general.

A. Concepto de la Procuradora General de la Nación

1. La Señora Procuradora General de la Nación,75 a su turno, solicitó declarar la exequibilidad de la norma acusada.76 En primer lugar recordó que la defensoría pública es, en efecto, un servicio asistencial que se presta en favor de aquellas personas que no cuentan con los recursos mínimos para sufragar su propia defensa técnica.

1. Recordó que, en el derecho comparado, existen tres modelos en lo referido al servicio de defensoría, a saber: (i) el primero de ellos es el público, a través del cual el Estado presta el referido servicio directamente y a través de sus funcionarios; (ii) uno privado, llevado a cabo por particulares como organizaciones no gubernamentales; y (iii) finalmente, uno mixto, según el cual, el servicio sí está a cargo del Estado, pero este se encarga de contratar particulares para que defiendan a las personas vulnerables económicamente.

1. Conforme a lo anterior, precisó que la prestación del servicio en el país se ha dado de manera mixta, toda vez que ese fue el modelo que escogió el legislador en el marco de su libertad y, por ello, no se está desconociendo artículo constitucional alguno.

1. Así mismo, la Procuradora efectuó un ejercicio de ponderación a través del cual pretendió demostrar que la medida demandada (i) persigue una finalidad legítima: asegurar la independencia y autonomía de quienes prestan el servicio de defensoría pública; (ii) es idónea porque el contrato de prestación de servicios garantiza dicha autonomía; y (iii) es proporcional dado que, por una parte, garantiza la autonomía de quienes prestan el servicio de defensoría y, por otra, no ha sido establecida para desconocer derechos laborales o para ocultar relaciones de trabajo.

1. Finalmente, indicó que la comparación entre los defensores públicos y los funcionarios de la procuraduría o de la Fiscalía no es razonable. Ello porque estos últimos sí deben cumplir, en el ejercicio de sus funciones, "lineamientos de política institucional", mientras que los defensores públicos están llamados a actuar con autonomía, pues, la Defensoría del Pueblo no establece la línea de defensa en cada caso, ello es tarea de cada abogado defensor.

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

1. En virtud del artículo 241.4 de la Carta Política,77 esta Corte es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma demandada, en tanto que se encuentra vigente y está inserta en una ley de la República, como lo es la Ley 941 de 2005 "Por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública".

B. Cuestiones previas

1. Antes de resolver sobre la compatibilidad o incompatibilidad del artículo demandado con la Constitución Política, es necesario absolver dos cuestiones preliminares, a saber: a) si la demanda es apta sustancialmente, pues el Departamento Administrativo de la Función Pública solicitó la emisión de un fallo inhibitorio, y b) si en el presente caso se ha presentado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

a) La aptitud sustancial de la demanda

1. Demandar una norma jurídica es un derecho político, de acuerdo con lo expuesto en el artículo 40.6 de la Constitución Política.78 De cualquier manera, es un derecho que implica, para quien pretende ejercerlo, unas cargas mínimas.79 Así, en la demanda que se presenta en el marco de la acción pública de inconstitucionalidad se debe contar con "un grado de motivación razonable que permita inferir una acusación constitucional".80 Es por ello que la jurisprudencia constitucional, a partir de la Sentencia C-1052 de 2001, sistematizó las exigencias de argumentación que se pedirían a los demandantes en este tipo de procesos. En tales términos, todo cargo que se formule debe contar con los siguientes atributos:

"(…) claridad, cuando existe un hilo conductor de la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las cuales se soporta; certeza, cuando la demanda recae sobre una proposición jurídica real y existente y no en una que el actor deduce de manera subjetiva, valga decir, cuando existe una verdadera confrontación entre la

norma legal y la norma constitucional; especificidad, cuando se define o se muestra cómo la norma demandada vulnera la Carta Política; pertinencia, cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no de estirpe legal, doctrinal o de mera conveniencia; y suficiencia, cuando la demanda tiene alcance persuasivo, esto es, cuando es capaz de despertar siquiera una duda mínima sobre la exequibilidad de la norma demandada".81 (Subrayas fuera de texto).

1. Las anteriores exigencias, se enfocan en dotar de razonabilidad la discusión constitucional propuesta por el actor, y en manera alguna pueden entenderse como un riguroso límite al derecho que tiene aquel de demandar una norma. Es por ello que la Corte Constitucional, consciente de que las sentencias inhibitorias derivadas de la ineptitud sustancial deben ser la excepción y no la regla general,82 ha sostenido que la evaluación que el juez haga sobre las cargas argumentativas aludidas, debe tener en cuenta, como mínimo, (i) que a los demandantes "no se les exige cualificación académica alguna como requisito para demandar";83 (ii) que es preciso evitar, en la mayor medida de lo posible, una afectación a "la democracia participativa";84 (iii) que debe buscarse el amparo del "derecho de acceso a la administración de justicia";85 y (iv) que -en virtud del principio pro actione- "siempre que exista duda sobre el cumplimiento de los requisitos adjetivos de una demanda, aquella debe resolverse en favor del actor".86

1. En este proceso, el Departamento Administrativo de la Función Pública consideró de manera general que la demanda formulada por el actor carecía de aptitud. En distintos fragmentos de su intervención se refirió al asunto. En uno de ellos, por ejemplo, señaló que la demanda (en su conjunto) no superaba el requisito de la certeza, pues el actor presentaba una "interpretación arbitraria o subjetiva"87 de los fragmentos demandados. Luego sostuvo que "la disposición impugnada bajo ninguna circunstancia obstaculiza o limita el acceso a la función pública, no afecta principios como el mérito de cara a las diferencias sustanciales que se derivan de la naturaleza de los contratos prestación de servicios."88

1. En otro acápite señaló, también en términos muy amplios, que en la demanda solo se habían planteado "una serie de argumentaciones subjetivas que no son pertinentes"89 al

estimar que “[la] simple denuncia de una contradicción sin argumentos objetivos y verificables o como resultado de interpretaciones confusas del ordenamiento jurídico vigente sin relevancia constitucional, no obstante recurrir a la cita de normas superiores, no constituye una formulación concreta del concepto de la violación constitucional de lo cual se deriva una ineptitud sustantiva en la demanda, máxime cuando no hay claridad para afirmar que celebrar contratos de prestación de servicios infringe el derecho de acceso a carrera administrativa y al empleo público, ya que no explica por qué el legislador no podía establecer una excepción a la forma general de provisión de empleos por carrera (…).”90

1. Finalmente, mencionó que, por lo anterior, la demanda no cumpliría “los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia”,91 exigidos por esta Corte. Acto seguido, señaló que la demanda no obedecía “al principio de razonabilidad”,92 que no contiene un “contraste de cara a la normativa constitucional invocada”93 y que, en consecuencia, “adolece de una clara argumentación que le permita a la Corte razonar adecuadamente el juicio de inconstitucionalidad planteado”.94

1. Como se advierte, todas estas consideraciones se presentaron de modo abstracto. El Departamento no analizó la aptitud de cada cargo. Empero, de lo manifestado por el interviniente, la Corte puede interpretar que aquel considera, de manera específica, que (i) existe una falta de certeza, respecto de todos los cargos porque el demandante habría interpretado de modo “irrazonable” los fragmentos censurados; y (ii) existe una falta de claridad y especificidad en el cargo relativo al desconocimiento del artículo 125 Superior, porque no se demostró cómo los fragmentos aludidos afectarían el principio del mérito y de la carrera administrativa.

1. Sobre la presunta falta de certeza. En virtud de este requisito, las demandas deben recaer sobre una proposición jurídica real y existente. La jurisprudencia ha sostenido que, en contraste, no será apto un cargo que recaiga sobre una proposición jurídica inexistente, que se presenta en los eventos en que se demandan “contenidos que no se deriven del

enunciado normativo”.95 En otras palabras, la demanda carecerá de certeza si se ataca no una norma en concreto, sino la interpretación (subjetiva, caprichosa y arbitraria) que el demandante tiene de aquella.

1. En este caso el demandante sostiene que los fragmentos objeto de censura, contenidos en el artículo 26 de la Ley 941 de 2005, establecen que los profesionales del derecho que fungen como defensores públicos deben ser vinculados a través de contratos de prestación de servicios. Y que ello, precisamente, desconoce al mismo tiempo los artículos 125, 25, 53 y 13 de la Constitución Política. Así las cosas, esta Corte no comparte la lectura del Departamento Administrativo de la Función Pública. Ello porque es apenas evidente que la demanda se formula contra el contenido propiamente dicho del artículo 26 de la Ley 941 de 2005. No sobre una interpretación subjetiva que el actor tiene del mismo.

1. Sobre la presunta falta de claridad y especificidad en el cargo relativo al desconocimiento del artículo 125 Superior. El demandante indicó que la vinculación a través de contratos de prestación de servicios desconocía la regla general, según la cual, el empleo público debe proveerse a través de sistemas de carrera que garanticen el mérito. El interviniente sostiene que, en su demanda, el actor no explica por qué al legislador le estaba vedado establecer una excepción a esa regla general, señalando que los defensores públicos podrían ser contratados a través de la modalidad de prestación de servicios.

1. La especificidad exige que el demandante presente argumentos tendientes a demostrar que, en efecto, existe una confrontación entre la norma demandada y la constitucional. Pues bien, el demandante en este caso expresa que la confrontación aludida tiene lugar porque la regla general prevista en el artículo 125 de la Constitución podría desdibujarse si se determina que todos los defensores públicos serán vinculados a través de contratos de prestación de servicios. Esa es la razón de la contradicción constitucional que encuentra el actor. Ahora, desde la perspectiva de esta Corte, definir hasta qué punto el legislador podía establecer excepciones a la regla aludida, es un ejercicio propio de un fallo de mérito.

Recuérdese que, en el análisis de la aptitud, simplemente se estudia si la demanda es viable para continuar su estudio, no si el cargo prospera.96

b) La Sentencia C-551 de 2019 no constituye cosa juzgada constitucional

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 243 de la Constitución Política “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”.97 Con todo, si la Corte adopta una decisión inhibitoria, ésta no configura una cosa juzgada constitucional. En eso ha sido insistente la jurisprudencia.98 En concreto, la Corte ha manifestado que cuando se declara la inhibición porque la demanda presentada es inepta, ello no imposibilita a los ciudadanos para que presenten nuevas demandas en contra de las mismas disposiciones.99

1. En la Sentencia C-551 de 2019, la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad que se presentó, entre otros, contra el artículo 26 de la Ley 941 de 2005. Sin embargo, en la providencia citada, la Corte se inhibió de emitir un pronunciamiento de fondo por cuenta de la ineptitud sustantiva de la demanda. En particular, sostuvo que el demandante (i) no expuso, con claridad, por qué la norma señalada desconocía los artículos 122, 123 y 125 de la Constitución, (ii) planteó el cargo de forma impertinente porque solo explicó, acudiendo a argumentos de conveniencia, que desde su perspectiva los contratos de prestación de servicios tenían “posibles efectos nocivos”; y (iii) no indicó cómo el enunciado normativo censurado se oponía a las normas superiores. Con todo, en virtud de la regla citada en el párrafo anterior -ampliamente reiterada por la jurisprudencia de esta Corporación- debe resaltarse que esa providencia no hizo tránsito a cosa juzgada constitucional. En consecuencia, es posible analizar de fondo la demanda formulada en esta causa.

C. Problema jurídico y esquema de resolución

1. De conformidad con los antecedentes expuestos, corresponde a esta Corte examinar si las expresiones “mediante la figura del contrato de prestación de servicios profesionales”, “de acuerdo con las normas previstas en el Estatuto de Contratación Estatal”, y “[l]os contratos de prestación de servicios profesionales especializados podrán suscribirse con cláusula de exclusividad y no dará lugar en ningún caso a vinculación laboral con la Institución”, contenidas en el artículo 26 de la Ley 941 de 2005, (i) desconocen el artículo 125 de la Constitución y, en general, el principio de la carrera administrativa; (ii) infringen los artículos 25 y 53 de la Constitución y los derechos laborales de los defensores públicos; y (iii) vulneran el artículo 13 de la Constitución cuando asignan un tratamiento distinto a los referidos defensores frente a los empleados de carrera.

1. Con el propósito de absolver los problemas jurídicos planteados, esta Sala, en primer lugar, reiterará su jurisprudencia en relación con (i) la carrera administrativa, (ii) el derecho al trabajo y su relación con los contratos de prestación de servicios y, (iii) el derecho a la igualdad. En segundo lugar, y a la luz de las reglas extraídas del punto anterior, analizará, en concreto y por separado, cada uno de los cargos formulados.

i. El principio del mérito y la carrera administrativa, su relación con el empleo público

El principio del mérito y la carrera administrativa

1. El constituyente de 1991 consideró esencial establecer el sistema del mérito y fundar en él el nombramiento de los servidores que se dedicarían a cumplir las funciones públicas

demandadas por el naciente Estado Social de Derecho.100 Funciones entre las que se encontraban las tres tradicionales (ejecutiva, legislativa y judicial), y otras nuevas que surgieron del propio proceso constituyente: la de control o fiscalizadora, la electoral, la de banca central y la de seguridad y defensa nacional.

1. Para el constituyente fue sumamente importante establecer el mérito en la elección de los servidores públicos, en tanto la historia del país enseñaba que era altamente perjudicial nombrar personas a partir del amiguismo o del pago de favores políticos. De allí que fuese esencial lograr mecanismos transparentes de elección que permitieran, solo a las personas con ciertas capacidades mínimas, desempeñar un cargo público. Únicamente así, entre otras cosas, se garantizaría la eficiencia de la administración pública y se abandonaría el nepotismo.101 Esta Corte ya ha vinculado el principio del mérito con el Estado Social de Derecho, y ha argumentado que el primero sostiene al segundo. Al respecto, en reciente pronunciamiento, esta Corporación señaló que:

"(…) el Estado Social de Derecho se construye a partir de la conjunción de principios, valores y fines constitucionales que le dan identidad y permiten su realización. Uno de ellos es el principio del mérito para el ejercicio de las funciones públicas, considerando que "el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública" y, por consiguiente, esta forma de Estado riñe con la provisión de los empleos públicos a partir de "factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado Social de Derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo".102

1. El mérito es un principio fundamental del Estado Social de Derecho, como se ha dicho. Y el artículo 125 de la Constitución Política, para garantizarlo, señala que el sistema de carrera administrativa será el mecanismo esencial dirigido a proveer los empleos del Estado. En efecto, el sistema de carrera desarrolla los contenidos de la Constitución, por lo menos, desde dos perspectivas. Una primera perspectiva es la de quien resulta vinculado al empleo público y otra es la de la administración.

1. Por un lado, desde la perspectiva de la persona que es vinculada, ella, al hacerse partícipe de un concurso público, sabrá que su nombramiento no estará atado a consideraciones políticas o subjetivas, sino, exclusivamente, a las capacidades intelectuales y de experiencia que demuestre en el proceso. Con esto se garantiza la transparencia en la selección, entre otras cosas porque los concursos están reglados y quien participa en ellos conoce la dinámica de los mismos y la acepta. De modo que, si un participante no es escogido en el proceso, difícilmente puede aducir que esa decisión se fundó en móviles arbitrarios, propios del clientelismo. Así mismo, conforme lo dispone el artículo 125 de la Constitución, el retiro de quienes ingresan a través del sistema de carrera administrativa, solo tendrá lugar "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".103 Esto supone que los funcionarios nombrados por este medio, además de ingresar luego de una revisión ecuánime de sus capacidades, cuentan con la garantía de ser retirados solo por móviles objetivos y comprobables.

1. Por otro lado, desde la perspectiva de la administración, ha dicho esta Corte que el sistema de carrera contribuye al mejoramiento de la prestación de la función pública. La administración es eficaz y eficiente cuando las personas que la componen son las más cualificadas para desempeñar las tareas que les fueron encomendadas. Esta Corte ha reconocido que "[l]a eficacia ha sido entendida como expresión de una cualidad de la acción administrativa en beneficio de la satisfacción de los cometidos, de diversa índole, que justifican la existencia misma del Estado; y, la eficiencia, comprendida como la maximización del cumplimiento de los objetivos estatales a través de las medidas adecuadas".104

1. Con todo, aunque es claro que la carrera administrativa se erige como el mecanismo idóneo para el desarrollo del principio del mérito, esta Corte ha aceptado -en la Sentencia C-534 de 2016, reiterada en la Sentencia C-102 de 2022-, que el mérito también debe garantizarse en otros mecanismos de vinculación de servidores públicos, como, por ejemplo, en el de los empleados de libre nombramiento y remoción.105

Excepciones a la carrera administrativa

1. El propio artículo 125 de la Constitución establece algunas excepciones a la regla general. Al respecto, dispone que no serán de carrera los empleos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.106 Los de elección popular no serán de carrera porque, como es apenas obvio, estos servidores públicos llegan a sus cargos a través del sufragio. En su caso, es la voluntad popular la que los legitima para el ejercicio de sus tareas. De otra parte, no serán de carrera los empleos de libre nombramiento y remoción dadas las particularidades de estos cargos. En efecto, se trata de empleos que requieren un nivel superior de confianza y que, por tanto, permiten que quien los ejerce pueda ser removido si el superior jerárquico lo considera pertinente. De igual modo, tampoco serán de carrera los empleos de los trabajadores oficiales, precisamente porque la vinculación de estos últimos se da a través de un contrato de trabajo.

1. Ahora bien, el artículo 125 de la Constitución faculta al legislador para que, en uso de su libertad y en el marco de lo dispuesto en el numeral 23 del artículo 150 superior,107 determine qué otro tipo de empleos públicos no deben ser proveídos a través de sistemas de carrera.

1. Pero esta última facultad no puede ser absoluta. Ha dicho la Corte Constitucional que el legislador debe ofrecer razones suficientes para establecer que, en la elección de algunos servidores públicos, el sistema de carrera habrá de ceder ante otro mecanismo de selección. Las razones que motiven el apartarse de la carrera administrativa no pueden ser caprichosas o arbitrarias. Al contrario, deben estar debidamente fundadas. Esto porque, precisamente, “el concurso público se constituye en un instrumento adecuado para que, bajo parámetros objetivos, no discriminatorios, transparentes y claros, se garantice la selección de las personas mejor cualificadas integralmente”.108

1. Específicamente, en lo que se refiere al amplio margen de configuración que tiene el legislador para establecer las excepciones al sistema de carrera, ha dicho la Corte que aquel puede crear dichas excepciones siempre que no desconozca derechos fundamentales básicos de los aspirantes a los cargos, y que se respete en la medida de lo posible el mérito.109 Al mismo tiempo, ha sostenido esta Corte que al legislador le está vedado invertir el orden constitucional, desconociendo que la carrera administrativa debe ser la regla general. En otras palabras, el legislador no puede convertir la excepción en regla general. De cualquier manera, todo límite al principio general enunciado debe buscar el cumplimiento de los principios contenidos en el artículo 209 de la Constitución.110

El empleo público, el servicio público y los contratos de prestación de servicios

1. Antes de analizar el papel de los contratos de prestación de servicios y su conformidad con la Constitución Política, es preciso aclarar el contenido del artículo 125 Superior. El referido artículo hace alusión al empleo público que, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, es "el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado".111 A su turno, esa misma ley resalta, en su artículo 1, que "[d]e acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos: // a) Empleos públicos de carrera; // b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; // c) Empleos de período fijo; // d) Empleos temporales".112

1. En el mismo sentido, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución, el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 señala que los empleos públicos "(…) son de carrera administrativa, con excepción de: 1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban

ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación [y] 2. Los de libre nombramiento y remoción (…)”.113

1. Quienes son nombrados por medio de los mecanismos citados en el artículo que antecede, son llamados genéricamente “servidores públicos” de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política. Para lo que interesa a este asunto, los empleados públicos son aquellas personas que se vinculan mediante un acto administrativo, y cuyas actuaciones se regulan por la ley y los reglamentos. Tienen una relación de dependencia con el Estado, que es su empleador. Por tanto, sus actuaciones se dan en nombre del Estado. Como se advierte, cuando el artículo 125 habla del empleo, está refiriéndose específicamente al empleo público. Y el empleo público es el que será de carrera administrativa y, solo excepcionalmente, no lo será.

1. La función pública, por su parte, es aquella que se realiza o se concreta -principal pero no únicamente- por conducto del empleo público.114 La función pública tiene relación, entonces, con las tareas que presta el Estado y que están dirigidas a la consecución de los fines trazados por este.115

1. Igualmente, esta Corte ha establecido que entre la función pública y el servicio público116 existen, también, diferencias sustanciales. Esas diferencias -ha sostenido la Corte- están dadas desde la Constitución y han sido reconocidas por el legislador.117 En efecto, la Constitución señala en el artículo 150.23 que al legislador corresponde “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”. La redacción de este artículo permite suponer -de entrada y por lo menos formalmente- que la función pública no es lo mismo que el servicio público.118 Y la diferencia radicaría, fundamentalmente, en que mientras la función pública debe prestarse preferiblemente por servidores públicos, “(…) la prestación de los servicios públicos se modificó con la Carta de 1991, con un esquema de liberalización, en el que su ejecución puede quedar a cargo del Estado, de comunidades organizadas o de particulares, en condiciones de competencia y con la aplicación de un régimen de igualdad, en los términos en que se defina por el legislador.”119

1. Sobre este punto, en la Sentencia C-185 de 2019 la Corte Constitucional citó una Sentencia del Consejo de Estado que conviene recordar nuevamente. En ella, esa alta corporación, refiriéndose a los cambios en materia de servicios públicos que adoptó la Constitución Política de 1991, señaló lo siguiente:

"El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción francesa de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación".120 (Subrayas fuera de texto).

1. En un mismo sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-037 de 2003, resaltó que "[e]l servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado."121 En efecto, en ese mismo fallo la Corte precisó que "como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y (…) bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189.22, 365, 370). // Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123.2)".122

1. Dicho esto, la Corte Constitucional advierte que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para establecer la manera en que los particulares podrán dedicarse a la prestación de servicios públicos. En efecto, como se ha señalado, la Constitución le otorga al Congreso de la República dicha libertad, específicamente, en el artículo 150.23.

1. En el marco de esa libertad, el legislador ha regulado, en algunos supuestos, la manera en que los particulares pueden prestar servicios públicos. La Ley 80 de 1993 define a los servicios públicos como aquellos "destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines".123 Para garantizar la prestación de un servicio público, cumplir con fines estatales y hacer efectivos los derechos e intereses de los ciudadanos, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 ha establecido que las entidades estatales podrán celebrar contratos con particulares y ejecutarlos.124 Por su parte, en el mismo artículo se indica que los particulares que son contratados por las entidades del Estado, "colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones."125

1. Uno de los contratos que pueden suscribir las entidades estatales para el cumplimiento de los objetivos trazados en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, es el contrato de prestación de servicios.126 Figura legal que no es contraria a la Constitución, siempre que se use de manera adecuada y no, como se verá en el capítulo que sigue, para encubrir relaciones de orden laboral.

1. De cualquier modo, quienes suscriben contratos de prestación de servicios con el Estado no son considerados servidores públicos y su relación contractual tampoco es laboral. El mismo Consejo de Estado ha señalado "que la modalidad de vinculación con la administración pública mediante contratos de prestación de servicios no tiene el carácter laboral, de acuerdo a lo estatuido en el inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993."127 Esta precisión va en consonancia con lo ya dicho por esta Corte desde la Sentencia C-056 de

1993.128 En particular, los contratistas no son considerados empleados públicos porque no están subordinados al Estado, ni actúan en su nombre. Es por ello que su vinculación no está sujeta necesariamente a las reglas de la carrera administrativa ya indicadas. Con todo, lo anterior no quiere decir que, al contratar con particulares, las entidades estatales no deban tener en cuenta la experiencia y formación de estos. Es importante, de hecho, que se analicen las calidades de los contratistas y, con base en ello, se celebren contratos de prestación de servicios.

1. En suma: (i) esta Corte ha establecido que la carrera administrativa garantiza el principio del mérito y por ello los empleos del Estado, por regla general, deben proveerse a través de concursos públicos; (ii) algunos empleos públicos pueden proveerse a través de otros mecanismos, pero ello debe fundarse en un principio de razón suficiente; y (iii) los servicios públicos también pueden prestarse por particulares que son contratados por el Estado. Con todo, en este último caso, aunque no apliquen necesariamente las reglas de la carrera administrativa, la contratación debe fundarse en motivos objetivos y no clientelistas.

i. Caracterización del derecho al trabajo, y su relación con el contrato de prestación de servicios

El derecho al trabajo, aspectos generales

1. En relación con el derecho al trabajo, la Corte ha sostenido que tiene “una triple dimensión: (i) valor fundante del Estado social de derecho; (ii) principio rector del ordenamiento jurídico; y (iii) derecho-deber social con carácter fundamental.”129 Desde muy temprano esta Corte señaló que “[l]a consagración constitucional del derecho del trabajo y de sus garantías, es una consecuencia del principio constitutivo del estado social de derecho,

el cual tiene como fundamento y centro de gravedad la dignidad de la persona humana (…)”.130 Los principios mínimos fundamentales que lo caracterizan, y sin cuyo reconocimiento el derecho al trabajo no sería más que un deseo, están incluidos en el artículo 53 de la Constitución y son los siguientes postulados:

“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.”131

1. El trabajo es, además, un derecho fundamental. Sobre él se edifica el Estado Social de Derecho siguiendo lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución Política. A través del trabajo, las personas logran “acceder a los bienes y servicios necesarios para una vida en condiciones dignas que permitan la concreción de su proyecto personal”.132 Su importancia radica en la relación directa e inescindiblemente que tiene con la dignidad humana, en su faceta material. No es posible, en consecuencia, que una persona vea materializado su derecho a la dignidad humana si no puede obtener algún ingreso, derivado de sus propias actividades, que le permita desarrollar su propio y personal proyecto de vida.

1. Pero el trabajo, además, debe ser prestado en condiciones dignas y justas, tal y como lo establece el artículo 25 de la Constitución. Esto tiene íntima relación con la definición que del trabajo decente ha establecido la OIT. Concepto que se concreta en “(…) la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para todos, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y

participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres.”133

1. Al respecto, recientemente, la Corte Constitucional explicó que, para que el trabajo se preste en condiciones dignas y justas, debe reconocerse “(…) a las personas por su valor intrínseco y no como un medio para lograr diferentes fines. Esto implica que los trabajadores no puedan ser concebidos ni tratados como un simple factor de producción, o como un instrumento cuya valía depende del logro de un determinado objetivo, pues el citado derecho no permite que los trabajadores sean reducidos a la condición de cosa u objeto carente de libertad y autonomía”.134

1. El trabajo, a su turno, tiene una naturaleza de derecho social.135 De allí que corresponda al Estado “diseñar políticas públicas que permitan garantizar que todas las personas accedan a actividades, subordinadas o independientes, con las que puedan procurar su supervivencia y la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia.”136 Esto da cuenta de que el trabajo es un fin que debe perseguir el propio Estado, procurando, en la mayor medida de lo posible, que los ciudadanos puedan ocuparse en actividades que -aunque sean subordinadas o independientes- le representen a la persona unos ingresos mínimos a partir de los cuales pueda garantizar su existencia y la de su familia.137

1. Al mismo tiempo, en tanto que el pleno empleo es una aspiración del Estado Social de Derecho, deben adoptarse mecanismos que permitan la contratación de personas a futuro y de manera progresiva. Uno de esos mecanismos se prevé en el artículo 54 de la Constitución Política. Allí se establece que “[e]s obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran”.138 Este mandato se reitera en el artículo 334 de la Constitución, según el cual “[e]l Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos.”139 Esta Corte, e instrumentos

internacionales, han reconocido el carácter progresivo del derecho al trabajo,140 y han aceptado que, en tanto derecho fundamental y social, pueda ser objeto de eventuales restricciones, siempre que estas se encuentren plenamente justificadas y sean razonables.141

El contrato de prestación de servicios

1. De cualquier manera, esta Corte ha dispuesto que la protección del trabajo involucra a todas las modalidades en que este se presenta. Así, por ejemplo, ha señalado que "[l]a simple descripción de la naturaleza del trabajo en la Constitución evidencia que el marco de protección Estatal no solamente se agota en la defensa de los derechos de los trabajadores dependientes sino también en la efectividad de su ejercicio independiente".142 (Subraya fuera de texto). Esto supone que, no porque una persona sea vinculada a través de un contrato de prestación de servicios, deberá renunciar a su dignidad humana o someterse a las eventuales injusticias de un trabajo indecente.

1. Sin embargo, la Corte Constitucional sí ha sido enfática en señalar que las relaciones laborales propiamente dichas son distintas de aquellas relaciones que se derivan de un contrato de prestación de servicios. Y esto es así porque, en términos estrictos, el contratista no es una persona que esté subordinada.143 La autonomía del contratista, en tal caso, es el criterio esencial que permite caracterizar a un contrato de prestación de servicios. En la Sentencia C-614 de 2009, esta diferenciación se tuvo en cuenta de la siguiente manera:

"(…) el legislador definió el contrato laboral como "aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración". Esto significa que la

relación laboral con el Estado, que surge de la relación legal y reglamentaria o del contrato de trabajo, no importa el nombre que las partes le den porque prevalece el criterio material respecto del criterio formal del contrato, tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario. Por su parte, el contrato de prestación de servicios fue diseñado por el legislador como un contrato estatal que celebran "las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados//En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".144

1. Leída la cita antedicha, podría decirse, entonces, que el elemento diferenciador, por excelencia, entre los contratos de prestación de servicios y la vinculación laboral, es la subordinación que se desprende del segundo y que no está presente en el primero. Pero hay dos elementos adicionales que llaman la atención y que deben sumarse al anterior: uno de ellos es el relativo a la temporalidad que debe caracterizar al contrato de prestación de servicios, y el otro es que las personas contratadas en la planta no puedan ejercer las mismas tareas asignadas a los contratistas. En ese orden, en la Sentencia C-154 de 1997 se caracterizaron todos estos elementos. Por su pertinencia con el asunto que se estudia en esta oportunidad, se cita a continuación, in extenso, lo que al respecto sostuvo la Corte Constitucional:

"El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de

prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo."145

1. Así, la Corte ha sido enfática en reconocer que las vinculaciones laborales y las que se derivan de un contrato de prestación de servicios tienen elementos claramente diferenciables. Elementos que no pueden confundirse.146 Lo que de cualquier modo se ha prohibido por la jurisprudencia constitucional, es que los contratos de prestación de servicios se usen con el ánimo de encubrir auténticas relaciones laborales, estableciendo nóminas paralelas en las instituciones públicas y evitando el pago de prestaciones sociales en favor de personas que ejecutan las mismas labores que realizan los empleados públicos.

1. Sobre el particular, la propia Sentencia C-154 de 1997 condicionó el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, para decir que los contratos de prestación de servicios no implicarán una relación laboral, "salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada".147 Es decir, salvo que se advierta que el contrato de prestación de servicios sirvió de fachada para ocultar una relación de trabajo.

1. Hasta este punto, de acuerdo con la jurisprudencia, se pueden reconocer tres condiciones que caracterizarían al contrato de prestación de servicios: a) el contratista puede cumplir sus obligaciones de manera independiente,148 b) el contrato debe utilizarse para cumplir funciones temporales -no permanentes- de la entidad, y c) el contrato debe ser usado para cumplir funciones que tradicionalmente no están en cabeza de los empleados de planta.149

Respecto de esto último, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que las entidades pueden contratar, a través de la modalidad de prestación de servicios, a una persona siempre que se trate de “labores distintas a las efectuadas normalmente por el empleador”.150

1. De cualquier manera, de los criterios enunciados en el párrafo que antecede, quizás el más complejo sea el de la temporalidad. En virtud de este criterio -que tiene que leerse en conjunto con los demás- los contratos de prestación de servicios solo pueden atender exigencias temporales, pues, de ser permanentes las mismas, debería contratarse a las personas a través del empleo público. Sobre este aspecto, la Sentencia C-614 de 2009 estableció algunos criterios que deberían ser tenidos en cuenta para revisar cuándo se está ante una función de carácter permanente. Al respecto, la Corte señaló cinco: el funcional, el de la igualdad, el temporal o de la habitualidad, el de la excepcionalidad y el de la continuidad.

1. De acuerdo con el criterio funcional, las tareas de cada entidad, establecidas en la Constitución, la Ley o los reglamentos, deben llevarse a cabo preeminentemente a través del empleo público.151 En lo referido al criterio de la igualdad, se sostuvo que los contratistas no deben ejercer las mismas labores encargadas a las personas de planta. El criterio temporal o de la habitualidad, por su parte, tiene que ver con que los contratos de prestación de servicios no deberían usarse para acceder “de modo permanente y continuo a los servicios de una misma persona”.152 El criterio de la excepcionalidad, indica que los oficios contratados a través de la prestación de servicios no deberían ser los mismos que ejecutan quienes hacen parte de la planta. En esa medida, las actividades que desarrollen los contratistas no deberían pertenecer al “giro normal de los negocios”153 de la entidad contratante.154 Y, por último, el criterio de la continuidad, alude al hecho de que la firma sucesiva de contratos de prestación de servicios con la misma persona, dirigidos a que esta preste funciones que hacen parte del “giro normal de los negocios” de la entidad, permite suponer que la relación, en realidad, es de orden laboral.

1. Luego de dicho lo anterior, la Corte Constitucional concluyó que: “una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales.”155 (Subrayas fuera de texto).

“(…) la Corte ha evidenciado la existencia de una gran brecha entre la regla de prohibición de contratación de servicios de funciones permanentes de las entidades públicas y la realidad fáctica relativa a este tema, constatando al efecto la falta de eficacia real de dicha prohibición derivada de los preceptos constitucionales mencionados, ineficacia que afecta temas estructurales de la Carta de 1991, como los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado de manera enfática la abierta inconstitucionalidad de “… todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas … legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo”.156

1. En conclusión, los contratos de prestación de servicios son una figura válida y constitucional en el ordenamiento jurídico. Empero, a través de este tipo de contratos no se pueden encubrir relaciones laborales porque esto sería contrario a la Constitución y, en concreto, a los derechos laborales contenidos en los artículos 25 y 53 de aquella.157 Esta regla vincula tanto a la administración como al legislador. En tal virtud, este último no puede disponer que labores subordinadas, permanentes y que tradicionalmente se ejecutan por parte de trabajadores de planta, se contraten a través de la modalidad “prestación de servicios”.

i. El derecho a la igualdad en materia del trabajo

1. El derecho a la igualdad ha sido reconocido en el artículo 13 de la Constitución. Se erige como un principio y un derecho fundamental.158 En su nombre debe procurarse que todos aquellos sujetos que sean asimilables, reciban un trato paritario y que no sean discriminados por motivos fútiles. En consecuencia, de conformidad con este principio, al legislador se le prohíbe "aprobar leyes o normas (…) a partir de las cuales se trate de modo discriminatorio a un grupo, asignándole, injustificadamente, un trato privilegiado a otro. De lo dicho se sigue que, si existe un trato distinto a dos grupos, ello será aceptable solo si se funda en razones objetivas y carentes de arbitrariedad."159 Esto supone que el derecho a la igualdad prohíbe el trato discriminatorio, pero no el trato diferenciado, especialmente cuando este último se funda en razones de orden objetivo.

1. En lo relativo al acceso al empleo, la propia Constitución, aparte del artículo 13, ha señalado, por ejemplo, que todos los ciudadanos del país tendrán "igualdad de oportunidades" en el acceso al empleo;160 que tendrán derecho a una "remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo"161; y que podrán "[a]cceder al desempeño de funciones y cargos públicos".162

1. En lo referido al respeto que debe garantizarse al derecho a la igualdad en el marco de la función pública y el acceso a esta, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-319 de 2010, sostuvo lo siguiente:

"(…) la Constitución de 1991 modificó por completo el concepto de función pública que antaño se tenía en Colombia por cuanto, en adelante, debe ser comprendida y aplicada en clave de derechos fundamentales. De allí que, el principio de igualdad de

oportunidades, entendido en sus facetas negativa y positiva deba garantizarse en todos los ámbitos del servicio público, incluyendo las altas dignidades del Estado lo cual se traduce en (i) un mandato de tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) la adopción de medidas positivas frente a grupos sociales que inveteradamente han sido discriminados en términos de acceso a cargos públicos, en especial, de dirección."163

1. Al mismo tiempo, la jurisprudencia ha enunciado insistentemente que la igualdad es un concepto relacional, a partir del cual se pueden comparar dos sujetos o grupos. Y de esa relación pueden surgir cuatro mandatos específicos, que ha decantado la jurisprudencia del siguiente modo:

"(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes."164

1. Para identificar si, en un caso concreto, el legislador contrarió el derecho a la igualdad porque asignó un trato diverso a dos sujetos que se encontraban en situaciones asimilables, la Corte ha acudido al denominado juicio integrado de igualdad. Juicio que se compone de dos fases distintas y perfectamente identificables: en la primera, "es necesario determinar si existen dos grupos relevantemente asimilables (o iguales), a partir de un criterio de comparación significativo que se siga de la disposición demandada (juicio de relevancia). También, en el marco de esta primera fase, es preciso identificar si a dichos grupos se les dio, efectivamente, un tratamiento normativo distinto."165 En la segunda, y solo en caso de

que se advierta que los sujetos objeto de comparación sí son relevantemente asimilables, “corresponde identificar si dichas distinciones, propuestas por la norma, resultan o no proporcionales debido a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida”.166

2. En el marco de la segunda fase, y con el ánimo de establecer si la medida adoptada por el legislador es proporcional, la Corte ha señalado que el test se debe adelantar con diferentes intensidades dependiendo (i) la amplia o restringida libertad de configuración con que cuenta el legislador en la materia que se revisa, y (ii) el eventual impacto que la medida tenga sobre un derecho fundamental. En la Sentencia C-345 de 2019 se estableció cuándo el juez constitucional debía apelar a un test leve,167 intermedio168 o estricto.169

1. A través del test antedicho, puede establecerse si el legislador, en efecto, asignó un trato distinto a dos sujetos que se encontraban en posiciones asimilables, sin que para ello mediara una adecuada justificación y sin que la medida resultara proporcionada.

D. Alcance de la disposición atacada y análisis de cada cargo

La defensoría pública, su importancia en el proceso constituyente de 1991 y su desarrollo legal

1. El Congreso de la República, por conducto de la Ley 52 de 1984, otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para que este elaborara un Código de Procedimiento Penal,170 y creara, organizara y reglamentara un sistema de “defensoría de oficio”.171 En cumplimiento de tal mandato, se expidió el Decreto 53 de 1987,172 por medio

del cual se creó, en el entonces Ministerio de Justicia, una División denominada “Defensoría Pública de Oficio” con el propósito de garantizar “la defensa de los procesados que [carecieran] de recursos económicos y que [tuvieran] necesidad de ella”.173

1. Pocos años después, la preocupación por el establecimiento de un sistema de Defensoría Pública sólido se retomó en la Asamblea Nacional Constituyente. Este asunto fue abordado directamente por Armando Holguín Sarria y Hernando Londoño Jiménez, quienes redactaron una ponencia sobre la composición y funcionamiento del Ministerio Público, en la que formularon un proyecto de artículo que asignaba al Defensor del Pueblo la función de “8. Velar por el derecho de defensa y dirigir la Defensoría Pública.”174

1. Esta ponencia suscitó algunos pronunciamientos en la Asamblea Nacional Constituyente, en particular, sobre 3 temas: (i) los inconvenientes y desafíos que tenía el sistema de defensoría de oficio vigente en ese momento, (ii) las bondades de una defensoría pública robusta, en el marco de un sistema penal acusatorio, y (iii) la entidad que debería estar a cargo de dicha defensoría pública.

1. Sobre los desafíos del sistema de defensoría vigente, en la sesión del 4 de abril de 1991, ante la Comisión Cuarta de la Asamblea Nacional Constituyente, Hernando Londoño Jiménez señaló que era necesario contar con un sistema de defensoría pública en el que se remuneraran, de alguna manera, los servicios que prestaban los defensores porque la experiencia demostraba que los abogados de oficio cumplían esa función sin reparar en la calidad de la defensa, afectando de esa manera el derecho al debido proceso del inculpado. Sobre este punto, sostuvo que:

“(…) los defensores de oficio no cumplen con su deber, (…), abandonan la causa del reo, nunca lo visitan, nunca lo informan, no presentan un alegato, no apelan, se cierra la investigación y no presenta el alegato para, calificación del sumario y van a la audiencia

pública y hacen una defensa mediocre, insustancial, irresponsable y entonces ponen en peligro la libertad del hombre, que en otra palabra, en otras voces, con otros argumentos, con otros planteamientos jurídicos, pudieran haber salvado al hombre de una condena tal vez injusta, por eso las cárceles están llenas de inocentes, están llenas de inocentes que simplemente no han tenido defensa porque los abogados no han cumplido con esa hermosa función social de defender al que le está reclamando ese servicio".175

1. De allí que, en la misma exposición, abogó por el fortalecimiento de la defensoría pública. Sostuvo, sobre el particular, lo siguiente:

"En relación con la defensoría pública, yo creo que esta Institución tenemos que mejorarla, por iniciativa mía también en el Código de Procedimiento Penal se creó la defensoría pública a cargo del Estado, aquí el Ministerio de Justicia, con muy buena voluntad ha tratado de que funcione, empezó a marchar muy bien sobre algunas capitales de departamento haciendo contratos con algunos abogados, treinta y seis defensas en un año, pero tengo la impresión de que esto no está desenvolviéndose con la suficiente eficacia y que la defensoría pública tiene que responder realmente a una necesidad del Estado, porque nosotros tenemos que suplir las deficiencias en el proceso penal de las personas que no pueden pagar un abogado, a que sea el Estado el que se responsabilice de ello."176

1. Sobre las bondades de un modelo de defensoría enmarcado en un sistema penal acusatorio, el mismo constituyente Hernando Londoño, en la sesión del 4 de abril de 1991, ante la Comisión Cuarta de la Asamblea Nacional Constituyente, señaló que la implementación de una defensoría pública robusta se hacía más urgente con el advenimiento del sistema penal acusatorio, donde el procesado debía contar con la posibilidad de enfrentar al ente acusador en un plano de igualdad. Sobre este punto, se pronunció como sigue:

"(…) velar por el Derecho de Defensa es más significativo ahora, si vamos a aprobar el

Sistema Acusatorio, porque no se puede concebir un Sistema Acusatorio de Colombia, ni en ninguno de los países en donde está consagrado, sin que haya, sin que esté en un plano de igualdad ante la ley, ante el proceso, ante el Juez, el acusador y el defensor, los intereses de la sociedad desde luego que quedan protegidos así, como ya los intereses de la sociedad por este aspecto no van a estar en manos de la Procuraduría General de la Nación, defensor del pueblo, porque estos funcionarios ya dejan de ser en la Procuraduría General de la Nación, ya dejan de ser lo que tiene previsto actualmente la Constitución, de perseguir los delitos y velar por la sanción de los delincuentes, ya esas funciones pasan al Fiscal General de la Nación y entonces allí estará protegida la sociedad en relación con los delitos cometidos. Pero ante ese fiscal debe haber desde luego, un defensor, pagado por el Estado, si no ha habido necesidad de nombrárselo de oficio por el Juez, si el sindicado o acusado carecía de recursos económicos para buscar un profesional del derecho que ejerciera su defensa, de manera que se hace más necesario garantizar este derecho de defensa ahora, con el Sistema Acusatorio, para que el Juez ya en la etapa de juzgamiento, sea el pie de la balanza que vaya a hacer una evaluación de los cargos hechos por el fiscal y de los argumentos de inocencia o de atenuación hechas por el defensor y el Juez que ha sido imparcial, que hasta ese momento no ha lanzado ningún concepto, que no se ha comprometido ninguna tesis jurídica sobre el proceso, va a ser la gran garantía de este sistema (…)”177

1. Igualmente, sobre este mismo asunto, en la Sesión Plenaria del 3 de junio de 1991, el constituyente Carlos Daniel Abello Roca reconoció los aciertos del sistema de defensoría pública propuesto por los constituyentes Armando Holguín y Hernando Londoño. Al respecto, mencionó lo siguiente:

“Al implantarse la Fiscalía General de la Nación, como organismo investigador y acusador, como creo en forma optimista que prosperará en esta reforma, resulta absolutamente necesario asegurar simultáneamente la defensoría pública, asignándosela a abogados gratuitos para los sindicados sin recursos económicos suficientes, quienes según recientes estadísticas conforman más de las dos terceras partes de los sindicados. Ante el cúmulo de poderes que se van a conferir al Fiscal General de la Nación el sindicado de la pobreza

absoluta, para emplear los términos del expresidente Barco, quedaría inerme, carente de un verdadero derecho de defensa”.178

1. Sobre la entidad que debería estar a cargo de la defensoría pública, en la sesión del 23 de abril de 1991, ante la Comisión Cuarta de la Asamblea Nacional Constituyente, los ponentes Armando Holguín y Hernando Londoño argumentaron que la defensoría pública debería ser “un servicio remunerado de obligatorio cumplimiento para todos los abogados”, y que lo lógico sería que estuviera bajo la dependencia “del Defensor de los Derechos Humanos”.179

1. Sin embargo, la anterior no fue siempre una posición pacífica. De hecho, en la Sesión Plenaria del 3 de junio de 1991, el constituyente Carlos Daniel Abello Roca abogó por que la defensoría pública fuese dirigida y organizada por la rama ejecutiva. Así justificó su postura:

“(…) estos abogados defensores de la procuraduría, podrían chocar en determinado momento con los delegados del ministerio público, o sea, de la misma entidad, encargados de investigar y sancionar a determinados funcionarios públicos de escasos ingresos o recursos económicos. Compartimos por ello el criterio expuesto por el Señor Procurador en nota recibida esta mañana y a la que seguramente no tuvo oportunidad por la brevedad del tiempo de referirse en su intervención de hace escasos minutos, dijo allí el señor Procurador, que la función de proveer la defensoría pública corresponde más a la esencia y naturaleza de la rama ejecutiva del poder público que a la de un órgano de control, como lo es, la procuraduría, atribuir, dice el señor Procurador, esta responsabilidad al ministerio público, afecta además, la imparcialidad con que debe asumir su función en los distintos trámites procesales, es conveniente entonces, concluye el señor Procurador, que al ministerio público, se le conserve en este punto, únicamente la función genérica de velar por la efectividad del derecho de defensa, por ello para asegurar al mismo tiempo un apoyo administrativo y logístico y preservar la dependencia institucional de los defensores públicos, proponemos que ellos continúen adscritos al ministerio de justicia, dependencia, agrego yo, que como van las cosas en esta reforma constitucional va a quedarse sin oficio (…)”.180

1. De cualquier manera, esta última posición no se acogió y, en consecuencia, el artículo 282.4 de la Constitución se adoptó, finalmente, en los siguientes términos: “El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones: // 4. Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley.”181

1. Acto seguido, para organizar el sistema, se sancionó la Ley 24 de 1992. Allí el Congreso de la República se ocupó -en términos generales- de la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo. En el título V, se refirió a la organización, en específico, de la Dirección de Defensoría Pública. En el artículo 21 se estableció que, en materias penales, la defensoría brindaría sus servicios “a solicitud del imputado, sindicado o condenado, del Ministerio Público, del funcionario judicial o por iniciativa del Defensor del Pueblo cuando lo estime necesario y la intervención se hará desde la investigación previa”.182 Este servicio se reconoce -como se ha dicho- en favor de quien no cuenta con recursos económicos para sufragar los servicios de un abogado. El artículo 22, por su parte, enseña que la defensoría pública será prestada, entre otras personas, “(…) Por los abogados titulados e inscritos que hayan sido contratados como Defensores Públicos.”183

1. A partir de ese momento, la defensa de las personas que no tuvieren recursos para contratar un abogado se llevó a cabo por quienes hacían parte de la Defensoría Pública. Con todo, en el Decreto 2700 de 1991 se aceptó que: “[c]uando en el lugar donde se adelante la actuación procesal no exista defensor público, o fuere imposible designarlo inmediatamente, se nombrará defensor de oficio”.184 Esta norma se reiteró en el artículo 131 de la Ley 600 de 2000, lo que significó que, en varias ocasiones -antes del año 2005-, la figura del defensor público coexistió con la del defensor de oficio.185

1. Con posterioridad, se sancionó el Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual se

“modificó la estructura del proceso penal en Colombia al pasar del modelo mixto de tendencia inquisitiva, al de tendencia acusatoria”.186 Este tránsito no fue menor, pues, en efecto, supuso para el procesado una mayor protección de sus derechos fundamentales. Todo esto sin dejar de lado las preocupaciones legítimas por “la consecución de la verdad”,187 “la realización efectiva de la justicia” y la protección de los derechos de las víctimas.188

1. Este sistema de juzgamiento, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, supuso una modificación en la figura del defensor, “debido a que (…) la defensa tiene derecho a controvertir los elementos de prueba presentados por la Fiscalía en contra del imputado. Con ese propósito, está facultada para acceder a la evidencia, recolectar información y acudir a los medios técnicos de que disponga el Estado.”189

1. En otras palabras, “el (…) modelo acusatorio es un sistema de partes en el que (i) la Fiscalía tiene un rol esencial en la etapa investigativa, y (ii) el imputado “(…) ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos”.190 (Subrayas fuera de texto).

1. En efecto, en el marco del sistema penal acusatorio se exige que, en cada proceso que se siga contra un ciudadano, por la presunta comisión de un delito, este pueda contar con todas las garantías que le permitan asegurar una defensa técnica para así responder, en un plano de igualdad, a las acusaciones formuladas por la Fiscalía General de la Nación. Este derecho se desprende del artículo 29 de la Constitución Política, según el cual “[q]uien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.191

1. Igualmente, el Acto Legislativo 03 de 2002 también se encuentra en la misma línea de algunos instrumentos internacionales de gran importancia. No puede olvidarse que el derecho a la defensa técnica, como expresión del derecho al debido proceso, también se reconoce, por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos,192 o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De hecho, este último pacto estableció, en su artículo 14.3, las siguientes reglas mínimas de defensa que deben reconocerse a una persona:

a. A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

a. A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

a. A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

a. A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

a. A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los

testigos de cargo;

a. A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

a. A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.”193

1. Establecido el contexto anterior, corresponde delimitar el contenido de la norma demandada.

La disposición atacada

1. Luego de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, se expidió la Ley 941 de 2005. Por su conducto se organizó el Sistema Nacional de Defensoría Pública. Esa Ley específicamente dispuso, en el artículo 1, que el sistema tendría por objeto “proveer el acceso de las personas a la Administración de Justicia en materia penal, en condiciones de igualdad y en los términos del debido proceso con respeto de los derechos y garantías sustanciales y procesales”.194

1. También se indicó que el servicio de defensoría pública beneficiaría, principalmente, a “las personas que por sus condiciones económicas o sociales se encuentran en circunstancias de desigualdad manifiesta para proveerse, por sí mismas, la defensa de sus derechos”.195 Y se añadió que el sistema se fundaría en los principios de igualdad, derecho de defensa,

oportunidad, gratuidad, calidad, responsabilidad, selección objetiva y prelación de los tratados internacionales.196

1. Luego se dispuso que la única forma en que los profesionales del derecho prestarían sus servicios como defensores públicos, sería por medio de contratos de prestación de servicios. De ese tenor es el artículo 26 demandado en esta oportunidad. Allí se sostiene, recuérdese, que los defensores públicos "[s]on los abogados vinculados al servicio de Defensoría Pública que administra la Defensoría del Pueblo, previo el cumplimiento de los requisitos, mediante la figura del contrato de prestación de servicios profesionales, para proveer la asistencia técnica y la representación judicial en favor de aquellas personas que se encuentren en las condiciones previstas en el artículo 2o de la presente ley, de acuerdo con las normas previstas en el Estatuto de Contratación Estatal".201 Asimismo, se indicó que en estos contratos podrían incluirse cláusulas de exclusividad y -reiterando la misma fórmula contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993- se recordó que la firma de estos contratos "no dará lugar en ningún caso a vinculación laboral con la Institución".202

1. También la Ley 941 de 2005, entre otras cosas, (i) clasificó por categorías a los defensores, dependiendo de la autoridad judicial ante la cual actúen;203 (ii) encargó al Defensor del Pueblo para que estableciera un sistema de remuneración digno para ellos,204 y le ordenó definir qué requisitos debían cumplir quienes pretendieran ser defensores;205 (iii) enunció los derechos206 y obligaciones207 de los defensores públicos; (iv) creó un cuerpo de investigadores y técnicos, al servicio del Sistema Nacional de Defensoría Pública, con el objeto de que apoye a los defensores públicos en sus tareas;208 y (v) estableció un sistema de capacitación, dirigido a los defensores públicos, para hacer más eficiente la prestación del servicio.209

1. Dicho todo esto, la Corte debe establecer si las expresiones demandadas, que hacen parte

del artículo 26 de la Ley 941 de 2005 y que disponen contratar a los defensores públicos por prestación de servicios, desconocen: (i) el mandato, según el cual, la carrera administrativa debe ser la regla general y no la excepción cuando se trata de proveer cargos públicos, (ii) los derechos laborales de los defensores y (iii) su derecho a ser tratados de la misma manera en que son tratados otros funcionarios de carrera. A continuación, y con las reglas referidas en los capítulos que anteceden, se resolverán estas cuestiones.

Primer cargo: la presunta vulneración del artículo 125 de la Constitución Política

1. En este caso, el demandante acusa al artículo 26 (parcial) de la Ley 941 de 2005 de vulnerar, directamente y de manera abierta, el artículo 125 de la Constitución Política, según el cual, los empleos en los órganos del Estado deberán ser de carrera y, solo excepcionalmente, no lo serán. Para el demandante, la carrera administrativa es un principio constitucional a partir del cual se garantiza la eficiencia de la administración pública, permitiendo que solo las personas idóneas ocupen cargos del Estado. Es por ello que la carrera administrativa constituiría un eje central dentro de la configuración del Estado Social de Derecho. En tal sentido, la norma demandada “rompe con la estructura del empleo público”.

1. Ciertamente, como ha podido advertirse, el artículo en cuestión señala que los defensores públicos serán contratados por prestación de servicios. En tal sentido, a partir de la propia disposición del legislador y como se confirma con las pruebas recaudadas, ninguno de los 3.708 defensores públicos que existen en el país, ha sido vinculado por una modalidad distinta a la aludida. En otras palabras, de acuerdo con la respuesta otorgada por la Defensoría del Pueblo, no existe un solo empleado público que se dedique al oficio de defensor público en la defensa técnica penal.

1. Para indagar si la norma, en concreto, desconoce el contenido del artículo 125 de la Constitución, habría que establecer si el legislador rebasó los límites de la libertad de configuración con que contaba al regular esta materia. Al respecto, se ha dicho en esta providencia que (i) los empleos del Estado deben, por regla general, proveerse a través de sistemas de carrera; (ii) algunos empleos pueden proveerse por medio de otros mecanismos, siempre que ello cuente con una razón suficiente; y (iii) los servicios públicos pueden prestarse por particulares, contratados por el Estado. Para estos contratistas no rigen necesariamente las reglas de la carrera administrativa, sin embargo, ellos deben ser contratados acudiendo a criterios objetivos, que consulten sus calidades intelectuales y de experiencia.

1. Pues bien, de manera preliminar, esta Corte concluye que las expresiones demandadas del artículo 26 en cita no violan el artículo 125 de la Constitución Política, pues los defensores públicos no son empleados públicos y, por tanto, no necesariamente deben escogerse a través de sistemas de carrera. Esto último por tres razones en particular:

1. Primera razón. Porque, atendiendo a la diferenciación que se ha hecho entre servicio público y empleo público- debe reconocerse que de la Constitución no se desprende un mandato absoluto, según el cual, todo aquel que preste un servicio público debe ser reconocido como un empleado público. De hecho, es permitido que algunos particulares presten servicios públicos, en los términos previstos por la Constitución y la ley.

1. En efecto, como se ha visto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 941 de 2005, “el Sistema Nacional de Defensoría Pública es un servicio público”.210 Y su objeto es el de garantizar “el acceso de las personas a la Administración de Justicia en materia penal, en condiciones de igualdad y en los términos del debido proceso con respeto de los derechos y garantías sustanciales y procesales”.211 Especialmente se presta a “personas que por sus condiciones económicas o sociales se encuentran en circunstancias de desigualdad manifiesta para proveerse, por sí mismas, la defensa de sus derechos.”212

1. Segunda razón. Porque el legislador, cuando evaluó la forma en que se garantizaría el servicio de la Defensoría Pública, entendió que aquel sería mucho más eficaz si se prestaba por conducto de abogados que no tuviesen la calidad de empleados públicos. Esta decisión fue tomada por el Congreso de la República amparado en el principio de la libertad de configuración legislativa y, prima facie, no contradice ninguno de los mandatos establecidos en el artículo 125 de la Constitución.

1. En efecto, si se estudia el trámite legislativo que se surtió antes de la sanción de la Ley 941 de 2005, puede advertirse que el legislador contempló varias opciones y al final, acudiendo a criterios de conveniencia, optó por establecer que los defensores públicos serían particulares contratados a través de la modalidad "prestación de servicios".

1. En efecto, tal y como había ocurrido en los debates llevados a cabo en la Asamblea Nacional Constituyente, el legislador empezó rechazando la posibilidad de que la defensa técnica penal de los ciudadanos sin recursos se prestara a través de "defensores de oficio". Indicó que esta modalidad era inconveniente para los procesados dado que había demostrado ser, en el pasado, ineficiente. Además, añadió que la misma no se correspondía con la lógica del sistema penal acusatorio en el que, como ya se ha mencionado, se garantiza igualdad de armas entre el ciudadano y el ente acusador. En la exposición de motivos del proyecto de ley 02 de 2003 Cámara "por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública", que culminó con la sanción de la Ley 941 de 2005, puede leerse lo siguiente:

"En la estructura del sistema acusatorio, cuyos pilares son la acusación y la defensa, debe mantenerse un equilibrio que arbitra el juez de manera imparcial, rol que exige de los sujetos procesales una mayor actividad y preparación de la causa para llevarla al debate adversarial

público y oral. En tal sentido, una defensa de oficio, impuesta por el Estado de forma gratuita y sometida solo al control informal del juez, no está llamada a brindar al sistema acusatorio el equilibrio de armas que impone por las siguientes razones: en primer lugar, porque a la defensa se le exigirá una mayor dedicación en el recaudo y en el debate probatorio, y la gratuidad con que ella opera no estimula el despliegue de dicha actividad; en segundo lugar, porque la legitimidad del sistema exige idoneidad, experticia y defensa técnica, lo cual significa, que el defensor de oficio, tiene necesariamente que contar con una oferta continua de capacitación por parte del Estado y una evaluación de sus condiciones técnicas; y, en tercer lugar, porque la gratuidad impuesta a una profesión liberal ha sido descartada por varios tribunales constitucionales del mundo, pues opera bajo el concepto de caridad o solidaridad con el inculpado, cuando tal prestación es un derecho que le asiste de acceder en condiciones de igualdad a la justicia".215 (Subrayas fuera de texto).

"(…) Las causas de la precariedad en los resultados de la defensoría de oficio tienen relación con la inexistencia de una organización de control de la calidad del servicio, que además ofrezca entrenamiento para lograr idoneidad en la defensa. Pero también tienen que ver con las condiciones de gratuidad en que los operadores deben prestarlo. Es en este aspecto sobre el cual se han pronunciado varios tribunales constitucionales, en el sentido de que la falta de pago es una carga que no tiene por qué soportar una profesión liberal, como es el ejercicio del derecho. Dicha cuestión plantea para el Estado, la necesidad de superar el concepto de caridad que impera en la provisión de defensa en los procesos judiciales, para dar paso a la garantía del derecho de defensa bajo un estatuto de servicio público que remunere la defensa técnica brindada por sus operadores, como incentivo que concurra en el logro de la calidad en la prestación del servicio."216

1. Visto que, desde la perspectiva del legislador, el sistema de defensa de oficio no ofrecía garantías para los procesados, se indagó qué mecanismo de defensoría podía ser el más eficiente en ese propósito. En la exposición de motivos, por ejemplo, se recordó que en el mundo han existido diversos esquemas de defensoría pública.217 La tarea que se realizó consistió en revisar las bondades y deficiencias de esos esquemas, con el objeto de tomar de

ellos lo que sirviera.

1. Para tal efecto, el legislador estudió aquellos países cuyos sistemas de defensoría eran dependientes de la rama judicial (entre ellos, Costa Rica, Honduras y México). En esos países -se dijo en la exposición de motivos- los defensores públicos hacen parte de la función judicial y son contratados a través de mecanismos de carrera. Con todo, se advirtió que el modelo tenía un defecto y era el siguiente: "[el sistema] no responde a la necesaria independencia funcional y orgánica que debe tener la defensa y desvirtúa la función primordial del defensor público, porque se lo concibe como funcionario o auxiliar de la justicia, más que una parte procesal independiente que defiende los intereses del acusado".218 (Subrayas fuera de texto).

1. Acto seguido, se analizaron los modelos de la Argentina y el Salvador, de acuerdo con los cuales la defensoría era ejercida directamente por el Ministerio Público. Ministerio que se dividía en dos funciones claramente diferenciables: una era la del Ministerio Fiscal -dedicado a la persecución del delito-, y otra la del Ministerio Público de la Defensa. En este modelo, ambas funciones estarían en cabeza de la misma institución. Ello fue criticado en la exposición de motivos dado que: "esta concepción del Ministerio Público crea una institución dual que responde a dos filosofías distintas, que defienden intereses contrapuestos en los procesos penales. En este sentido, la estructura de los dos modelos (…) es aún más preocupante, ya que se ubica al Ministerio Público como parte integrante del Poder Judicial, que si bien lo aleja de la tradicional influencia del Poder Ejecutivo, resulta también criticable, pues conlleva el riesgo de confundir su función específica con los aspectos jurisdiccionales, a la par que desvirtúa su calidad de parte en el procedimiento."219 (Subrayas fuera de texto).

1. El legislador, igualmente, contempló el modelo guatemalteco, en el cual "el servicio se presta a través de defensores de planta, con estabilidad en el cargo y remuneración fija",220 pero prefirió, en su raciocinio, no adoptarlo. De hecho, en la propia exposición de motivos, se

indicó que era preferible un modelo en el que se permitiera la participación de particulares, entre otras cosas, porque con ello se evitaba la burocratización del sistema. Así fue explicado este punto:

“Por lo expuesto y teniendo en cuenta las carencias presupuestarias de los países latinoamericanos, la importancia de que el sistema de defensoría pública sea flexible y que incorpore al servicio a abogados con diferentes experiencias profesionales, se considera conveniente recurrir a sistemas mixtos, con la finalidad de aprovechar el aporte del Estado y lograr al mismo tiempo, una mayor participación de los abogados particulares. Ello resulta beneficioso, porque cuando la defensa está únicamente en manos de funcionarios del Estado, el servicio puede tornarse burocrático.”221 (Subraya fuera de texto)

1. Pero no solamente en la exposición de motivos se revisaron estos asuntos. También en el marco del debate surgió la discusión sobre ellos. Así, por ejemplo, puede advertirse cómo, en el segundo debate que se llevó a cabo en la Plenaria de la Cámara de Representantes, el 11 de mayo de 2004, un congresista llamó la atención respecto de la forma en que estaba prevista, en el proyecto de Ley, la vinculación de los defensores públicos. Al respecto, recordó que la Fiscalía General de la Nación cuenta con funcionarios nombrados a través de la carrera administrativa, y que ello debería hacerse igualmente con los defensores públicos. Pues, al tiempo que a los primeros se les garantizaba de manera adecuada la estabilidad laboral, a los segundos no.222 En respuesta, el ponente del proyecto de ley comentó que (i) el aludido proyecto estaba respaldado por el Acto Legislativo 03 de 2002,223 y que (ii) la forma de contratación de los defensores públicos había demostrado ser eficiente en el pasado y por ello no era bueno abandonarla.224

1. Todo lo dicho permite concluir que, en efecto, dentro del debate que se surtió sobre el proyecto que a la postre se convirtió en la Ley 941 de 2005, se tomó en consideración la forma en que serían vinculados los defensores públicos. Y luego de revisar sistemas de otros países, se llegó a la conclusión de que lo mejor sería que tales defensores ejercieran como

contratistas. Esto se decidió en el marco de un debate amplio, público y razonado. Luego, con su actuar, el legislador no parece haber obrado de manera caprichosa ni arbitraria.

1. Tercera razón. Porque si bien el sistema de carrera -se ha dicho en esta providencia- es sumamente importante dentro del Estado Social de Derecho y es la regla general en lo que se refiere a la selección de empleados públicos, los contratistas que fungen como defensores públicos no están incluidos en esa categoría, pues son particulares que prestan un servicio público. De allí se sigue que el legislador no estaba obligado, necesariamente, a establecer un sistema de carrera administrativa dirigido a nombrar a esos profesionales del derecho.

1. De cualquier manera, al margen de lo anterior, el mérito tampoco ha sido absolutamente desconocido por el legislador al regular el Sistema Nacional de Defensoría Pública. Pues los defensores públicos, aun cuando no se consideren servidores del Estado -tal y como se ha visto- sí deben acreditar unas condiciones mínimas y objetivas para ser contratados. Esas condiciones, a la luz de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 941 de 2005, deben ser establecidas por el Defensor del Pueblo a través de un reglamento. En la respuesta brindada por la Defensoría del Pueblo a las preguntas formuladas por el Magistrado Sustanciador en esta causa, se indicó que actualmente esos requisitos están contemplados en la Resolución 1801 de 2022, expedida por esa entidad. Sobre este punto no puede perderse de vista que uno de los principios que inspiran el Sistema Nacional de Defensoría Pública es el de la "selección objetiva", según el cual, "[l]as personas jurídicas y naturales que contraten con el Sistema Nacional de Defensoría Pública serán escogidas de acuerdo con los principios de transparencia y selección objetiva."225

1. En conclusión, el legislador decidió -en uso de su libertad y haciendo un análisis de conveniencia- que los defensores públicos serían contratistas que prestarían un servicio público. Esta fue una elección del legislador que no contradice, específicamente, los contenidos del artículo 125 de la Constitución. Especialmente porque de este último artículo no se sigue que todo el que preste un servicio público deba ser reconocido como un

empleado público y, en consecuencia, deba ser nombrado, necesariamente, a través de un sistema de carrera. De cualquier manera, en el proceso de contratación de defensores públicos el Estado sí está obligado a orientarse por móviles objetivos y no políticos.

Segundo cargo: la presunta vulneración de los artículos 25 y 53 de la Constitución Política

1. En la interpretación del demandante, el artículo 26 (parcial) de la Ley 941 de 2005 también contribuye a la precarización del trabajo. Esto porque la suscripción de contratos de prestación de servicios con defensores públicos, implica la vulneración de sus derechos laborales. El demandante enfatizó en que la defensoría pública es una función permanente y, por tanto, debería ser ejercida por empleados públicos y no por contratistas. Por lo anterior, adujo que la norma demandada infringe los artículos 25 y 53 de la Constitución Política.

1. Como se ha podido observar en detalle, el artículo demandado establece que los defensores públicos serán contratistas. Y como ha quedado claro, el contrato de prestación de servicios es constitucional siempre que se use correctamente y no encubra auténticas relaciones laborales. El contrato de prestación de servicios es una figura válida, que además ha pasado por varias revisiones de constitucionalidad y no ha desaparecido del sistema jurídico. De hecho, mediante esa modalidad el Estado busca cumplir sus finalidades, especialmente cuando el personal de planta no deba o no pueda ejecutar ciertas tareas.

1. Para el efecto -se recuerda- el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 señala que las entidades estatales contratan con el ánimo de lograr “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.”226 Luego, el hecho de que el legislador hubiere acudido a la figura de los contratos de prestación de servicios para crear un cuerpo de defensores públicos no sería inconstitucional per se. Lo sería si lo hubiere hecho con el ánimo de desconocer derechos

laborales. En efecto, lo que ha reprochado la Corte Constitucional en su jurisprudencia -se resalta- es que a través de contratos de prestación de servicios se vinculen personas subordinadas o dependientes, para el cumplimiento de funciones permanentes que podrían desarrollarse por el personal de planta.

1. Estando claro lo anterior, lo que sigue es determinar si el legislador, al adoptar la figura de los contratos de prestación de servicios para contratar defensores públicos, promovió el desconocimiento de derechos laborales. Por razones metodológicas, esta Sala se referirá, en primer lugar, a las razones por las cuales las siguientes expresiones se consideran constitucionales: "mediante la figura del contrato de prestación de servicios profesionales"; "de acuerdo con las normas previstas en el Estatuto de Contratación Estatal"; y "[l]os contratos de prestación de servicios profesionales especializados […] no dará lugar en ningún caso a vinculación laboral con la Institución". Acto seguido, en segundo lugar, se referirá a las razones por las que se estima constitucional la posibilidad de establecer, en dichos contratos de prestación de servicios, cláusulas de exclusividad.

1. Las expresiones "mediante la figura del contrato de prestación de servicios profesionales"; "de acuerdo con las normas previstas en el Estatuto de Contratación Estatal"; y "[l]os contratos de prestación de servicios profesionales especializados […] no dará lugar en ningún caso a vinculación laboral con la Institución", contenidas en el artículo 26 de la Ley 941 de 2005, no son contrarias a los artículos 25 y 53 de la Constitución política por las siguientes tres razones, a saber:

1. Primera razón. Porque, aunque la defensa técnica de personas que no pueden contratar un abogado por sus propios medios, en procesos penales, parece ser permanente, lo cierto es que la ley 941 de 2005 estableció que esta tarea, encargada a abogados contratistas, no sería realizada por parte de los empleados públicos de la entidad.

1. En efecto, ya se recordó en esta providencia que en la Sentencia C-614 de 2009 se estableció que, para identificar si una actividad contratada en la modalidad de prestación de servicios era permanente, debían revisarse algunos criterios.227 De ellos, en este caso, no se cumplen el funcional, el de la igualdad, y el de la excepcionalidad. Esto porque en la actualidad no existe un solo cargo o empleo público, dentro de la planta de la Defensoría del Pueblo, encargado de la defensa técnica de los inculpados en procesos penales. Luego, el legislador no está promoviendo que funciones propias de los empleados de planta sean ejecutadas por los contratistas. A esto se suma que -como se señaló en el capítulo que antecede- la defensoría pública es, en estricto sentido, un servicio público, de allí que pueda ser prestada por particulares.

1. De otra parte, aunque algunos contratos de prestación de servicios suscritos con defensores públicos puedan ser prorrogados o adicionados -y ello pueda afectar prima facie el criterio temporal y el de la continuidad-, de acuerdo con la Defensoría del Pueblo -en su respuesta dada a esta causa-, eso ha ocurrido acatando “las limitantes que sobre el particular impone la ley 80 de 1993”. Particularmente, sobre este último argumento, debe resaltarse que lo que debe concentrar la atención de la Sala es si la norma demandada vulneró la Constitución, y no si la norma ha sido aplicada correcta o incorrectamente por Defensoría del Pueblo. En tal sentido, el contratista que advierta un uso indebido del contrato de prestación de servicios con él suscrito, podrá acudir a las vías legales diseñadas para el estudio de ese tipo de situaciones.

1. Segunda razón. Porque la decisión del legislador, al establecer que los defensores públicos serán contratistas, se adoptó con el ánimo de fortalecer el sistema de defensoría pública, dado que el modelo de la defensoría de oficio había sido ineficiente en el pasado. En esto, la preocupación central del legislador fue establecer un modelo de defensoría robusto, que le permitiera al procesado ubicarse en un plano de igualdad con la Fiscalía General de la Nación. Esta idea se inserta en la lógica del sistema penal de corte acusatorio donde, como se ha señalado previamente, los derechos del inculpado cobran mayor relevancia que en un sistema penal de corte inquisitivo. A partir de esta consideración, puede sostenerse que el

propósito del legislador fue establecer un mecanismo a través del cual se pudiera prestar de modo eficiente el servicio de defensa técnica, en los términos previstos en el artículo 209 de la Constitución Política. Sobre este punto, además, no debe olvidarse que el legislador analizó la opción de establecer que los defensores públicos se reconocieran como empleados públicos, pero desechó esa idea dado que se estimó ineficaz.

1. Tercera razón. Porque al establecer que los defensores públicos serían contratistas, el legislador no procuró desconocer sus derechos laborales. De hecho, en el modelo establecido por el legislador, los defensores públicos no actúan como representantes del Estado, sino como representantes de una persona en concreto que carece de defensa técnica. En efecto, el requisito esencial, que separa a un contrato de prestación de servicios de una relación laboral, es la autonomía e independencia con que cuenta el profesional del derecho para fijar su estrategia de defensa. Aspecto que fue central al momento de definir que los defensores públicos se contratarían a través de esa figura.

1. Sobre esto, es preciso recordar que en las vinculaciones de naturaleza laboral se presenta, además de la prestación personal de un servicio y un salario, una subordinación que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia "se ha definido como un poder de sujeción jurídica y material, que faculta al empleador para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato."228

1. Este tipo de subordinación es la que no puede promover el legislador en los contratos de prestación de servicios. Pues la lógica de estos últimos es que el contratista desarrolle sus tareas con independencia y autonomía. Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que dada la autonomía aludida, el contratista no debería "recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades".229 Sin embargo, -continúa esa alta corporación- "[en los contratos de prestación de servicios] no está vedada una coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes o establecer medidas de supervisión o vigilancia, siempre que dichas

acciones no desborden su finalidad, y conviertan tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo”.230

1. Sobre esto mismo se ha pronunciado el Consejo de Estado, al decir que la subordinación, en términos estrictos, corresponde a “(…) la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio”.231 En esa misma providencia, el Consejo de Estado recordó que para valorar la existencia de una relación subordinada era importante establecer si al contratista se le imponía la prestación del servicio en un lugar específico, o si debía cumplir horarios. Al mismo tiempo, sostuvo que era imperioso analizar si el contratante ejercía algún poder o control directo sobre las tareas llevadas a cabo por el contratista. Esto para indagar si aquel actuaba de manera autónoma e independiente en la ejecución de sus oficios. Así se refirió sobre este aspecto esa alta Corporación:

“(…) la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.”232

1. Así las cosas, mientras en la relación laboral, por cuestiones jerárquicas, el trabajador se encuentra sometido a las decisiones y órdenes de su empleador, en el contrato de prestación

de servicios esa jerarquía no se presenta.

1. Dicho todo esto, se tiene que el artículo 26 de la Ley 941 de 2005 señala que los defensores serán contratados por medio de la modalidad de “prestación de servicios”, y que ello se hará “de acuerdo con las normas previstas en el Estatuto de Contratación Estatal”. La autonomía e independencia del contratista es, en efecto, una de las condiciones esenciales de dicho contrato. Y ello es reconocido en la misma Ley 941 de 2005 cuando, en su artículo 30, resalta que el defensor público tiene el derecho de “ejercer su labor con independencia”. En otras palabras, el legislador buscó garantizar la autonomía e independencia del defensor público en la ejecución de sus obligaciones contractuales, dado que, entre otras cosas, estimó necesario evitar que los referidos defensores dependieran del Estado y tuvieran que actuar bajo su poder subordinante.

1. Con esa decisión, y a manera de conclusión, la ley y, en concreto, los fragmentos demandados, no pretendieron ocultar relaciones laborales bajo el ropaje de los contratos de prestación de servicios, sino, al contrario, evitar que los actos del defensor público se dieran en nombre del Estado. Con ello, no se trasgreden los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, máxime cuando esta Corte ya ha establecido que entre los contratos de prestación de servicios y las vinculaciones de orden laboral existen marcadas y evidentes diferencias que, en principio, no son contrarias a la Constitución.

1. La posibilidad de que en los contratos de prestación de servicios se pacten cláusulas de exclusividad no necesariamente es contraria a los artículos 25 y 53 de la Constitución política, por las siguientes razones:

1. Primera razón. Porque el establecimiento de cláusulas de exclusividad no necesariamente supone la existencia de una relación subordinada. En efecto, uno de los fragmentos demandados señala que, en los contratos de prestación de servicios, suscritos con los

defensores públicos, pueden pactarse cláusulas de exclusividad. Luego de habérsele consultado a la Defensoría del Pueblo sobre este tipo de cláusulas, esa entidad indicó que, actualmente y a pesar de la facultad que otorga el fragmento demandado, en ninguno de los contratos de prestación de servicios suscritos con defensores públicos se ha pactado una sola cláusula de exclusividad. Esto ha ocurrido porque los términos en que está redactado el enunciado normativo son facultativos y no imperativos. En efecto, el inciso segundo del artículo demandado sostiene que estos contratos "podrán suscribirse con cláusula de exclusividad". De esa manera, entre las partes podría pactarse ello porque así lo permite la ley, pero también podría no hacerse.

1. Esta Corte advierte, siguiendo las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, que, si bien las cláusulas de exclusividad pactadas en contratos de prestación de servicios pueden ser un indicio de un contrato realidad, aquellas no son el único elemento que deben tener en cuenta los jueces a la hora de definir si un contrato de prestación de servicios realmente encubre una relación laboral.233 De hecho, en algunos escenarios, la Corte Suprema de Justicia ha concluido que la inclusión de cláusulas de exclusividad en los contratos, no necesariamente implica que la prestación del servicio se dio de forma subordinada. Al respecto, puede revisarse la Sentencia SL1699-2023, donde se advirtió lo siguiente:

"(…) a juicio de la Sala se considera que, en efecto, las instrucciones dadas por el contratante, la exclusividad exigida respecto de no permitir asesorías en relación con otras empresas aseguradoras, así como la disponibilidad en la atención del servicio se encuentran permitidos dentro de la actividad prestada por el demandante, sin que ello implique subordinación puesto que en la ejecución de la labor, la asistencia de siniestros de por sí se trata de una actividad que exige un mínimo de disponibilidad y directrices propias en el trato de los clientes de la compañía, acordes con la oferta por aquellos presentada. La ejecución de la labor se evidencia autónoma en la medida en que, conforme lo encontró probado la juez de segunda instancia, tenía libertad para seleccionar los casos en los cuales prestaba su asistencia y asesoría, pues así se estableció al valorar las declaraciones que obran en el proceso, ya que los casos eran relacionados en un chat en la aplicación whatsapp y el profesional atendía el mismo, teniendo también la opción de no atenderlos.

[…]

Hace entonces claridad la Sala que si bien se estipuló una disponibilidad y exclusividad en la prestación del servicio en las cláusulas del contrato, es el desarrollo y ejecución de la actividad la que marca las pautas en el análisis de la autonomía, la libertad y la no subordinación.”234

1. Segunda razón. En determinados casos, muy concretos, el establecimiento de cláusulas de exclusividad puede ser razonable. En efecto, la facultad de pactar este tipo de cláusulas puede buscar el cumplimiento eficaz de la defensa técnica, en aras de salvaguardar el derecho al debido proceso del inculpado. Además, la inclusión de este tipo de cláusulas puede (i) consultar la voluntad de las partes y, prima facie, (ii) no pretende ocultar relaciones auténticamente laborales.

1. Con todo, a pesar de las consideraciones aludidas, esta Corte es enfática en sostener que las cláusulas de exclusividad no pueden propiciar relaciones laborales. Puede que, en algunos casos muy particulares, un contrato de prestación de servicios involucre prácticas de subordinación (contrariando así lo dispuesto en esta providencia y en la Ley 80 de 1993). En tal caso, el defensor público que así lo considere, podrá acudir a la jurisdicción con el ánimo de que allí se analice si, con base en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, lo que se presentó en su caso fue una relación laboral. Por supuesto, ese será un estudio que solo podrá hacerse caso a caso pues la Corte, en esta instancia, no es competente para analizar esas cuestiones.

Tercer cargo: la presunta vulneración del artículo 13 de la Constitución Política

1. El demandante sostiene que los fragmentos censurados desconocen el derecho a la igualdad. En concreto, señala que existe un trato discriminatorio, a partir del cual se perjudica a un grupo (los defensores públicos) y se le otorga un privilegio a otro (los "procuradores judiciales", los "empleados de las personerías" y los "fiscales"). El trato diverso consiste en que los primeros serían vinculados a través de contratos de prestación de servicios y los segundos lo serían a través de sistemas de carrera. Esto, aunque todos ellos presten funciones públicas, y busquen la defensa del interés público en procesos judiciales. A partir de estas similitudes relevantes -sostuvo el accionante- debería asignarse a todos un trato paritario en su nombramiento. Sin embargo, la Sala concluye que los sujetos comparados no se encuentran en idénticas condiciones. Y que las similitudes que se mencionan por el actor no son más relevantes que la diferencia que los separa.

1. Esa diferencia fundamental consiste en que el servicio prestado por los defensores públicos no se compara con las funciones previstas para los empleados públicos ni servidores del Estado, por las razones expuestas en esta sentencia. Al tiempo que sus servicios se desarrollan con autonomía e independencia. De manera que dentro de un proceso judicial ellos no fungen como representantes del Estado, sino de la persona a quien defienden. El defensor, en términos precisos, es una de las partes que se enfrentan en el marco del proceso judicial. Y lo hace en favor de un particular que, por sus condiciones económicas y materiales, está en la imposibilidad de contratar los servicios personales de un abogado.

1. En contraste, la función de quienes laboran para la Fiscalía General de la Nación es distinta. Ese órgano tiene la obligación de "adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo".235 La Fiscalía es, entonces, la encargada de perseguir el delito como

expresión del ius puniendi del Estado. En los términos del artículo 116 de la Constitución Política, ese órgano se encarga de administrar justicia. Aspecto que fue reconocido por esta Corte en la Sentencia C-1092 de 2003 donde se advirtió, adicionalmente, que los fiscales eran funcionarios judiciales. Esto supone que dichos funcionarios, contrario a lo que ocurre con los defensores, actúan en nombre del Estado con el objeto de proteger bienes jurídicos presuntamente vulnerados por algunos ciudadanos. Si bien deben respetar los derechos fundamentales de las personas, su función primordial no es defenderlas dentro del proceso, sino perseguir el delito e investigarlo.

1. De otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 277.7 de la Constitución, una de las funciones que tiene la Procuradora General de la Nación, y que puede ejercer a través de sus delegados o agentes, es la de "intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales".236 En el artículo 109 de la Ley 906 de 2004 se incluye un mandato casi idéntico, pero dirigido a los procesos penales exclusivamente. Allí se dispuso que "[e]l Ministerio Público intervendrá en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales".237 Y en el artículo 111 ibidem se delimitaron las funciones de aquellos procuradores judiciales, entre las que se encuentran las de buscar que en el proceso penal (i) no se afecten garantías fundamentales, (ii) se logre acceder a la verdad y a la justicia, (iii) se proteja el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, o (iv) "(…) se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado".238

1. Respecto de las calidades que tiene el representante del Ministerio Público dentro del proceso penal acusatorio, adoptado en el Acto Legislativo 03 de 2002 y regido por la Ley 906 de 2004, se ha dicho que este no es un sujeto procesal. En efecto, su calidad es la de un órgano propio que ni ejerce la acción penal ni se dedica a la defensa del procesado. Su presencia, simplemente, se reduce a cumplir los mandatos establecidos en el artículo 277 de la Constitución.239 Así las cosas, los procuradores judiciales defienden intereses públicos. No

defienden, propiamente, al procesado y por tanto no se erigen como parte. De allí que, al ejercer sus funciones, también actúan en nombre del Estado y no de un particular.

1. Finalmente, en lo que se refiere a los personeros municipales y distritales, opera el mismo argumento anterior. El inciso segundo del artículo 109 de la Ley 906 de 2004 establece que "los personeros distritales y municipales actuarán como agentes del Ministerio Público en el proceso penal y ejercerán sus competencias en los juzgados penales y promiscuos del circuito y municipales y ante sus fiscales delegados, sin perjuicio de que en cualquier momento la Procuraduría General de la Nación los asuma y en consecuencia los desplace."240 En el mismo sentido, el artículo 178 de la Ley 136 de 1994 establece que una de las funciones de los personeros es la de: "[i]ntervenir eventualmente y por delegación del Procurador General de la Nación en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales." (Subraya fuera de texto). Con todo, como se advierte, los personeros en estos casos también actúan en nombre del Estado. No se trata de personas que puedan constituirse en parte dentro del proceso judicial, y su función tampoco se dirige, exclusivamente, a proteger las garantías del procesado.

1. Por todas estas razones, y especialmente por la autonomía e independencia que tienen los defensores públicos en el ejercicio de sus tareas de defensa técnica, estos últimos no son reconocidos como voceros del Estado o como sus empleados. La autonomía de los defensores sirve como garantía para la protección del derecho al debido proceso de una persona que, en su calidad de procesado, se enfrenta al ius puniendi del Estado.

1. Esta importante diferencia que existe entre los defensores públicos y los demás funcionarios citados por el actor, es determinante para asignar a ellos un tratamiento distinto. En consecuencia, al no ser comparables los sujetos en cuestión, no es del caso continuar con la siguiente fase del test de igualdad planteado. En esencia, porque no se trata de sujetos que, encontrándose en un escenario asimilable, hubieren sido tratados de modo

distinto. Más bien se trata de sujetos que están en un escenario diferente y, precisamente por ello, han recibido de manera justificada un tratamiento distinto.

E. Síntesis de la decisión

1. La Corte Constitucional conoció una demanda instaurada contra el artículo 26 (parcial) de la Ley 941 de 2005. En interpretación del actor, los fragmentos atacados desconocían (i) el principio de la carrera administrativa contenido en el artículo 125 de la Constitución Política, y (ii) los derechos laborales reconocidos en los artículos 25 y 53 ibidem. Todo esto porque ordenan que a los defensores públicos se los contrate por medio de la modalidad "prestación de servicios". Además, añadió que los enunciados normativos vulneraban (iii) el derecho a la igualdad cuando, en lo relativo a la forma de vinculación, discriminaba a los defensores públicos en relación con el trato asignado a otros funcionarios de carrera del Estado.

1. Antes de resolver de fondo el asunto, la Sala abordó dos cuestiones previas. En la primera, la Corte se ocupó de estudiar la aptitud sustancial de la demanda. Se refirió a los reparos que había formulado el Departamento Administrativo de la Función Pública sobre la aptitud de la demanda, y encontró que aquella cumplía, prima facie, los requisitos argumentativos mínimos exigidos por la Corporación, de manera insistente, desde la Sentencia C-1052 de 2001. En la segunda, resaltó que en este caso no se configuró la cosa juzgada constitucional. Ello porque en la Sentencia C-551 de 2019, aunque se analizó el mismo artículo demandado en esta causa, la Corte se declaró inhibida tras advertir que la demanda no era apta.

1. En lo que respecta al análisis del problema jurídico, y luego de recordar las reglas que rigen la carrera administrativa, el derecho al trabajo -en relación con el contrato de prestación de servicios- y el derecho a la igualdad, la Sala concluyó que: (i) los enunciados normativos demandados no desconocían los artículos 125 y 13 de la Constitución Política; y (ii) el hecho de vincular a los defensores públicos a través de contratos de prestación de

servicios, no vulneraba los derechos laborales de estos.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

ÚNICO.- DECLARAR la EXEQUIBILIDAD de las expresiones “mediante la figura del contrato de prestación de servicios profesionales”; “de acuerdo con las normas previstas en el Estatuto de Contratación Estatal”; y “[l]os contratos de prestación de servicios profesionales especializados podrán suscribirse con cláusula de exclusividad y no dará lugar en ningún caso a vinculación laboral con la Institución”, contenidas en el artículo 26 de la Ley 941 de 2005, por los cargos analizados en esta providencia.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

DIANA FAJARDO RIVERA

Presidenta

Aclaración de voto

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

Ausente con permiso

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

Con Salvamento parcial de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Ausente con permiso

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

A LA SENTENCIA C-307/23

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por el pleno de esta corporación,

presento las razones por las cuales salvo parcialmente el voto respecto de la Sentencia C-307 de 2023. Esa providencia declaró exequibles las expresiones “mediante la figura del contrato de prestación de servicios profesionales”; “de acuerdo con las normas previstas en el Estatuto de Contratación Estatal”; y “[l]os contratos de prestación de servicios profesionales especializados podrán suscribirse con cláusula de exclusividad y no dará lugar en ningún caso a vinculación laboral con la Institución”, contenidas en el artículo 26 de la Ley 941 de 2005, por los cargos analizados en esa decisión.

Si bien acompañé la declaratoria de exequibilidad pura y simple de las normas que regulan la forma de vinculación de los defensores públicos mediante contrato de prestación de servicios públicos, me aparté de la postura mayoritaria relacionada con la constitucionalidad de la expresión “y no dará lugar en ningún caso a vinculación laboral con la Institución”. Considero que dicho contenido normativo configura una presunción contraria a lo dispuesto en el artículo 53 superior y afecta los derechos laborales de los trabajadores vinculados mediante contrato de prestación de servicio, en los casos en que estos encubran una relación laboral. A continuación, presento los argumentos que fundan mi postura.

1. El artículo 53 de la Constitución como límite del legislador en materia laboral. La Corte ha establecido que este principio cumple dos finalidades: i) funcionar como un mecanismo de preservación del ordenamiento jurídico laboral, al impedir que derechos de orden público y de naturaleza cierta e indiscutible sean desconocidos por las partes a través de actos simulados que pretendan ocultar la realidad de una relación de trabajo. Adicionalmente, ii) impedir el desconocimiento de las garantías mínimas de los trabajadores a través de formas contractuales que buscan prescindir de la aplicación de las normas protectoras y evadir la tutela que brinda el derecho laboral241.

2. Esta corporación ha expresado que dicho postulado es de aplicación concreta, subjetiva y específica242. Sin embargo, también ha indicado que hace parte de un conjunto de reglas mínimas laborales, las cuales deben ser respetadas en todas circunstancias e imponen una limitación a la libertad de la configuración normativa del legislador en materia laboral243. En este sentido, si bien el derecho al trabajo es de textura abierta, la potestad de configuración

normativa de aquel no es absoluta y su grado dependerá de si se trata de hacer efectivas las políticas públicas de empleo o si se centra en la protección de derechos subjetivos al trabajo244. De esta manera, “si la ley pretende regular las particularidades de la relación de trabajo y las condiciones individuales en las que se desenvuelve la relación empleador y trabajador, el margen de libertad se reduce porque se limita al cumplimiento de requisitos constitucionales mínimos obligatorios y exigibles por vía judicial”245. Por lo tanto, “el Legislador goza de libertad para para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, pero no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales.”246 (Énfasis agregado).

3. Estas reglas y subreglas jurisprudenciales resultan de especial importancia en la regulación de los contratos de prestación de servicios con entidades estatales. Lo anterior, porque dichas normativas concretan la protección de los derechos de los servidores públicos y la defensa de los intereses generales247. Por lo tanto, este tribunal ha establecido que esta modalidad de contratación debe utilizarse “para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.”248. Bajo ese entendido, solo puede acudirse a la mencionada forma contractual cuando: i) se trate de tareas específicas diferentes de las funciones permanentes de la entidad, ii) la función de administración no puede ser suministrada por las personas vinculadas laboralmente a la entidad y iii) se requieran conocimientos especializados249.

4. De la misma manera, la jurisprudencia ha precisado las características del contrato de prestación de servicios de la siguiente manera: “a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del

contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.”250 (Énfasis agregado). Conforme a lo expuesto, el análisis de constitucionalidad de normas que regulen el derecho al trabajo debe considerar la existencia de los riesgos superiores de distorsión del contrato de prestación de servicios y su utilización fáctica para reemplazar o disfrazar verdaderas relaciones laborales. Al respecto la Corte ha establecido que: “(…) la ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo. Tal detenimiento resulta explicable por las graves implicaciones que tiene para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales.”

5. En relación con la materia estudiada por la Corte en esta oportunidad, la Sentencia C-154 de 1997 analizó un caso similar. En concreto, examinó la constitucionalidad del inciso tercero del artículo 31 de la Ley 80 de 1993. Aquel consagra que el contrato de prestación de servicios en ningún caso genera relación laboral ni prestaciones laborales. En esa oportunidad, la corporación estableció la exequibilidad de la norma acusada, “salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”. Lo anterior al considerar que el legislador no configuró una presunción en derecho que no admita prueba en contrario, sino que el afectado puede demandar por vía judicial el reconocimiento de la existencia de vínculo laboral, así como las consecuencias derivadas de dicha relación251. Es en ese escenario en el que el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades tiene plena operancia y no puede desconocerse.

6. La expresión “y no dará lugar en ningún caso a vinculación laboral con la Institución” era inconstitucional. Contrario a lo expresado por la postura mayoritaria, la mencionada expresión era inconstitucional. En efecto, si bien el legislador tiene un amplio margen de configuración en la regulación de las modalidades de los vínculos de trabajo y pueden existir diferentes tipos según las necesidades del servicio, si está en el ámbito público, existen garantías superiores mínimas que limitan su potestad legislativa, en especial cuando se trata de concretar la protección del derecho subjetivo al trabajo. Tal y como lo expuse

previamente, uno de los mecanismos de protección del derecho al trabajo es el principio de realidad sobre las formas.

7. De esta manera, la norma al establecer que “en ningún caso” el contrato de prestación de servicio configura una vinculación laboral, consagra una presunción con vocación absoluta que es contraria al artículo 53 superior. Lo expuesto, porque desconoce la garantía de los trabajadores de hacer valer la prevalencia de la realidad sobre las formas. En efecto, tal previsión excede los límites de regulación del contrato de prestación de servicios y admite una interpretación que se proyecta a cualquier escenario, incluido el judicial, en el que se discuta la existencia de un vínculo laboral. Tal aspecto dificulta la materialización de las garantías superiores en materia laboral, en el sentido de que dificulta el reconocimiento de una relación laboral encubierta por un contrato de prestación de servicios.

8. Conforme a lo anterior, la expresión acusada establece la prevalencia de la formalidad de un vínculo que en realidad puede encubrir una relación laboral y de esta manera, hace nugatoria cualquier reclamación judicial. La postura mayoritaria no tuvo en cuenta que en los eventos en que se configure una relación laboral en un contrato de prestación de servicios, el efecto normativo y garantizador del principio prevalece en aras de la protección del derecho al trabajo, sin reparar en la calificación o denominación formal del vínculo en el que se produce252 y así debe garantizarse por parte del juez constitucional.

9. Con fundamento en lo anterior, el remedio constitucional no era la declaratoria de inexequibilidad, puesto que la norma acusada permite que los contratos de prestación de servicios genuinos no generen relación laboral, en el marco del cumplimiento estricto de los presupuestos de dicha modalidad contractual. Sin embargo, la expresión “en ningún caso” puede interpretarse en el sentido de que también cobija escenarios en los que dicha figura se utiliza para encubrir relaciones laborales. Por tal razón, tal y como lo resolvió la Sentencia C-154 de 1997, en este caso, dicha interpretación era inconstitucional y el remedio para superar el desconocimiento de la Carta era declarar la exequibilidad condicionada de la

expresión “y no dará lugar en ningún caso a vinculación laboral con la institución” en el entendido de que no aplica cuando se acredite la existencia de una relación laboral.

En los anteriores términos presento mi salvamento parcial de voto respecto de la Sentencia C-307 de 2023.

Fecha ut supra

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-307/23

Referencia: expediente D-15.018.

Asunto: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 26 (parcial) de la Ley 941 de 2005, “Por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública”.

Magistrado ponente:

1. Mediante Sentencia C-307 de 2023, la Corte estudió una demanda contra el artículo 26 de la Ley 941 de 2005, el cual define a los defensores públicos como aquellos abogados vinculados mediante contrato de prestación de servicios para proveer la asistencia y la representación en favor de personas que, por sus condiciones, se encuentran en circunstancias de desigualdad manifiesta para proveerse, por sí mismas, la defensa de sus derechos.

1. Luego de reiterar el alcance de la carrera administrativa, el derecho al trabajo y el principio a la igualdad, la Sala concluyó que los enunciados normativos no desconocían los artículos 125 (carrera administrativa) y 13 (principio de igualdad) de la Constitución. También determinó que el hecho de vincular a los defensores públicos a través de contratos de prestación de servicios no vulneraba sus derechos laborales.

1. Acompañé esta decisión pues coincido en que el ordenamiento constitucional no prohíbe que la planta de defensores públicos sea contratada mediante la figura de prestación de servicios. También coincido en que esta forma de contratación no es, por sí misma, contraria a la Constitución Política. No obstante, aclaré el voto para profundizar tres ideas que considero relevantes: (i) el argumento para descartar el juicio de igualdad resulta problemático al asumir que la defensa pública solo satisface intereses particulares; (ii) la

necesidad de fortalecer el sistema de la Defensoría del Pueblo y (iii) la posibilidad de que, a futuro, el Legislador diseñe un sistema de carrera para este fin, sin que ello implique afectar la autonomía de los defensores públicos.

1. El argumento para negar el juicio de igualdad resulta problemático. La Sentencia C-307 de 2023 descartó el cargo de igualdad, bajo la premisa de que los defensores públicos no son comparables a otros grupos de empleados, como los procuradores judiciales o los fiscales. La diferencia radicaría en que los defensores públicos no fungen como representantes del Estado, sino de la persona a quien defienden (párr. 170), mientras que los procuradores y fiscales actúan a nombre del Estado y no de un particular (párrs. 171 y 173).

1. Bajo este razonamiento la Sala no entró a estudiar el cargo por violación del principio de igualdad, pues lo descartó de entrada al considerar que no eran sujetos comparables. Aunque estoy de acuerdo en que la demanda no demostró por qué los grupos de sujetos eran equiparables, me parece problemático el argumento que construyó la providencia para descartar el juicio de igualdad.

1. La clasificación que propone la sentencia entre intereses particulares y del Estado es confusa, pues en estos asuntos confluyen fines tanto del Estado en sentido estricto, como de la sociedad en su conjunto y de los particulares. De hecho, la participación de la Procuraduría General en el proceso penal no se ha entendido como una representación del Estado, sino sobre todo como garante de los derechos ciudadanos y representante de la sociedad253. En el mismo sentido, la misión de la Fiscalía General no se reduce al ejercicio punitivo del Estado, sino a la garantía más amplia de los derechos de las víctimas e incluso de las personas procesadas a través de la correcta aplicación de la Constitución y la ley254.

1. Ahora bien, cuando los defensores públicos asumen la representación de personas marginalizadas255, no puede decirse que se trata únicamente de intereses particulares;

también corresponde a una función básica del Estado en atención al debido proceso y a la idea de un orden justo. Es más, la asistencia jurídica gratuita para las personas acusadas de un delito penal se estableció desde el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, el Comité de Derechos Humano ha explicado que el abogado proporcionado por el Estado deberá ser eficaz en la representación del acusado, so pena de implicar la responsabilidad del Estado256. En la misma dirección, el artículo 8(2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce "el derecho inalienable a ser asistido por un abogado otorgado por el Estado, remunerado o no según lo disponga la ley interna", por lo que también compromete la responsabilidad del Estado. Por último, los Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica señalan que "los Estados deben considerar la prestación de asistencia jurídica como un deber y una responsabilidad"257.

1. De modo que la asistencia técnica a cargo de los defensores públicos no es una relación exclusiva entre el particular y su abogado, sino que involucra al Estado y a la credibilidad del sistema penal en su conjunto. Bajo esta óptica, la función de la Fiscalía General de la Nación, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo dentro de un proceso penal, en tanto partes procesales, sí podría ser objeto de comparación y habilitar un test de igualdad. Más aún, si el sistema acusatorio se erige sobre la premisa de igualdad de armas entre el ente acusador y la defensa. De todos modos, en tanto que la demanda no profundizó en esta explicación, el cargo de igualdad podría haberse rechazado por falta de aptitud sustantiva y habríamos llegado a un resultado similar al de la Sentencia, sin que esto suponga cerrar la puerta a futuras demandas que desarrollen un cargo apto en materia de igualdad.

1. La necesidad de fortalecer el sistema de defensa pública. En los párrafos 105 y siguientes, la Sentencia C-307 de 2023 hace un recuento histórico sobre la Defensoría del Pueblo y, en particular, sobre la importancia que cumple esta institución dentro del sistema penal acusatorio. Sin embargo, la asimetría entre la defensa pública y la acusación no es un hecho desconocido en nuestro país.

1. En la última visita de Relatora especial sobre la independencia de los magistrados y abogados al país (2010), esta tomó nota de que “los defensores públicos no son empleados permanentes de la entidad y se encuentran vinculados por contrato a la Defensoría del Pueblo por un término fijo durante el cual se le asignan los procesos por reparto”; por lo que entre sus recomendaciones finales incluyó la de “ampliarse el número de defensores públicos y mejorarse sus condiciones de trabajo, especialmente cuando deben trasladarse a regiones alejadas”258. A su vez, la Contraloría General de la República, en un balance sobre la implementación del sistema acusatorio en el año 2012, advirtió que, pese al aumento de los recursos destinados a la contratación de defensores públicos, entre 2005 y 2012, aún no son suficientes para vincular el número requerido para suplir la demanda. El número de defensores públicos ha crecido a una menor tasa en comparación a las asignaciones de servicio e inventarios finales de procesos. Esta situación ha llevado -advierte la Contraloría General- al incremento de la carga por defensor, superando los niveles óptimos para el funcionamiento y, de este modo, se ha originado un factor de riesgo para la cobertura, calidad y oportunidad del servicio de defensa pública259.

1. El déficit que evidencia el sistema de defensa pública contraviene el Acto Legislativo 03 de 2002, el cual señaló que para que el nuevo sistema pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, “deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública.” Este es un punto de preocupación que los intervinientes resaltaron al manifestar que las precarias condiciones de los defensores públicos no garantizan la protección del derecho al debido proceso de una persona que, en su calidad de procesado, se enfrenta al ius puniendi del Estado, representado por toda la maquinaria que tiene la Fiscalía General de la Nación a su disposición.

1. Las citas del debate legislativo que transcribe la providencia se refieren a la necesidad de superar la institución de la caridad y a los abogados de oficio para defender a las personas sin recursos. Pero de ello -me parece importante insistir- no se sigue que la mejor o la única forma de contratación válida deba ser mediante la prestación de servicios, como ocurre en la

actualidad con 3.708 defensores públicos vinculados mediante esta figura. Es constitucionalmente admisible fortalecer el mecanismo de defensa pública mediante un sistema de carrera que seleccione y contrate de manera permanente los abogados más calificados para esta función. Esa es una alternativa que bien podría explorar el Legislador en su margen de configuración y a la que esta decisión no le cierra la puerta. Lo que esta providencia concluyó fue que "el legislador no estaba obligado, necesariamente, a establecer un sistema de carrera administrativa dirigido a nombrar a esos profesionales del derecho" (párr. 145), pero no descartó tal modelo u otros posibles.

1. La vinculación por contrato de trabajo no menoscabaría la autonomía de los defensores públicos. Entre las razones que aportó la providencia para defender la exequibilidad de la norma es que, dentro del contrato de trabajo, por cuestiones de subordinación, el trabajador quedaría sometido a las decisiones y órdenes de su empleador; por lo que la autonomía e independencia del defensor público solo sería posible mediante el contrato de prestación de servicios (párrs. 157 y siguientes).

1. Aunque comparto la preocupación de la providencia por preservar la autonomía de los defensores públicos, para ello no es necesario recurrir a los contratos de prestación de servicios, como si fuese la única garantía de independencia. Para empezar, es preciso señalar que la autonomía de la Defensoría del Pueblo está consagrada desde la Carta Política que, en su artículo 283 la define como un ente autónomo administrativa y presupuestalmente. Tal naturaleza cobija a la Defensoría del Pueblo, en su conjunto, y evita los temores de que sus empleados puedan ser objeto de presiones indebidas en su misionalidad por parte de otros organismos o cuerpos del Estado.

1. Por otro lado, la subordinación que supone la relación laboral no anula la autonomía de los servidores públicos así vinculados, ni la discrecionalidad que implica el ejercicio de una profesional liberal como lo es el derecho. Al respecto, el Consejo de Estado ha explicado que "en la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la

subordinación que impera en la relación laboral privada; aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, en los cuales se consagran los deberes, obligaciones, prohibiciones etc. a que están sometidos los servidores públicos”260. Así, el compromiso último del defensor público es con la Constitución y la ley, y los derechos de su defendido, por lo que la subordinación que acarrea un contrato de trabajo no debe entenderse como un obstáculo a su ejercicio profesional.

1. Es válido, además, que los defensores públicos sean capacitados y que existan directrices institucionales para abordar determinados asuntos. Tales protocolos no necesariamente anulan la libertad y la autonomía con la que los defensores públicos abordan las particularidades de cada caso. De aceptarse la tesis que sugiere la ponencia, según la cual la relación laboral es incompatible con el ejercicio libre de la abogacía, significaría ello que ni los fiscales, ni los procuradores, ni los jueces podríamos ser empleados públicos, pues tal condición supondría una subordinación que anula la autonomía en el ejercicio de la función pública. Esta no es una conclusión válida.

1. En los anteriores términos, si bien acompañó la decisión de exequibilidad de la norma acusada, me parece importante insistir en la necesidad de fortalecer el sistema de defensa pública. De modo que la igualdad de armas en la que se soporta el sistema penal acusatorio sea una realidad tangible, especialmente para aquellas personas marginalizadas que no pueden proveerse, por sí mismas, la defensa de sus derechos. Con esta sentencia, la Corte determinó que el Legislador no estaba obligado a proveer todos los cargos de los defensores públicos mediante una vinculación laboral específica, pero tampoco cerró la posibilidad a un sistema de carrera u otras formas de fortalecer el modelo de defensa pública.

Fecha ut supra,

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

1 Diario Oficial No. 45.791 de enero 14 de 2005.

2 Expediente D-15.018. Documento “Demanda del ciudadano Álvaro Quintero Sepúlveda”. P, 2.

3 Ibidem. Página 7.

4 Ibidem. Página 10.

5 Ibidem.

6 Ibidem. Página 11.

7 Ibidem.

8 Expediente D-15.018. Documento “Demanda del ciudadano Álvaro Quintero Sepúlveda”. P, 11.

9 Ibidem. Página 13.

10 Ibidem.

11 Ibidem. Página 7.

12 Ibidem.

13 Ibidem. Página 3.

14 Expediente D-15.018. Documento “Auto que Inadmite, Admite la demanda”.

15 Expediente D-15.018. Documento “CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO - AUTOD-15018 DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 2022”.

16 Expediente D-15.018. Documento “Corrección de la Demanda”.

17 Ibidem.

18 Expediente D-15.018. Documento “Auto que Rechaza, Admite la demanda y decreta la práctica de pruebas”.

19 Expediente D-15.018. Documento “Respuesta a oficio OPC-001 – Defensoría del pueblo”.

20 Escrito remitido el 10 de febrero de 2023.

21 Ibidem. P, 6.

23 Ibidem. P, 10.

24 Ibidem. P, 7.

25 Ibidem. P, 10.

26 Ibidem. P, 8.

27 Decreto 2067 de 1991, artículo 7. De todas estas intervenciones, 14 llegaron antes de que se dispusiera el término de fijación en lista, mediante Auto del 27 de febrero de 2023; 3 llegaron en el término de fijación en lista, y 1 llegó de manera extemporánea (Carlos Andrés Barbosa Torrado).

28 Este ciudadano únicamente remitió un correo electrónico a la Corte Constitucional, el 24 de enero de 2023, informando que coadyuvaba “la demanda presentada por defensores públicos de Medellín”.

29 Decreto 2067 de 1991, artículo 13.

30 Escrito enviado el 19 de enero de 2023.

31 Escrito enviado el 24 de enero de 2023.

32 Correo enviado el 24 de enero de 2023. Allí simplemente menciona que coadyuva la demanda.

33 Escrito enviado el 25 de enero de 2023.

34 Escrito enviado el 10 de febrero de 2023.

35 Escrito enviado el 5 de febrero de 2023.

36 Escrito enviado el 16 de febrero de 2023.

37 Escrito enviado el 16 de febrero de 2023.

38 Escrito enviado el 15 de febrero de 2023.

39 Escrito enviado el 3 de febrero de 2023.

40 Escrito enviado el 10 de febrero de 2023.

41 Escrito enviado el 10 de febrero de 2023.

42 Escrito enviado el 10 de febrero de 2023.

43 Escrito enviado el 26 de mayo de 2023.

44 Escrito enviado el 3 de febrero de 2023 por el ciudadano Vladimir Ramírez Perdomo. P, 3.

46 Escrito enviado el 15 de marzo de 2023.

47 Escrito enviado el 14 de marzo de 2023.

48 Escrito enviado el 17 de enero de 2023.

49 Escrito enviado el 20 de febrero de 2023 por la Universidad.

50 Ibidem. P, 6.

51 Ibidem. P, 9.

52 Ibidem. P. 19.

53 Escrito enviado el 14 de marzo de 2023.

54 Ibidem. P, 4.

55 Ibidem. P, 5.

56 Ibidem. P, 8.

57 Escrito enviado el 10 de febrero de 2023.

58 Escrito enviado el 15 de marzo de 2023.

59 Ibidem. P, 7.

60 Escrito enviado el 15 de marzo de 2023.

61 Ibidem. P, 8.

62 Ibidem. P, 10.

63 Ibidem. P, 11.

64 Ibidem. P, 16.

65 Escrito enviado el 14 de marzo de 2023.

66 Ibidem. P, 7.

67 Escrito enviado el 15 de marzo de 2023.

68 Ibidem. P, 12.

69 Escrito enviado el 15 de marzo de 2023.

70 Ibidem. P, 19.

71 Escrito enviado el 10 de marzo de 2023.

72 Ibidem. P, 31.

73 Ibidem. P, 36.

74 Escrito enviado el 17 de marzo de 2023.

75 Según informe de la Secretaría General de la Corte Constitucional, la Procuradora General de la Nación, a través del Procurador Auxiliar de Asuntos Constitucionales, Juan Sebastián Vega Rodríguez, remitió concepto de la Vista Fiscal dentro de término legal previsto para tal efecto, esto es, el 20 de abril de 2023.

76 Expediente D-15.018. Documento "Concepto – Procuradora General de la Nación".

77 Constitución Política. Artículo 241. "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (…) 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación".

78 Constitución Política. Artículo 40, inciso 6. "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: // 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley". Artículo 241, inciso 4: "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: // 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación".

79 Decreto 2067 de 1991. Artículo 2. "Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda".

80 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-645 de 2000. En esta providencia se indicó lo siguiente: "[e]n criterios generales, las razones de la demanda deben explicar de manera coherente (i) una contradicción entre la norma impugnada y la Constitución (ii), la cual debe

originarse directamente de lo acusado (iii), puesto que la incompatibilidad debe encontrarse en la norma y no en un juicio subjetivo de la misma. Ahora bien, esta última condición no significa que la Corte Constitucional debe desconocer diferentes interpretaciones de la norma, pues son relevantes en el juicio constitucional todas las interpretaciones posibles que surgen objetiva y directamente de la norma, pero no le sirven al proceso constitucional aquellos entendimientos derivados única y exclusivamente del criterio subjetivo del operador jurídico. Finalmente, las razones de la inconstitucionalidad deben ser estrictamente jurídicas (iv), pues la protección y supremacía de la Carta Colombiana se desarrolla a partir de un modelo jurisdiccional, en donde el juez constitucional realiza una comprobación de la contradicción entre dos normas, una de las cuales prevalece formal y materialmente."

81 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-515 de 2019.

82 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-471 de 2006, C-988 de 2006, C-990 de 2006, C-1033 de 2006, C-111 de 2007, C-314 de 2007, C-316 de 2007, C-645 de 2012, C-386 de 2014, C-957 de 2014 y C-052 de 2015.

83 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-295 de 2021.

84 Ibidem.

85 Ibidem.

86 Ibidem.

87 Concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública. P. 17.

88 Ibidem.

89 Ibidem. P. 25.

90 Ibidem.

91 Ibidem. P. 26.

92 Ibidem. P. 27.

93 Ibidem.

95 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia C-085 de 2022.

96 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia C-162 de 2021.

97 Constitución Política. Artículo 243, inciso primero.

98 Cfr., Corte Constitucional. Sentencias C-374 de 2002, C-258 de 2008, C-146 de 2017, C-351 de 2017, C-106 de 2018, C-250 de 2019, C-265 de 2019 y C-118 de 2020, entre otras.

99 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2019.

100 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-102 de 2022.

101 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-503 de 2020.

102 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-102 de 2022.

103 Constitución Política. Artículo 125, inciso 4.

104 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-102 de 2022.

105 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-503 de 2020 y C-102 de 2022. En la Sentencia C-503 de 2020 esta Corporación reconoció que "incluso en los empleos de libre nombramiento y remoción, sin desconocer la facultad discrecional del nominador, debe materializarse el principio del mérito, considerando que además de la verificación previa de los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo público, el margen amplio de apreciación reconocido al nominador para la nominación del servidor público o para su desvinculación, no sólo se concibe en pro de la selección de las personas de su confianza, sino también adecuadas para el correcto ejercicio de la función".

106 Constitución Política. Artículo 125.

107 Constitución Política. Artículo 150. "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (…) Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos".

108 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-102 de 2022.

109 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-395 de 2020.

110 Ibidem.

111 Ley 909 de 2004. Artículo 19, numeral 1. Decreto 770 de 2005. Artículo 2.

112 Ley 909 de 2004. Artículo 1.

113 Ibidem. Artículo 5.

114 Principal pero no únicamente porque, de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución, "[l]a ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio." En otras palabras, los particulares en determinados casos pueden desempeñar funciones públicas. En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-739 de 2002. Allí indicó que "[p]or regla general la función pública se presta por parte del personal de planta perteneciente a una entidad estatal, y sólo de manera excepcional y en los casos previstos en la ley, aquélla puede ser desarrollada por personas que se vinculan a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios."

115 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 4 de mayo de 2017. Sobre esto, el Consejo de Estado ha reconocido que "la Constitución prevé tres formas de vinculación con el Estado a saber: (i) a través de una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos; (ii) mediante una relación contractual laboral, en la cual están los trabajadores oficiales y; (iii) por medio de una relación contractual de carácter estatal, configurada por los contratos de prestación de servicios".

116 Ley 80 de 1993. Artículo 2 –numeral 3-. "Se denominan servicios públicos: // Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines."

117 Cfr, Corte Constitucional. Sentencia C-185 de 2019.

118 Ibidem.

119 Ibidem.

120 Ibidem. La cita corresponde a la Sentencia del 19 de noviembre de 2008, radicación 11001-03-26-000-2007-00029-00 (33964), proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del Consejo de Estado.

121 Cfr, Corte Constitucional. Sentencia C-185 de 2019.Citando la Sentencia C-037 de 2003.

122 Ibidem. Citando la Sentencia C-037 de 2003.

123 Ley 80 de 1993. Artículo 2, numeral 3.

124 Ley 80 de 1993. Artículo 3, inciso 1. “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.”

125 Ibidem.

126 Ley 80 de 1993. Artículo 32.

127 Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. Sandra Ibarra. Sentencia del 4 de mayo de 2017.

128 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-056 de 1993. “Quien celebra con un ente público un contrato administrativo de prestación de servicios, sólo adquiere como autor del acuerdo el carácter de titular de una relación contractual y, en el circunscrito universo del convenio, se convierte en un específico centro de intereses. No se transforma en empleado público ni en trabajador del Estado. El régimen del empleado público y de su responsabilidad se encuentra definido y regulado minuciosamente en la ley y no es materia de contrato. La subordinación del empleado y del trabajador oficial se opone a la independencia y autonomía del mero contratista del Estado. En fin, la situación legal y reglamentaria (empleado público) y laboral (trabajador), no son en modo alguno equivalentes ni asimilables a la posición que

ostenta el contratista independiente.

129 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-078 de 2023.

130 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-056 de 1993.

131 Constitución Política. Artículo 53.

132 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-078 de 2023.

133 Definición disponible en Web: https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang–es/index.htm

134 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-212 de 2022.

135 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-078 de 2023.

136 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-078 de 2023.

137 Sobre el particular, el artículo 6 del PIDESC, establece que "[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho." Igualmente, el artículo 7 del mismo instrumento, informa que el trabajo debe prestarse en condiciones equitativas, que aseguren: (i) una remuneración justa, (ii) igualdad en el salario frente a trabajos de igual valor, (iii) condiciones dignas, (iv) espacios seguros y con buena higiene (v) la posibilidad de promoción, (vi) y el descanso periódico.

138 Constitución Política. Artículo 54.

139 Constitución Política. Artículo 334, inciso 2.

140 En la Sentencia C-588 de 1997, se dijo sobre el particular que "si bien este derecho implica el obtener un empleo, ello no quiere decir que esta prerrogativa establezca una obligación de dar ocupación a todo ciudadano que se encuentre en condiciones de trabajar, principio interpretativo que se debe aplicar también en forma más rigurosa en el ámbito de la función pública.". Así mismo, en la observación General No. 18 del Comité de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, se indicó que “[e]l derecho al trabajo es un derecho individual que pertenece a cada persona, y es a la vez un derecho colectivo. Engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario. El derecho al trabajo no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo. El párrafo 1 del artículo 6 contiene una definición del derecho al trabajo y el párrafo 2 cita, a título de ilustración y con carácter no exhaustivo, ejemplos de las obligaciones que incumben a los Estados Partes. Ello incluye el derecho de todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo. También supone no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo y el derecho de acceso a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso a empleo. Además, implica el derecho a no ser privado injustamente de empleo.”

142 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.

143 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-739 de 2002. “[l]a persona que contrata con el Estado no adquiere por ese solo hecho la categoría de empleado público o de trabajador oficial y, por tanto, la subordinación del empleado y del trabajador oficial se opone a la independencia y autonomía de que gozan los contratistas de prestación de servicios, de tal forma que la situación legal y reglamentaria de los primeros no es equivalente ni asimilable a la posición que ostenta el contratista independiente.”

144 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.

145 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

146 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-056 de 1993. Allí se sostuvo que “[l]a condición de contratista independiente de quien es parte en un contrato administrativo de prestación de servicios – así como la prohibición de que su contenido equivalga o se asimile a la de un contrato de trabajo – no permite calificarlo como destinatario de los indicados principios mínimos referidos en el citado artículo 53 de la Constitución política. De otra parte, esos principios – remuneración mínima vital y móvil, estabilidad en el “empleo”, adiestramiento y descanso necesario etc. -, no se concilian con las notas de autonomía e independencia que caracterizan la ejecución de las prestaciones a que se obliga el contratista y al objeto y economía del contrato que, salvo los elementos imperativos de derecho público que eventualmente se incorporen – resultan en últimas moldeados y precisados en todos sus contornos por las partes, sin que por fuera de sus estipulaciones pueda postularse – desde la

ley – un mínimo prestacional.”

147 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

148 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-056 de 1993. “De acuerdo con las notas legales del contrato administrativo de prestación de servicios, la actividad humana que la persona natural o jurídica se obliga a ejecutar en favor del ente público, no puede realizarse “bajo la continuada dependencia o subordinación” de éste último. La relación laboral no puede en efecto ser objeto de un contrato de prestación de servicios (D 222 de 1983, art. 168). En el plano legal, frente a la entidad administrativa debe entenderse siempre un contratista independiente. La administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo. De crearse un acto semejante o de producirse su mutación en ese sentido, se ingresa en el campo de la patología de este típico contrato administrativo y en la ilegalidad de la correspondiente actuación o práctica administrativa, sin perjuicio de los derechos y garantías del trabajo que aun bajo este supuesto haya podido realizarse”.

149 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-094 de 2003. “Como puede advertirse, el contrato de prestación de servicios es una modalidad de contrato estatal que se suscribe con personas naturales o jurídicas con el objeto de realizar actividades desarrolladas con la administración o funcionamiento de una entidad pública pero tratándose de personas naturales, sólo puede suscribirse en el evento que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad o en caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores.”

150 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009. Allí se cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 9 de abril de 1991, M.P. Dr. Ernesto Jiménez Díaz.

151 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009. La Corte Constitucional recordó que “no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes”.

152 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.

153 Ibidem.

154 Ibidem.

155 Ibidem.

156 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 2012.

157 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-094 de 2003. "[Si a través de un contrato de prestación de servicios se encubre una relación laboral] se desconocen múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (124)."

158 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016.

159 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-295 de 2021.

160 Constitución Política. Artículo 53.

161 Ibidem.

162 Constitución. Artículo 40.7. Derecho igualmente reconocido en el numeral 1 del artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, al decir que todos los ciudadanos deben "(...) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

163 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-319 de 2010.

164 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-295 de 2021 y C-432 de 2020. A su turno, revísense las Sentencias C-862 de 2008, C-818 de 2010, C-629 de 2011, C-250 y C-1021 de

2012, C-015, C-239, C-240 y C-811 de 2014, C-329 de 2015, C-104 y C-335 de 2016, y C-015 de 2018.

165 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-295 de 2021.

166 Ibidem.

167 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-345 de 2019. “Está dirigido a verificar que la actividad legislativa se ejerza dentro del marco de razonabilidad y que, por ende, no se adopten decisiones arbitrarias o caprichosas. Así, para que una norma sea declarada constitucional, la medida que trae un trato diferente debe ser potencialmente adecuada para alcanzar una finalidad que no esté prohibida constitucionalmente”.

168 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-345 de 2019. “(…) ordena que el fin sea constitucionalmente importante y que el medio para lograrlo sea efectivamente conducente. Además, se debe verificar que la medida no sea evidentemente desproporcionada”.

169 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-345 de 2019. “(…) evalúa (i) si el fin perseguido por la norma es imperioso; (ii) si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma; y, por último, (iii) si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto”.

170 Ley 52 de 1984. Artículo 1, numeral 1.

171 Ley 52 de 1984. Artículo 1, numeral 1, literal c.

172 “Por el cual se establece el servicio de Defensoría Pública de Oficio, se provee a su funcionamiento y se crea la División respectiva en el Ministerio de Justicia”

173 Decreto 53 de 1987. Artículo 1.

174 Gaceta Constitucional No. 38 del 5 de abril de 1991. Página 13.

175 Asamblea Nacional Constituyente. Informe de la sesión de la Comisión Cuarta del día 4 de abril de 1991. P. 38.

176 Ibidem. Pp. 39-40.

177 Ibidem. P. 37.

179 Asamblea Nacional Constituyente. Informe de la sesión de la Comisión Cuarta del día 23 de abril de 1991. P.54 y 77.

180 Asamblea Nacional Constituyente. 12 de junio de 1991. Informe de la Sesión Plenaria del día 3 de junio de 1991. P. 66.

181 Constitución Política. Artículo 282.4.

182 Ley 24 de 1992. Artículo 21. Inciso 3.

183 Ley 24 de 1992. Artículo 22.

184 Decreto 2700 de 1991. Artículo 141.

185 Esta aclaración es importante, porque la figura de los defensores de oficio solo desapareció paulatinamente cuando se adoptó la Ley 941 de 2005. Allí se reconoció, en el artículo 32, que: "[s]ólo hasta el 31 de diciembre de 2005 se podrá designar como defensores, sin contraprestación alguna, a los profesionales inscritos en el Registro Nacional de Abogados, cuando no existiere o no fuere posible nombrar un defensor público."

186 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2021.

187 Ibidem.

188 Ibidem.

189 Ibidem.

190 Ibidem.

191 Constitución Política. Artículo 29, inciso 4.

192 Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 11 -numeral 1-. "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su

culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

193 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14.3. Estas mismas garantías se encuentran en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

194 Ley 941 de 2005. Artículo 1. En el artículo 12 de la misma Ley se sostiene que: “El Sistema Nacional de Defensoría Pública prestará su servicio en materia penal”.

195 Ibidem. Artículo 2. Principalmente porque también puede prestar su servicio a personas que, aunque tengan medios para sufragar un apoderado particular, no puedan hacerlo por causas de fuerza mayor. En ese caso, este tipo de personas deberán pagar la defensa que se les brinde.

196 Ibidem. Artículos 3 a 10.

197 Ibidem. Artículo 13.

198 Ibidem. Artículo 15.

199 Ibídem. Artículos 16 y 33.

200 Ibidem. Artículo 17 y 34.

201 Ley 941 de 2005. Artículo 26.

202 Ibidem.

203 Ibidem. Artículo 27.

205 Ibidem. Artículo 28.

206 Ibidem. Artículo 30.

207 Ibidem. Artículo 31.

208 Ibidem. Artículos 36 y siguientes.

209 Ibidem. Artículos 40 y siguientes.

210 Ley 941 de 2005. Artículo 13.

211 Ibidem. Artículo 1.

212 Ibidem. Artículo 2.

213 Ibidem. Artículo 13.

214 Debe recordarse, además, que en principio ningún empleado público puede fungir como abogado a efectos de ser apoderado dentro de un proceso judicial. Al respecto, recuérdese la prohibición general contenida en el artículo 29 de la Ley 1123 de 2007 referente a que "[n]o pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos: // 1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones". La Corte Constitucional, en la Sentencia C-1004 de 2007, se pronunció sobre esta prohibición de la manera que sigue: "(…) lo establecido en el numeral primero del artículo 29 cumple varios propósitos pero se orienta, en particular, a asegurar la dedicación exclusiva de los servidores públicos al ejercicio de sus funciones. Lo anterior concuerda con lo dispuesto, a su turno, por el numeral 11 del artículo 34 del Código Disciplinario Único de conformidad con el cual es deber de los servidores públicos "[d]edicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales." De este modo, se restringe el ejercicio privado de la profesión bajo la aplicación del principio de eficacia pero también en consideración de los principios de neutralidad e imparcialidad en el sentido de asegurar la dedicación exclusiva de los servidores públicos al ejercicio de sus funciones y, por otro lado, impedir que los servidores públicos profesionales de la abogacía – que estén debidamente inscritos – incurran en situaciones que puedan originar conflictos de intereses".

215 Gaceta del Congreso del 23 de julio de 2003. P.7.

216 Ibidem. P. 8.

217 Cámara de Representantes. Gaceta 340 del 23 de julio de 2003. P, 2.

218 Ibidem. P. 6.

219 Ibidem.

220 Ibidem.

221 Ibidem.

222 Cámara de Representantes. Gaceta 336 del 12 de julio de 2004. P. 23. La intervención completa, sobre este punto, fue la siguiente: “ya no en términos de economista sino más, en el término del que analiza, la Función Pública, los Fiscales que acusan están en Carrera Administrativa, tienen una Carrera Judicial, son personas nombradas por el Fiscal General de la Nación a término indefinido como empleados públicos y tienen la responsabilidades del empleado público, así el actual Fiscal hoy tenga que pasar por la triste situación de tener que acusar y encarcelar a los que él mismo nombró, en una situación bastante paradójica, de todas maneras esos funcionarios que hoy nombró y tienen que ser llevados a los estrados Judiciales, por ayudar a la mafia y al paramilitarismo, lo son en un sentido agravado, porque es que, hacían sus presuntos, como dice la prensa hoy, sus presuntos ilícitos bajo la calidad de empleado público, es decir: Les cae mucho más allá el peso de la ley que cualquier ciudadano, porque todo Fiscal es un empleado público, eso no solamente en contra sino también a favor, siendo empleado público, entonces, tiene estabilidad laboral, puede ejercer, sin presiones, se supone el ejercicio de acusar a los ciudadanos tratar de hacerlo de la mejor manera, sobre él no recae la posibilidad de que lo despidan a menos que presiones políticas u otro tipo de presiones provoque digamos una extorsión muy grande en la Fiscalía, pero en teoría la ley protege al Fiscal, incluso, hay tratados internacionales, que protegen a los Magistrados y a los Fiscales, pero si en el proyecto de ley, en el caso de los Defensores Públicos, estos no son empleados públicos, estos no están en ninguna carrera que les pueda dar una sostenibilidad laboral, dependen de contratos etéreos a término fijo, por tanto, terriblemente presionables por situaciones políticas o de otro tipo, mucho más que un Fiscal vinculado a término indefinido, si estos además no tienen las mismas escalas salariales, en tanto lo que reciben es una contraprestación, por el contrato a término fijo, incluso, inferior a

la que recibe un salario, en salarios un Fiscal, pues también desde este punto de vista, la Defensoría del Pueblo no podría vincular la suficiente capacidad técnica, moral e intelectual para equiparar lo que hay en el Poder acusatorio de la Fiscalía, entonces, hay un segundo elemento no solamente presupuestal sino incluso en la técnica misma de la construcción de la Defensoría Pública, que la colocaría en desventaja del poder Acusatorio del Estado."

223 Ibidem. P. 24. El ponente sostuvo sobre esto que: "Sería imposible, y lo quiero reconocer doctor Petro, que en Colombia exista igualdad en las partes, pero por lo menos lo que nosotros hemos estudiado en sistemas comparados del mundo, este es un sistema interesante, está blindado de alguna forma por el Acto Legislativo que cambia el Sistema de investigación criminal en Colombia, por qué, en el Acto Legislativo, nosotros, todos ustedes aprobamos que no se puede iniciar el proceso nuevo acusatorio, mientras no se le aseguren los recursos a la Defensoría. (…)"

224 Ibidem. P. 25. El ponente dijo que: "El sistema, y con esto termino la pregunta del doctor Petro, el sistema de contratación ha sido eficiente doctor Petro, ha sido un sistema que le ha servido a la Defensoría Pública, si usted o cualquiera de ustedes hacen una consulta sobre el esquema de Defensoría Pública en sus departamentos, van a encontrar que es un servicio público que de alguna manera es reconocido por los ciudadanos."

225 Ley 941 de 2005. Artículo 9.

226 Ley 80 de 1993. Artículo 3.

227 Supra 93 – 95.

228 Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL545 de 2023. También en la Sentencia SL1577-2023, la Corte Suprema de Justicia, basándose en lo dispuesto en la Recomendación 198 de la OIT, procuró identificar algunos indicios que darían cuenta de la llamada subordinación. Esos indicios serían los siguientes: "(…) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario

del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)".

229 Ibidem.

230 Ibidem. Una de las formas de coordinación previstas en la Ley 941 de 2005, consiste en el establecimiento de un escenario de discusión que se llevaría a cabo en las denominadas "barras de defensores públicos" (art. 42). Esta es una reunión en la que los defensores discuten diversos temas jurídicos y que tiene por propósito enriquecer el conocimiento de los defensores a través de un ejercicio dialógico, y no imponerles líneas de defensa específicas. De hecho, la idea es que cada defensor cuente con una amplísima discrecionalidad respecto de la forma en que asume cada caso.

231 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo -Sección Segunda-. Radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016). Sentencia del 9 de septiembre de 2021.

232 Ibidem.

233 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL3345-2021. "[…] en la reciente sentencia CSJ SL1439-2021 la Corte recopiló varios indicios que la jurisprudencia ha identificado, sin que ello, se reitera, se entienda como reglas exhaustivas dado el carácter dinámico y circunstancial de las relaciones de trabajo, pero que se relacionan con los mencionados en el referido instrumento internacional, así: (…) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021) […]".

234 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL1699-2023.

235 Constitución Política. Artículo 250.

236 Constitución Política. Artículo 277.

237 Ley 906 de 2004. Artículo 109.

238 Ley 906 de 2004. Artículo 111.

239 Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 30592. Sentencia del 5 de octubre de 2011.

240 Ley 906 de 2004. Artículo 109.

241 Sentencia C-185 de 2019 M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

242 Ibidem.

243 Sentencia C-614 de 2009 M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

244 Ibidem.

245 Ibidem.

246 Ibidem; reiterado en Sentencia C-171 de 2012 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

247 Sentencia C-171 de 2012 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

248 Ibidem.

249 Sentencia C-154 de 1997 M.P Hernando Herrera Vergara; reiterado en Sentencia C-171 de 2012 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

251 Sentencia C-154 de 1997 M.P Hernando Herrera Vergara.

252 Ibid.

253 Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), artículo 111.

254 Ibidem, artículo 116.

255 Ley 941 de 2005, artículo 2.

256 Comentario general núm. 32 del Comité de Derechos Humanos, 2007.

257 ONU (2012). Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la

asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/13-86673_ebook-Spanish.pdf

258 Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva. 16 de abril de 2010. A/HRC/14/26/Add.2

259 Contraloría General de la República (2012). Evaluación de gestión y resultados del sistema nacional de la Defensoría pública 2005-2012.

260 Consejo de Estado. Sentencia de 6 de marzo de 2008, Exp. 2002-00244 (2152-06) M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.