Sentencia C-588-09

ACTO LEGISLATIVO DE INSCRIPCION EXTRAORDINARIA EN CARRERA ADMINISTRATIVA SIN PREVIO CONCURSO-Inconstitucional por sustitución parcial y temporal de la Constitución

La sustitución temporal y parcial de la Constitución ha sido detectada con fundamento en el examen estricto que la Corte debe adelantar siempre que las modificaciones introducidas a la Constitución, so pretexto de reformarla, carezcan del carácter permanente propio de las constituciones, exceptúen supuestos normativos en ellas establecidos y afecten su índole escrita, mediante la producción de cambios tácitos que, sin reflejarse en los textos, incidan en ellos para restringir los derechos o las situaciones favorables a los asociados, establecidas por el Constituyente Primario, sobre todo en aspectos considerados axiales o definitorios de nuestro Estado Social de Derecho. En el caso concreto del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008 la Corte observa que la sustitución parcial y temporal ha operado en razón al reemplazo del contenido del artículo 125 superior por otro integralmente distinto, la sustitución de aquellos contenidos constitucionales que tienen relación directa con la carrera administrativa y finalmente, la afectación de la supremacía constitucional, del principio de separación de poderes y de la pretensión de universalidad de las reglas, evidenciada por la no superación del test de efectividad, razón por la que la Corte considera que, ante tal concurrencia de motivos, no tiene alternativa diferente a la declaración de inconstitucionalidad de la pretendida reforma que excepciona y suspende importantes contenidos de la Constitución.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Alcance de la competencia de la Corte Constitucional/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Extensión del examen a los vicios de competencia/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO REFORMATORIO DE LA CONSTITUCION-Parámetros de control

Si bien la Constitución le confiere a la Corte Constitucional competencia para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Carta, sólo por vicios de procedimiento en su formación, cuando la misma le asigna el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional, no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia, de donde se deduce que el parámetro para controlar la constitucionalidad de los actos reformatorios de la Carta está conformado por las disposiciones del Título XIII de la Constitución, que constituyen una limitación competencial del poder de revisión,

por la cual, so pretexto de la reforma, el constituyente derivado o secundario no puede sustituir la Carta, porque, en tal caso, asumiría funciones propias del constituyente originario o primario. También constituyen parámetros de control los preceptos constitucionales y orgánicos pertinentes y las normas constitucionales que regulan la competencia en materia de reforma constitucional.

PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION POR EL CONGRESO-Alcance/PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION POR EL CONGRESO-Sujeto a límites materiales/PODER DE REFORMA-En el constitucionalismo colombiano tiene límites competenciales

Al analizar el sujeto calificado en el caso del poder de revisión, la Corte distinguió entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado y contrapuso el ejercicio pleno del poder político de los asociados, no sometido a límites jurídicos, propio del primero, a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado de modificar una constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, como lo característico del poder constituyente derivado, para concluir que el derivado es un poder constituyente, en cuanto se ocupa de la reforma de la propia Constitución, pero que, encontrándose instituido por la Carta vigente, es un poder limitado que actúa bajo las condiciones fijadas por ella misma, condiciones que comprenden lo relativo a los procedimientos y también los asuntos de competencia del sujeto investido para adelantar la reforma, de tal manera que la Carta solamente autoriza al poder de revisión para reformar la Constitución vigente, pero no para sustituirla por otra Constitución, lo cual sólo puede ser obra del constituyente originario.

CONSTITUCION POLITICA-Distinción entre insustituibilidad e intangibilidad

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Carga argumentativa se incrementa

La Corte ha advertido que cuando un ciudadano demanda una reforma constitucional por considerarla inconstitucional tiene la carga argumental de demostrar que la magnitud y trascendencia de dicha reforma conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra, exigencia por la que no basta con argumentar que se violó una cláusula constitucional preexistente, ni con mostrar que la reforma creó una excepción a una norma superior o que estableció una limitación o restricción frente al orden constitucional anterior.

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2008-Adiciona un parágrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución que prevé la inscripción extraordinaria en carrera administrativa y

sin previo concurso, de servidores nombrados en provisionalidad y en encargo en cargos de carrera

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2008-Constituye una sustitución parcial y temporal de la Constitución

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2008-Introduce modificaciones tácitas a la Constitución con incidencia directa sobre derechos fundamentales

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2008-Le adscribe a la Comisión Nacional del Servicio Civil atribuciones de reserva de ley

SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Concepto/SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Determinación/SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Configuración

La propia Corte ha reconocido que el de sustitución de la Constitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido a la Corporación sentar unas premisas a partir de las cuales, deberá avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. Como concepto, la sustitución es un reemplazo de la Constitución en términos materiales e implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra completamente distinta, y cuando se produce la sustitución se incorpora a la Constitución un nuevo elemento que reemplaza al originalmente adoptado por el Constituyente. Para establecer si hay o no sustitución, es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformatorio con una regla, norma o principio constitucional, sino para determinar si los principios anteriores y los introducidos son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles. La sustitución puede ser total cuando la Constitución como un todo, es remplazada por otra; o parcial, caso este último en el cual un eje definitorio de la identidad de la Constitución es reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente que torna imposible la armonización de la pretendida reforma con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible. En el caso concreto, la suspensión propiciada por el parágrafo demandado, no sólo se proyecta a la regulación de la carrera administrativa establecida en el artículo 125 y en el resto de disposiciones superiores referentes a los regímenes especiales de carrera, por la

interrupción del principio del mérito y del mecanismo del concurso público sino que por obra de la modificación operada, se interrumpe también de manera temporal el nexo intrínseco que la Corte ha encontrado entre la carrera y la realización de los fines del Estado y de la función pública en particular, así como la vigencia del artículo 40-7 que deja, durante cierto tiempo, de amparar el derecho de acceso al desempeño de cargos públicos a los ciudadanos que no ocupan en provisionalidad o por encargo los empleos de carrera a los que se refiere el artículo cuestionado, y lo propio cabe aseverar del derecho a la igualdad que, durante idéntico lapso temporal, dejará de aplicarse a los mismos ciudadanos y todo para otorgarle viabilidad al privilegio reconocido a los beneficiarios del ingreso automático a carrera, mediante la inscripción extraordinaria establecida en las condiciones del parágrafo acusado.

JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Antecedentes

JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-No es un juicio de intangibilidad/JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-No es un juicio de control material/JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Objeto/JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Elementos y etapas

El juicio de sustitución de la Constitución tiene por objeto evaluar la constitucionalidad de un Acto Legislativo, y comporta la confrontación entre lo modificado y la Carta anterior, no para determinar si hay diferencias, que siempre las habrá, sino para establecer si en realidad se oponen radicalmente y hay reemplazo, y dado que como la Constitución no prevé cláusulas pétreas, el de sustitución no es un juicio de intangibilidad y tampoco es un juicio de control material por cuya virtud se compare la modificación operada mediante reforma con principios constitucionales o provenientes del bloque de constitucionalidad. La Corporación ha puntualizado que para determinar, en el ámbito de la competencia, si el órgano que modificó la Carta era competente para modificarla en el sentido en que lo hizo o si no lo era y, so pretexto de la reforma, sustituyó la Constitución, se debe adelantar un examen que tenga, como premisa mayor, la enunciación de aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformatorio. A la fijación de la anterior premisa debe suceder el examen del acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos identificadores de la Constitución, a partir de los cuales se han aislado los parámetros del control, de manera que, al contrastar las anteriores premisas resulte posible verificar si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, así como establecer, finalmente, si se ha incurrido o no en un vicio de competencia. Para la fijación de la premisa mayor se debe enunciar, con suma claridad, cuál es el elemento reemplazado e indicar, a partir de múltiples referentes normativos, cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991, y, así mismo, evitar que algún artículo sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material.

CORTE CONSTITUCIONAL-Competencia para fijar la premisa mayor en juicio de sustitución de la Constitución

En relación con el juicio de sustitución de la Constitución le corresponde a la Corte asumir una carga argumentativa orientada a fijar la premisa mayor del juicio de sustitución que, una vez fijada, le debe permitir a la Corporación determinar si el elemento esencial definitorio ha sido reemplazado por otro y si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior. En la presente causa, se trata de establecer, las relaciones entre la regulación superior de la carrera administrativa y otros contenidos previstos en la Constitución, a fin de identificar las especificidades del elemento que se dice sustituido en la Carta de 1991.

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

SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Regla general/SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Principio constitucional/SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Desconocimiento puede constituir sustitución de la Constitución

La Corte Constitucional ha afirmado, con base en las previsiones constitucionales, que la carrera administrativa, en cuanto instrumento más adecuado ideado por la ciencia de la administración para el manejo del elemento humano en la función pública es la regla general que admite las excepciones expresamente contempladas en la misma disposición superior glosada, y su aplicación como mecanismo para el acceso al empleo público, tiene plena justificación. Asimismo, dentro de la estructura institucional del

Estado colombiano, la carrera administrativa es, un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución, cuando se la desconoce en conjunto con otras garantías constitucionales, y en el caso presente, la carrera administrativa no constituye un referente aislado, pues sus relaciones con distintos contenidos constitucionales se despliegan en tres órdenes, relativos al cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al respeto del principio de igualdad, todo lo cual demuestra que en el caso que ahora ocupa la atención de la Corte, la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución y que su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta adoptada en 1991.

SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Mérito como elemento esencial/SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Concurso como mecanismo para establecer el mérito/SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Concurso como regla para regular ingreso y ascenso/SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Ingreso automático quebranta el derecho a la igualdad

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

TEST DE EFECTIVIDAD DE LA REFORMA-Objeto

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

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO REFORMATORIO DE LA CONSTITUCION-Aplicación de test de efectividad de la reforma/ACTO LEGISLATIVO DE INSCRIPCION EXTRAORDINARIA EN CARRERA ADMINISTRATIVA SIN PREVIO CONCURSO-Constituye una decisión ad-hoc o puramente singular/ACTO LEGISLATIVO DE INSCRIPCION EXTRAORDINARIA EN CARRERA ADMINISTRATIVA SIN PREVIO CONCURSO-No supera test de efectividad de la reforma

Aplicado el test de efectividad de la reforma al Acto Legislativo que adiciona un parágrafo transitorio al artículo 125 superior, que para la Corte opera plenamente, no avala el carácter de reforma con el que se buscó presentar al artículo demandado, porque: de una parte, el parágrafo añadido dejó intacto el texto del artículo, y de otro lado, pese a las notables implicaciones del parágrafo demandado en el ámbito de sus efectos, el texto de los artículos 2, 13, 40-7, 53, 150, 209, para citar unos cuantos, permanece inalterado después de la supuesta reforma que el Congreso quiso introducir valiéndose del Acto Legislativo 01 de 2008, configurándose una modificación tácita que tiene lugar en la mayoría de los artículos mencionados que demuestra, fehacientemente, que el Congreso de la República quebrantó la Constitución, con el único propósito de imponer una decisión ad-hoc que beneficia a un grupo de personas y que, además, quiso amparar la efectividad de ese propósito colocándolo bajo el manto de una reforma constitucional que de tal, si acaso, únicamente tiene el nombre, por lo que la Corte insiste, en que este tipo de decisiones puramente ad-hoc desnaturaliza el poder de reforma a la Constitución al ser la materialización de una ruptura o quiebre temporal o incidental de la Carta".

CONSTITUCION POLITICA-Concepto/CONSTITUCION POLITICA-Elementos de formalización/CONSTITUCION POLITICA-Finalidades del carácter escrito/CONSTITUCION

POLITICA-Unicidad del texto/CONSTITUCION POLITICA-Carácter de permanencia

La Constitución es el orden jurídico fundamental expresado por un conjunto de normas que suelen tener base textual, mediante disposiciones reunidas en un documento formal, adoptado por el poder Constituyente originario. La formalización de las constituciones que de tal manera tiene lugar se vale, entonces, de dos elementos importantes: la escritura y la unidad documental o unicidad del texto, pues la Constitución, fuera de expresar por escrito los enunciados que conforman el orden jurídico fundamental del Estado constitucional, los reúne, concentra o codifica en un solo documento, sin que al efecto importe que los enunciados recogidos en el texto sean de diverso signo y respondan a diferentes criterios de clasificación, pues la Constitución más que una norma es un conjunto de normas o un cuerpo normativo. Las finalidades de la utilización de la escritura y de la codificación son las de fijar los contenidos básicos que fundan el ordenamiento jurídico y facilitar su conocimiento y consulta, sobre todo si, por su carácter normativo, la Constitución, se incorpora al sistema de fuentes del Derecho, está al alcance de todos y vincula a los poderes públicos y a los particulares. Asimismo, la formalización en un solo documento escrito también tiene el muy importante cometido de proporcionar certeza respecto del contenido de la Constitución y de afianzar la seguridad jurídica desde el más alto nivel del ordenamiento. La tendencia de permanecer con un contenido inalterado y en forma completa no se opone a la necesidad del cambio requerido por la variación histórica de las circunstancias ni a la consecuente actualización de los contenidos superiores del ordenamiento, que bien puede hallar su cauce en una interpretación dinámica o evolutiva de la Constitución escrita.

REFORMA CONSTITUCIONAL Y MUTACION DE LA CONSTITUCION-Diferencias

REFORMA CONSTITUCIONAL-Concepto/REFORMA CONSTITUCIONAL-Alcance/REFORMA CONSTITUCIONAL-Sentido/REFORMA CONSTITUCIONAL-Características

La reforma constitucional implica modificación de la Constitución adelantada por el órgano autorizado para reformarla y con apego al procedimiento previsto para el efecto, siendo la reforma que le compete al Congreso de la República aquella que puede contradecir el contenido de normas constitucionales, incluso de manera drástica, pero en la que el cambio no ha de ser tan radical que sustituya el modelo constitucional actualmente en vigor o que conduzca a reemplazar un eje definitorio de la identidad de la Constitución por otro opuesto o integralmente diferente. De ahí que no toda variación es susceptible de adscribirse en el concepto de reforma constitucional. La constancia de las modificaciones debe quedar expresamente consignada en los textos reformados con el objetivo de que se cumplan idénticos propósitos a los perseguidos por la Constitución original, esto es, escrita y vertida en un documento único, de manera que la

trasformación operada mediante el mecanismo de la reforma constitucional pueda ser conocida, genere la certeza acerca de su introducción en el cuerpo de la Carta y tenga, a partir de su vigencia, la vocación de permanencia que acompaña a la Constitución en su conjunto. Así pues, en concordancia con el carácter escrito de la Constitución, la reforma sea expresa y pierda toda oportunidad la introducción de modificaciones tácitas o de imposible, difícil o dudoso conocimiento, lo que a su vez implica la clara identificación de los textos que mediante los especiales procedimientos son sometidos a modificación y que, efectivamente, se produzcan transformaciones a tal punto verificables que la certeza acerca de aquello que rige, en la cima del ordenamiento y como Derecho superior del Estado, aflore con facilidad, acompañe la variación y sea prenda de garantía de la seguridad jurídica.

REFORMA CONSTITUCIONAL Y OTRAS FIGURAS JURIDICAS RELACIONADAS-Diferencias

DESTRUCCION DE LA CONSTITUCION-Concepto/SUPRESION DE LA CONSTITUCION-Concepto/QUEBRANTAMIENTO DE LA CONSTITUCION-Concepto/SUSPENSION DE LA CONSTITUCION-Concepto

Si bien la Corte ha destacado la distinción existente entre reforma de la constitución y la mutación, resulta importante puntualizar ahora que la doctrina ha desarrollado otras distinciones que pueden ser pertinentes para analizar, tales como la distinción entre reforma constitucional y la destrucción, la supresión, el quebrantamiento y la suspensión de la Constitución. Según la doctrina, la destrucción de la Constitución se produce cuando se suprime la Constitución existente y esa supresión está acompaña de la del poder constituyente en que la Carta se basaba, al punto que la ruptura del orden es absoluta y de su obra no cabe resquicio de continuidad jurídica. En la supresión de la Constitución se conserva el poder constituyente en que ésta se basaba, aunque también se produce resquebrajamiento de la continuidad jurídica, porque se suprime la Constitución, pero se da lugar a un cambio total de la Carta. En este caso, se advierte que la conservación de la referencia al poder constituyente en que se basaba la Constitución suprimida aproxima esta noción al concepto de sustitución de la Carta operada mediante reforma, pero en la modalidad de sustitución total. En consecuencia, la supresión encuadra en el concepto de sustitución que tradicionalmente ha manejado la Corte Constitucional, aún cuando procede aclarar que la jurisprudencia colombiana ha introducido matices en el concepto de sustitución al aludir a la posibilidad de sustituciones parciales o de sustituciones transitorias que no parecen encuadrar del todo en la categoría de la supresión, tal como la ha delineado la doctrina. El quebrantamiento de la Constitución, se define como la violación de prescripciones constitucionales para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas, siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor, ejemplo de lo cual sería la violación a título excepcional

de una prescripción legal-constitucional sin atender al procedimiento previsto para las reformas constitucionales, como cuando el ejecutivo disuelve el parlamento, aunque constitucionalmente no esté prevista esa disolución. Por último, la suspensión de la Constitución que tiene lugar cuando una o varias prescripciones son provisionalmente puestas fuera de vigor y puede presentarse sin contrariar la Constitución, cuando se observan las prescripciones a tal efecto previstas, como en el caso de los estados de excepción; pero también de manera inconstitucional si las prescripciones legal-constitucionales son puestas fuera de vigor sin que esta suspensión se encuentre prevista en una regulación legal-constitucional, o con desprecio de un procedimiento acaso previsto para realizarla. Cuando la suspensión, desde el principio, contraria a la Carta, esto es, se produzca sin que medie prescripción legal-constitucional alguna que prevea tal hipótesis, lo que derivaría en una suspensión inconstitucional de la Constitución, en esta hipótesis se infiere que la suspensión producida mediante reforma puede conducir a la sustitución de la Carta y que, por lo tanto, sustitución y suspensión son conceptos perfectamente conciliables.

PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO-No admite institucionalización total

INEXEQUIBILIDAD DE INSCRIPCION EXTRAORDINARIA EN CARRERA ADMINISTRATIVA-Efectos retroactivos

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Efectos retroactivos

Referencia: expediente D-7616

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008, “por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”

Demandante:

Mauricio Bedoya Vidal

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil nueve (2009)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El veinte de enero de 2009, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, el ciudadano Mauricio Bedoya Vidal demandó el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008, "por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política".

Mediante Auto del doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009), el Magistrado Sustanciador resolvió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia ordenó comunicar la demanda al Ministerio del Interior y de Justicia, al Departamento Administrativo de la Función Pública, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, al Presidente del Congreso de la República, al Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Rosario, Javeriana y Nacional, para que, si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de impugnar o defender la constitucionalidad del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda presentada.

A continuación se transcribe el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 47.214 de 26 de diciembre de 2008 y a la corrección realizada a través del Decreto 681 de 2009, publicada en el Diario Oficial No. 47.283 de 06 de marzo de 2009:

"ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2008

(diciembre 26)

Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

ARTICULO 1º. Adiciónese un parágrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así:

Parágrafo Transitorio. Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción.

Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente parágrafo.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa.

Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular."

III. LA DEMANDA

3.1. Disposiciones constitucionales que se consideran infringidas

El demandante considera que el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008 "por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política", contraviene lo dispuesto en los artículos 1, 2, 13, 40 Nums. 1º y 7º, 53, 125, 133, 209, 217, 218, 241 numeral 1º, 253, 268 Num. 10º, 279, 374, 379 y 380 de la Constitución Política.

3.2. Fundamentos de la demanda

A manera de consideración general, el actor empieza por señalar que la presente demanda de inconstitucionalidad tiene como propósito advertir sobre el vicio de competencia en el que incurrió el legislador al adoptar el Acto legislativo 01 de 2008, pues con ello se produjo la derogación o sustitución de la Constitución Política de 1991, en la medida en que se reemplazaron los elementos definitorios allí previstos para la institución de la carrera administrativa, cuando tal atribución se encuentra reservada, dentro de la organización del Estado, al constituyente primario.

Partiendo de esa consideración, sostiene como razones de inconstitucionalidad del

aparte normativo acusado, las siguientes:

– De acuerdo con la jurisprudencia constitucional existente en la materia, la facultad de reforma de la Carta Política que se radica en cabeza del Congreso es limitada, en tanto ésta no comprende la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad, como quiera que ello le corresponde exclusivamente al poder constituyente originario como depositario de la soberanía, una vez que se ha dictado la Constitución. En ese entendido, quien funge como reformador no es soberano y ejerce una competencia limitada por las normas adoptadas en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

– El concepto de sustitución hace referencia a la existencia de un fenómeno jurídico consistente en que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Carta Política es sustituido, esto es, reemplazado por otro contrario o completamente diferente, lo que de suyo ocasiona una transformación de tal magnitud y trascendencia, que el texto superior anterior a la reforma es diametralmente opuesto a aquel que resultó luego de haberse producido la reforma, al punto de lucir incompatibles entre sí.

Frente a lo anterior, destaca que, si bien el constituyente derivado puede desarrollar, actualizar o, incluso, readecuar el contenido de la Constitución Política atendiendo a diversos criterios de carácter sistemático e histórico, lo cierto es que no puede convertir la Constitución reformada en otra completamente distinta a la proyectada por la voluntad del constituyente primario.

Así las cosas, tratándose de la presente causa, la sustitución que se produce es parcial, pues la misma se refiere a situaciones en las cuales un eje definitorio de la identidad de la Carta Política es reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente.

A juicio del actor, el fenómeno jurídico de la sustitución ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional [1], a propósito de la presentación de diversas demandas ciudadanas que se han promovido contra actos reformatorios de la Constitución, en cuyo análisis y estudio se han desarrollado una serie de criterios que le han permitido a la Corporación identificar si, en realidad, se trata de una reforma al texto constitucional o si, por el contrario, se presenta una derogación o variación integral del mismo [2].

Según el demandante, tales criterios, ampliamente expuestos en la jurisprudencia

constitucional, fueron redefinidos en la Sentencia C-1040 de 2005, razón por la cual procede a demostrar el cumplimiento de cada uno de ellos en el caso concreto, de la siguiente manera:

i) Enunciación de los aspectos esenciales definitorios de la identidad de la Constitución que se estiman sustituidos por el acto reformatorio. Para el demandante, el Acto Legislativo acusado modifica por entero el régimen de carrera administrativa diseñado originalmente por el Constituyente de 1991 para regular el ingreso, la permanencia y la salida del servicio público.

En efecto, frente a la estimación que el constituyente primario hizo originalmente de la carrera administrativa, en relación con la cual se establecía como la regla general a efectos de garantizar la estabilidad en el empleo, la eficiencia y eficacia en la prestación del servicio, la igualdad de oportunidades para acceder al servicio público y la moralidad en el desempeño de cargos públicos, el actor considera que fue desconocida al adoptarse el mencionado Acto Legislativo, pues el mismo impone una suerte de ingreso automático al sistema de carrera sin tener en cuenta el concurso público de méritos, lo cual implica no solamente una forma de libre disposición de los cargos, sino también una sustitución en la concepción filosófica y jurídica que la Constitución Política de 1991 traía sobre la materia.

Bajo esa óptica, resalta que criterios como el mérito y el concurso público abierto, dentro del sistema de carrera administrativa, constituyen componentes primordiales y definitorios que deben ser aplicados tratándose de la selección o el ascenso de quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado y que sólo pueden ser sustituidos de manera excepcional en los casos expresamente establecidos por la propia Carta Política.

De igual forma, con apoyo en nutrida jurisprudencia emanada del Alto Tribunal Constitucional, manifiesta que la carrera administrativa es un principio constitucional y, como tal, una norma jurídica superior de aplicación inmediata, cuyo desconocimiento quebranta el ordenamiento superior y desmonta la promoción de un sistema de competencia a partir de los méritos, la capacitación y las calidades de las personas que aspiran a vincularse a la administración pública.

Finalmente, indica que los derechos a la igualdad, a elegir y ser elegido, y al desempeño de cargos y funciones públicas, resultan vulnerados como consecuencia de la aplicación del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008, por cuanto en él se establece un privilegio a favor de los servidores que ocupen cargos de carrera vacantes en calidad de provisionales o de encargados y tal privilegio consiste en ser inscritos en

carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público, contrariando así el sistema de asignación de cargos mediante el criterio del mérito.

ii) Alcance jurídico del acto acusado en relación con los elementos definitorios o identificadores. A este respecto, el actor estima que el hecho de que el acto legislativo objeto de reproche pretenda inscribir en carrera administrativa, de manera extraordinaria y sin concurso público, a aquellos servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004, ocupaban vacantes en cargos de carrera en calidad de provisionales o de encargados, comporta la suspensión de todos los trámites relacionados con los concursos públicos que en la actualidad se adelantan, lo cual pone de manifiesto la inoperatividad y desarticulación temporal del sistema de carrera administrativa en el país y la imposición de un contenido normativo totalmente distinto al establecido por la Constitución Política de 1991, lo cual desnaturaliza los elementos esenciales definitorios del acceso a los empleos públicos, como son la carrera administrativa, el concurso y el mérito.

iii) Contraste o ponderación de las premisas anteriores, verificando el reemplazo por un elemento integralmente diferente de la Carta original. Se ocupa el actor, en punto al criterio anotado, de examinar si hubo cambios al texto constitucional que trajeran consigo el reemplazo de un elemento esencial definitorio por otro opuesto o integralmente diferente y con tal fin efectúa un repaso de la jurisprudencia constitucional referente a la identificación de los conceptos de poder de reforma de la Constitución y el régimen de carrera administrativa concebido por el constituyente de 1991, así como de algunos apartes de los debates que tuvieron lugar en las Comisiones del Senado relacionados con el tema objeto de estudio.

Al finalizar, tanto el repaso de la jurisprudencia como de las ponencias, pone de presente que el órgano legislativo, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2008, dejó de lado el concurso público de méritos como condición para el acceso al sistema de carrera por una figura relacionada con una inscripción automática en la misma, lo que, sin duda alguna, introdujo un elemento completamente distinto al que el constituyente primario estableció como condición y regla general para el ejercicio de la función pública.

En ese orden de ideas, el libelista estima que el Congreso de la República se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, puesto que el Acto Legislativo que se tacha de inconstitucional no modificó, sino que sustituyó de manera parcial la Carta Política. Esto último, habida cuenta que, como se anotó, el mencionado Acto Legislativo favoreció a un grupo determinado de personas -quienes están en provisionalidad- desconociendo, por contera, aquellos postulados que gobiernan la carrera administrativa, según los cuales es mediante el concurso público de méritos que puede accederse a la

misma.

Ello, por supuesto, con absoluta independencia de la amplia facultad de configuración legislativa de que goza el Congreso, para efectos de definir los elementos esenciales que regirán los sistemas especiales y específicos de carrera, que le permitan armonizar los principios y valores constitucionales con requerimientos de la cada vez más compleja y diversa organización estatal.

Así, en opinión del actor, el haber reemplazado la regla general de la carrera administrativa, cual es, el concurso público con base en el criterio del mérito, por un procedimiento que prescinde del mismo, revela a todas luces que se produjo la alegada sustitución de la Constitución Política que pregona a lo largo del escrito de demanda, en cuanto que i) no se trata de un cambio de redacción de la norma, pues se adiciona un artículo que, aunque transitorio, modifica, cómo se demostró en precedencia, el contenido esencial no sólo del artículo 125 Superior, sino de toda la Carta en cuanto al sistema de carrera administrativa se refiere; ii) es más que una reconceptualización, es la adopción de un concepto diametralmente diferente que radica precisamente en que en algunos casos la regla general preconcebida como elemento definitorio del sistema de carrera, esto es, el concurso público, no operará transitoriamente; iii) es más que una excepción específica, pues la adición transitoria del artículo 125 de la Carta y del sistema general de carrera en la Constitución Política de 1991, propuesta por el acto legislativo demandado, es una salvedad que en todo caso impide que la norma misma y la identidad constitucional mantengan su alcance general(…); iv) finalmente, si se estimase como una simple limitación o restricción al contenido del principio, no estaríamos ante un límite reformatorio sino sustitutivo, pues es diferente condicionar el ejercicio o devenir de ciertas realidades constitucionales, variando condiciones, límites o ámbito de eficacia, a afirmar que dicha limitación implica que la esencia de un elemento definitorio de la Carta no tenga vigencia para algunos casos y durante cierto tiempo.

Advierte, del mismo modo, que al limitarse la competencia respecto del poder reformatorio de la Constitución de 1991, debe entenderse que la Carta Política debe conservar la identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se introduzcan. Es decir, que si bien puede modificarse cualquier disposición del texto vigente, lo cierto es que tales reformas no deben suponer la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución, como sí ocurre en el presente caso.

No obstante lo anterior, sostiene que bien pueden presentarse por parte del Congreso de la República modificaciones o alteraciones en los fundamentos constitucionales que rigen la carrera administrativa, solo que éstas deben ceñirse al ámbito competencial señalado por el texto superior en cuanto a la facultad de reforma propiamente dicha se

refiere.

De esta manera, el actor le propone a este Tribunal que sobre el acto legislativo objeto de reproche constitucional realice un juicio de sustitución, como ha hecho en otras ocasiones [3], para que se establezca si, efectivamente, se trata no ya de una reforma a la Constitución Política, sino de una modificación de un elemento esencial definitorio por otro opuesto o integralmente diferente en materia de carrera administrativa.

Con todo, pone de presente que de declararse inexequible el Acto Legislativo 01 de 2008, "por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política", la Corporación tendría que proceder a modular los efectos del fallo que profiera, en el sentido de que la inconstitucionalidad se extienda a la fecha en que fue expedida la norma jurídica que se censura -efectos ex tunc-, con el propósito de que se invaliden los eventuales registros automáticos que hubiesen podido realizarse y que se continúe con los concursos de méritos cuyo trámite fue suspendido.

IV. INTERVENCIONES

1. Comisión Nacional del Servicio Civil

Luz Patricia Trujillo Marín, actuando en su condición de Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, intervino en el trámite de la acción de inconstitucionalidad del Articulo 1° del Acto Legislativo 01 de 2008, mediante escrito allegado a esta Corporación el 06 de marzo de 2009, en el que solicitó que el Acto Legislativo demandado fuera declarado inexequible.

Para tal efecto, sostuvo que el ingreso permanente al sistema de carrera administrativa a través de la inscripción extraordinaria, elevada a rango constitucional mediante la referida norma, constituye un elemento integralmente opuesto al modelo de administración pública diseñado en la Carta Política de 1991, que consagra, precisamente, como uno de sus postulados básicos, el ingreso a los empleos de carrera administrativa por medio de concurso de méritos y con vocación de permanencia.

Lo anterior, por cuanto una medida de tal índole vulnera no sólo los principios y valores

democráticos previstos en el Preámbulo de la Constitución Política, sino también, los derechos fundamentales a la igualdad y a la participación y acceso al servicio público de los ciudadanos que, reuniendo las condiciones de desempeño exigidas para acceder al empleo público de carrera administrativa, se ven privados del derecho a aspirar al mismo.

2. Departamento Administrativo de la Función Pública

Mediante escrito allegado a esta Corporación el 09 de marzo de 2009, Camilo Escovar Plata, actuando en representación del Departamento Administrativo de la Función Pública, intervino en el trámite de la presente acción con el fin de defender la constitucionalidad del Acto Legislativo.

El interviniente comienza por señalar que la reforma o adición que introdujo el Acto Legislativo 01 de 2008 al Artículo 125 Superior, no comporta una sustitución de la Constitución Política por otra diferente y contraria como lo aduce el demandante, en la medida en que la expedición del acto acusado no implica un exceso de competencia del Congreso de la República en ejercicio de su función de Constituyente derivado que amerite el control constitucional por parte de la Corte Constitucional, en tanto tal facultad sólo se circunscribe a los vicios de procedimiento en su formación y no a los vicios de competencia cuya entidad sea material o de fondo.

Bajo esta premisa, sostiene que el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2008 no vulnera el estatuto superior, como quiera que, por una parte, tiene el mismo rango normativo de los demás preceptos constitucionales y, por otra, porque no establece un trato diferenciado y caprichoso en relación con los funcionarios vinculados en provisionalidad o en encargo frente a las personas que se encuentran fuera de la Administración y desean ingresar a ella.

Así mismo, advirtió que el alcance de la norma demandada no tiene la virtualidad de derogar ni modificar las normas vigentes relacionadas con las carreras general y especial, ni riñe con el principio del mérito como presupuesto para el ingreso, permanencia y ascenso en los cargos de carrera administrativa. Simplemente, en su criterio, el acto proporciona una salida constitucional a una grave e insuperable coyuntura institucional que involucra aspectos de justicia social y restablecimiento laboral de servidores públicos que en el ejercicio de sus cargos han demostrado, por años, el mérito en el ejercicio de sus cargos y que, en no pocas oportunidades, se encuentran en condiciones

particulares de indefensión y vulnerabilidad laboral que exigen una especial protección por parte del Estado.

3. Universidad del Rosario

Alejandro Venegas Franco, en calidad de Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia mediante escrito de intervención en el que solicitó declarar la inconstitucionalidad del Acto Legislativo objeto de controversia.

De manera preliminar, sostiene el interviniente que la disposición acusada no sustituye el modelo constitucional establecido para el acceso al empleo público, pues no se ha suprimido el sistema de carrera administrativa. Lo que en su consideración acaeció fue, precisamente, que instauró una forma excepcional de ingreso a éste, bajo precisos y específicos requisitos, y durante un interregno concreto.

Así mismo, refiere que la integridad de la Constitución Política reclama, de manera imperativa, que la separación de las ramas del poder público en aquello que el constituyente reservó a la ley por su trascendencia jurídico-política y para el funcionamiento mismo de la democracia, no puede ser alterado ni siquiera de manera transitoria.

En suma, manifiesta el interviniente que el Acto Legislativo puesto en tela de juicio afecta principios y valores constitucionales, lo cual conduce a afirmar que el Congreso de la República, actuando como constituyente derivado, traspasó su ámbito competencial para reformar la Constitución Política, pues, si bien es cierto que tiene dicha facultad, tal atribución no es omnímoda, sino limitada por tratarse de un poder constituido, diferente precisamente del constituyente primario.

4. Confederación de Trabajadores de Colombia C.T.C. y Sindicato Nacional de Servidores Públicos de las Empresas Sociales del Estado “SINALTRAESES”

Apecides Alvis Fernández, en su condición de Presidente de la Confederación de Trabajadores de Colombia C.T.C. y Nancy Wilches de Orozco, en calidad de Presidente del Sindicato Nacional de Servidores Públicos de las Empresas Sociales del Estado

“SINALTRAESES”, intervinieron en el presente asunto con el fin de defender la constitucionalidad del precepto demandado y, en consecuencia, solicitaron a la Corte Constitucional declararse inhibida para proferir sentencia de mérito en el asunto objeto de discusión, por razones de ineptitud sustantiva de la demanda.

A su juicio, el contenido de la norma acusada es una adición al Artículo 125 Superior, con vigencia transitoria, lo cual no implica una derogación o sustitución parcial de la Carta Política y, por consiguiente, un vicio de procedimiento atribuible al Congreso de la República.

De igual modo, sostienen que la demanda no señala de manera clara y expresa los posibles vicios de procedimiento en los que pudo incurrir el legislador en la creación del Acto Legislativo 01 de 2008 para que la Corte Constitucional pueda entrar a verificar si, efectivamente, excedió el marco de sus atribuciones.

Por último, refieren que, en contra de lo planteado por el demandante, la norma cuestionada garantiza el derecho al trabajo como valor y principio constitucional.

5. Asociación de Etnoeducadores Afrocolombianos del Pacifico Sur “MARES”

Los ciudadanos miembros de la Asociación de Etnoeducadores Afrocolombianos del Pacífico Sur “MARES”, en su calidad de docentes del Municipio de Tumaco (Nariño), se pronunciaron sobre la demanda de inconstitucionalidad del Artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2008 y solicitaron su inclusión en el referido precepto constitucional, en procura de garantizar la efectividad del derecho a la igualdad, como quiera que, al igual que los servidores públicos beneficiados con dicha medida, ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad desde el año 2004.

6. COADYUVANCIAS CIUDADANAS

En primer lugar, los ciudadanos Dorance Becerra Moreno, Jorge Narváez Martínez, Diana Loaiza Cadavid y Sindy Patricia Arjona Rodríguez, se adhirieron a los cargos formulados por el demandante al considerar que el Acto Legislativo cuestionado quebranta el derecho fundamental a la igualdad de las personas que, como en su caso, participan en la

convocatoria 001 de 2005 de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer cargos de carrera administrativa. Igualmente, estiman vulnerados los principios de moralidad, eficiencia, economía, celeridad e imparcialidad que gobiernan la función administrativa, ya que el permitir una inscripción extraordinaria y sin concurso público de un determinado grupo de personas en el sistema de carrera administrativa, va en detrimento del principio constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular.

Así mismo, el ciudadano David Leonardo Rodríguez González coadyuvó la demanda de inconstitucionalidad, bajo el entendido de que el Acto Legislativo 01 de 2008, al generar la exclusión del criterio del mérito como regla general de ingreso al empleo público, contradice abiertamente los derechos fundamentales de las personas que, aunque no ocupan de manera provisional cargos de carrera, se han capacitado permanentemente en aras de acceder a los cargos de los distintos órganos del Estado mediante un concurso de méritos.

Por su parte, el ciudadano Alvaro Restrepo Valencia intervino en el proceso de la referencia para apoyar la presente demanda conforme a la consideración de que la incorporación extraordinaria a la carrera administrativa del personal en provisionalidad transgrede el artículo 13 de la Constitución Política, en tanto con ello se vulnera ostensiblemente el principio de igualdad de acceso a la función pública, al privilegiar a los servidores públicos para ingresar a la carrera administrativa sin el pleno de los requisitos que estableció el legislador, en contraste con los particulares que deben someterse al concurso público de méritos para el mismo efecto.

En el mismo sentido, el ciudadano Víctor Alejandro Vargas Cuevas solicitó a este Tribunal que se declarara la inconstitucionalidad del acto legislativo por el cual se adiciona el artículo 125 Superior, sobre la base de que cercena las aspiraciones de las personas que, al momento de su promulgación, participaban en un concurso público de méritos para acceder a cargos de carrera administrativa, de suerte que, al suspenderse los trámites relacionados con el mismo, se contravienen prerrogativas constitucionales de connotación fundamental, entre las que se encuentran, especialmente, aquellas referidas a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad jurídica.

Entre tanto, el ciudadano Oscar Rodríguez Olaya intervino en el presente asunto con el propósito de justificar la constitucionalidad de la norma impugnada.

Para defender su posición, señaló que la excepción consagrada dentro del Acto

Legislativo 01 de 2008, referida a la incorporación extraordinaria a la carrera administrativa de los servidores públicos que, a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004, se encontraban en provisionalidad o en encargo, de ninguna manera obstruye la correcta realización de los fines del Estado, habida cuenta que dicha excepción constituye, tan sólo, la alteración parcial de la concepción del mérito como presupuesto para ingresar a la carrera administrativa.

Lo anterior, por cuanto quienes se benefician con la aplicación de la norma, para asegurar su ingreso, permanencia y ascenso en la carrera, igualmente deben acreditar su idoneidad para el ejercicio del cargo, lo cual se asegura mediante las evaluaciones del desempeño a que deben someterse.

La Corte advierte que, para todos los efectos, únicamente serán tenidas en cuenta las intervenciones oportunamente presentadas.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 4756 del 3 de abril de 2009, solicitó a esta Corporación que declarara inexequible el acto Legislativo 01 de 2008 con efectos retroactivos al 26 de diciembre de 2008, fecha en la que éste fue promulgado. El Jefe del Ministerio Público funda su solicitud en los siguientes argumentos:

En primer lugar, manifiesta que el artículo 125 Superior dispone que el ingreso a los cargos de carrera se efectúa previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Por esto, en cuanto tiene que ver con la inscripción automática en cargos de carrera, que prevé el Acto Legislativo 01 de 2008, se hace imposible la exigencia relativa a la "acreditación de calidades" al momento de ser nombrados por parte de quienes vienen ocupando dichos cargos en provisionalidad o en encargo, que establece la norma superior, lo que hace al Acto Legislativo demandado, inaplicable.

Al respecto asegura que para acceder a cargos de la carrera administrativa deben confluir tres elementos, el primero de los cuales hace referencia a la premisa básica de carácter objetivo, esto es, los requisitos, como condiciones específicas necesarias para ocupar dichos cargos. El segundo elemento son los méritos, definidos éstos como aquellos que "aluden al resultado de las evaluaciones o pruebas que hacen digno de ocupar un

cargo público de carrera a quien mejor haya demostrado sus calidades al respecto en un ejercicio de competencia en igualdad de condiciones".

A ello agrega las calidades, como tercer elemento, entendidas como "conocimientos, destrezas, habilidades, competencias, comportamientos y características psicológicas y morales que se requieren para el ejercicio de un cargo", las que se determinan según las necesidades de la Administración y de acuerdo con el señalamiento de funciones que haya hecho ésta al respecto para la prevalencia del interés general representado en el cumplimiento de los fines constitucionales a cargo del Estado.

De acuerdo con lo anterior, para determinar el cumplimiento de las calidades para acceder a un cargo público de carrera administrativa, una persona debe aprobar las pruebas y evaluaciones a que haya lugar, las cuales permitirán establecer su idoneidad técnica, psicológica y moral, requerida para el ejercicio del cargo.

Siguiendo tal dirección, la Vista Fiscal hace especial énfasis en que los cargos en provisionalidad o por encargo están diseñados para satisfacer por entero las necesidades del servicio de manera inmediata y temporal, por lo que para proveer dichos empleos solo se requería acreditar los requisitos mínimos exigidos, más no se tenían en cuenta las calidades. Razón por la cual, la indeterminación de éstas hace que el Acto Legislativo 01 de 2008 sea inaplicable.

En efecto, sostiene que el Acto Legislativo demandado fuera de ser inconstitucional, dada su inaplicabilidad, vulnera el derecho a la igualdad al excluir de la inscripción automática en carrera administrativa a quienes ocupen cargos en provisionalidad o encargo en los sectores notarial, judicial, docente, diplomático y consular, sin razón jurídicamente atendible.

Así, a juicio del Ministerio Público, el Acto Legislativo cuestionado debe ser declarado inexequible, en tanto constituye "una extralimitación en el ejercicio del poder de reforma de la Constitución Política a cargo del Congreso de la República porque se presentó una sustitución parcial de la misma al concederse el derecho de inscripción automática en la carrera administrativa, sin necesidad de concurso público, a los empleados que vinieran ocupando cargos de carrera mediante nombramiento provisional o por encargo, al momento de entrar en vigencia la Ley 909 de 2004".

Ello, porque, entre otras razones, el Congreso de la República solo es competente para

reformar la Constitución Política, no para sustituirla ni derogarla, pues esa facultad solo se encuentra radicada en cabeza del pueblo como constituyente primario, que es de quien emana el poder público.

Con todo, si bien dentro del marco del poder de reforma constitucional otorgado al Congreso de la República se reconoce el hecho de que no existen cláusulas pétreas ni principios intangibles o inmutables en la Carta Política, lo que conduciría a que sus preceptos pudieran ser modificados, lo cierto es que dicho poder está sometido a claros y definidos límites de competencia, los que se materializan en la imposibilidad de derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.

Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, concluye la Vista Fiscal que del acto legislativo objeto de reproche no puede predicarse una reforma constitucional como tal, puesto que, por el contrario, lo que ocurrió en realidad fue "una desviación de poder en el nivel constitucional por parte del Congreso de la República, para aprobar algo que no tiene ninguna relación con la Constitución, desde el punto de vista de su legitimidad, utilizando para ello la competencia reformadora de la Carta Política", suceso que configuró, a la postre, una sustitución parcial de ésta.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, conforme a lo dispuesto en los artículos 241, numeral 1, y 379 de la Constitución, por estar dirigida contra un Acto Legislativo.

En relación con la competencia es necesario puntualizar que el artículo 241-1 de la Constitución se la confiere a la Corte Constitucional para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Carta, sólo por vicios de procedimiento en su formación, al paso que el artículo 379 establece que los actos legislativos, la convocación a un referendo, la consulta popular o el acto mediante el cual se convoca a una asamblea constituyente sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución.

En la Sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional señaló que cuando la Constitución le asigna el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional, "no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia" [4], de donde se deduce que el parámetro para controlar la constitucionalidad de los actos reformatorios de la Carta está conformado por las disposiciones del Título XIII de la Constitución, así como por los preceptos constitucionales y orgánicos pertinentes y por "las normas constitucionales que regulan la competencia en materia de reforma constitucional" [5].

La Corporación ha explicado que los límites relativos a la competencia tienen su origen en las cláusulas que regulan los diferentes procedimientos para la reforma constitucional. Así por ejemplo, el artículo 376 superior prescribe que la ley que convoque a una asamblea constituyente para reformar la Carta, debe determinar la "competencia" de ese cuerpo y fijar un periodo para que la asamblea cumpla sus funciones, luego la competencia es temporal e indica que, a partir de la elección de la asamblea, se suspende la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución, de lo cual se desprende que, mientras dura la asamblea, el Congreso carece de competencia para reformar la Carta [6].

Así pues, las disposiciones del Título XIII de la Constitución permiten identificar una limitación competencial del poder de revisión y, de conformidad con esa limitación, so pretexto de la reforma, el constituyente derivado o secundario no puede sustituir la Carta, porque, en tal caso, asumiría funciones propias del constituyente originario o primario, fuera de lo cual "la limitación competencial se deriva de la ausencia de una habilitación para la sustitución de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento superior ha contemplado mecanismos exclusivamente para reformar la Constitución" [7].

Surge, entonces, de lo anterior que el poder de revisión, en cuanto poder derivado no puede, por la vía de la reforma, sustituir la Constitución y que como ese límite encuentra su origen en las previsiones del Título XIII de la Carta, la Corte tiene competencia para examinar si en ejercicio del poder de reforma se ha sustituido o no la Constitución.

2. Planteamiento del problema y cuestiones jurídicas a resolver

2.1. El artículo 125 de la Constitución y el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008

Mediante el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, el Congreso de la República, en ejercicio del poder de reforma constitucional, adicionó un parágrafo al artículo 125 de la Constitución, artículo mediante el cual el Constituyente de 1991 estableció el régimen de carrera administrativa respecto de "los empleos en los órganos y entidades del Estado", con excepción de los "de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley".

En su redacción original, el artículo 125 superior instituye el concurso público como medio para proveer sobre el nombramiento de los funcionarios "cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley" y, tratándose del ingreso a los cargos de carrera y del ascenso en los mismos, señala que "se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes", fuera de lo cual, junto con otras regulaciones que no viene al caso mencionar, establece que "en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción".

El parágrafo adicionado por el Acto Legislativo No. 01 de 2008, prevé que durante el lapso de 3 años, contados a partir de su vigencia, "la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera", siempre y cuando "cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera" y extiende "igual derecho y en las mismas condiciones" a "los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción".

Añade el parágrafo que, mientras se cumpla el anterior procedimiento, "se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente parágrafo". Así mismo, encarga a la Comisión Nacional del Servicio Civil de desarrollar, "dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa" e indica que se exceptúan "de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera

diplomática consular".

2.2. La demanda presentada en contra del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008

En contra del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, cuyos contenidos se han resumido, el ciudadano Mauricio Bedoya Vidal presentó una demanda de inconstitucionalidad, en la cual, con variada y extensa argumentación, sostiene que el Congreso de la República se extralimitó al ejercer el poder de reforma constitucional, pues, en lugar de reformar la Carta, produjo su sustitución, subversión o derogación parcial, por cuanto reemplazó uno de sus ejes definitorios por otro opuesto o completamente diferente.

El demandante estima infringidos los artículos 341-1, 379, 374 y 380, en los que la Constitución impone límites al poder de reforma, así como sustituidos los artículos 125, 40-1, 40-7, 13, 53, 209, 133, 217, 218, 253, 268-10 y 279 de la Carta que, entre otras materias, se refieren a la carrera administrativa, al derecho a elegir y ser elegido, al derecho de acceder al ejercicio de funciones y cargos públicos, a la igualdad de oportunidades, al estatuto del trabajo, a los principios de igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad de la función pública, a la prevalencia del interés general, al servicio a la comunidad, a la justicia y el bien común y a las carreras especiales de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional, de la Fiscalía General de la Nación, de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la Nación.

En apoyo de su posición, el actor aduce que la regulación plasmada en el parágrafo agregado al artículo 125 de la Carta sustituye los elementos que definen la carrera administrativa y, especialmente, menciona la propia carrera en cuanto regla general para la provisión de empleos públicos, el ingreso en virtud del mérito, la igualdad en el acceso garantizada por el concurso público, la estabilidad en el empleo, la moralidad, la especialización, la capacitación y, además, la imparcialidad que, en su criterio, es la base de la función administrativa.

Puntualiza el demandante que la supresión de la carrera, del mérito y del concurso por el ingreso automático previsto en el Acto Legislativo demandado, conduce a la libre disposición de los cargos en beneficio de quienes ingresaron provisionalmente y por la voluntad discrecional del correspondiente nominador, en detrimento del derecho de todos los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, todo lo cual, adicionalmente, resulta predicable de los sistemas especiales de carrera que, en consecuencia, también son objeto de desconocimiento.

Para el libelista, el sistema de carrera administrativa, así como el mérito, la igualdad de oportunidades y el concurso público y abierto que le son consustanciales, conforman "un elemento esencial definitorio de la Carta Política", tal como lo quiso el Constituyente Primario, luego la falta del concurso público de méritos desvirtúa la carrera e introduce un elemento ajeno al plasmado en la versión original de la Constitución de 1991 que, en el referido aspecto, sólo puede ser derogada por el Constituyente Primario.

Precisa el actor que en la materia analizada no caben las cláusulas pétreas o de intangibilidad, porque es posible reformar la carrera administrativa, pero aclara que no es factible sustituir la Constitución y prescindir del concurso público, de modo que "podrían cambiarse o reformarse las reglas constitucionales relativas a las formas y criterios de evaluación, reconocer mayor porcentaje en el proceso a quienes ostenten experiencia específica en los cargos convocados al concurso o en la entidad convocante, tal vez, también, prever un menor periodo de prueba para quienes ya estaban en el cargo como provisionales o inclusive, en el peor de los casos, hacer exámenes diferenciados entre los que ya ostentan la calidad de provisionales e interesados externos", mas no prescindir "de forma total del concurso de méritos, público y en igualdad de oportunidades de inscripción, para realizar, en cambio, registros automáticos en la carrera administrativa".

2.3. Las posiciones asumidas respecto de la demanda en las intervenciones y en la vista fiscal

Conforme aparece en el expediente y consta en la parte correspondiente a los antecedentes de esta providencia, distintos intervinientes se han pronunciado sobre la demanda reseñada y así, mientras que algunos la coadyuvan valiéndose, en la mayoría de las ocasiones, de argumentos similares a los expuestos por el demandante, otros se oponen a que la Corte declare la inconstitucionalidad del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, pues estiman que, al expedirlo, el Congreso de la República no incurrió en exceso de competencia, dada la diferencia que media entre los funcionarios provisionales o encargados y las personas que todavía no han accedido a la Administración e insisten en que la disposición atacada no deroga ni modifica las reglas referentes a la carrera administrativa y, en particular, el criterio del mérito que, si acaso, sólo resulta alterado parcialmente en cuanto condición para ingresar a la carrera administrativa.

Especial atención merece la intervención de la Asociación de Etnoeducadores

Afrocolombianos del Pacífico Sur, quienes solicitan su inclusión como beneficiarios del Acto Legislativo demandado e igualmente la posición mantenida por la Universidad del Rosario que, aún cuando se muestra en desacuerdo con la tesis de la sustitución de la Constitución, estima que la preceptiva acusada es inconstitucional, por cuanto el artículo 125 de la Constitución establece una reserva al deferir a la ley la fijación de los requisitos y condiciones para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes, reserva que ha sido desconocida por el Congreso que, mediante el artículo transitorio introducido, la privó de "vigor", con violación del principio de separación de las ramas del poder público y pese a que el Constituyente Primario la estableció en aras de "la libertad y de las garantías de igualdad y transparencia en los procesos para conformar el ejercicio de la función pública", sin que a favor pueda alegarse la transitoriedad de una situación que, según la Facultad interviniente, desconoce la integridad y supremacía de la Constitución y demuestra que "el Congreso de la República como constituyente derivado actuó sin competencia para expedir esa norma".

Por su parte, el Procurador General de la Nación sostiene que el Acto Legislativo cuestionado es inaplicable, ya que exige acreditar las calidades para que resulte procedente la inscripción automática y "las personas que vienen ocupando los cargos en provisionalidad o en encargo, para efectos de hacerse acreedores al derecho de inscripción automática en carrera administrativa, únicamente pueden acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos, mas no así las calidades requeridas para el desempeño de los mismos, porque estas nunca se determinaron, en concurso público, mediante las evaluaciones y pruebas pertinentes", de donde se desprende que "ninguna de las personas que vienen ocupando cargos de carrera mediante nombramiento provisional o por encargo tiene el derecho para ser inscrito en la carrera administrativa".

Adicionalmente, el Jefe del Ministerio Público se refiere a la vulneración del derecho a la igualdad, porque el Acto Legislativo tachado de inconstitucionalidad "excluye del derecho a la inscripción automática en carrera administrativa, sin razón alguna justificable constitucionalmente, a quienes vengan ocupando cargos en carrera en provisionalidad o en encargo, en los sectores notarial, judicial, docente, diplomático y consular".

Considera el señor Procurador que el Acto Legislativo No. 01 de 2008 sustituyó parcialmente la Constitución al conceder el derecho de inscripción automática en la carrera administrativa, sin necesidad de concurso público, puesto que el pretendido derecho "desconoce nuestra identidad constitucional como Estado social de Derecho en lo que tiene que ver con la garantía de un orden justo" y con el derecho fundamental a acceder al desempeño de cargos públicos de carrera, "como expresión de la libertad de escoger profesión u oficio, mediante la determinación de los méritos y calidades de los aspirantes, en condiciones de igualdad, demostradas compitiendo en concursos públicos".

Después de analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Procurador pregunta "si hubo o no reforma constitucional" y concluye negativamente, porque, a su juicio, "el contenido de la Constitución Política de Colombia, previo al Acto Legislativo 01 de 2008, permanece intacto frente al mismo, en cuanto que dicho acto modificatorio de la Carta no tiene ninguna relación con la Constitución, desde el punto de vista de la legitimidad de esta, incluyendo la motivación y el contenido de sus reformas".

En la vista fiscal se explica que la Constitución no sufrió modificación alguna, pues "para que haya reforma constitucional, obligatoriamente el acto reformatorio tiene que producir un cambio sobre lo previamente vigente" y "el Acto reformatorio 01 de 2008 no reforma nada, visto esto desde la legitimidad de la Constitución Política de 1991", sino que responde a un interés particular que consiste en conceder un derecho laboral "por fuera del orden constitucional vigente en materia de identidad política, económica y social".

Así pues, señala el Procurador que, en lugar de reforma, lo que hubo fue una desviación de poder mediante la utilización de la competencia reformadora de la Carta Política que llevó al Congreso de la República "a tratar las constituciones como leyes, para instrumentalizarlas en función de intereses particulares, lo cual desborda y desnaturaliza la concepción y razón de ser de las cartas políticas como contratos fundacionales para conducir a las sociedades, en todos los tiempos, bajo la guía de valores y principios fundamentales que se constituyen en la identidad de las naciones, según su voluntad de organización política".

2.4. El problema jurídico planteado

De conformidad con el recuento realizado y ya que, en forma expresa, el actor manifiesta que "no pretende reprochar errores de procedimiento en el trámite legislativo", sino que se examine el vicio de competencia en que hubiere podido incurrir el Congreso al expedir el Acto Legislativo No. 01 de 2008 y se adelante el consiguiente "juicio de sustitución", se ocupará la Corte de determinar si la inscripción extraordinaria reconocida en el Acto Legislativo acusado como un derecho a favor de los servidores que, provisionalmente o por encargo, desempeñan cargos de carrera administrativa, sustituye o no la Constitución y en caso de que la conclusión sea positiva, establecerá de qué modo y con cual alcance se produce esa sustitución.

Como se sabe, la doctrina según la cual la reforma constitucional puede derivar en una

inadmisible sustitución de la Carta, ha sido acuñada por la Corte Constitucional y perfilada en sucesivas sentencias, en las que la Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse a propósito de demandas ciudadanas dirigidas a cuestionar Actos Legislativos, bajo la acusación de haber transformado la Carta en otra diametralmente opuesta a la adoptada por el Constituyente primario en 1991.

A la jurisprudencia que sobre el tema de la sustitución ha sido producida se atendrá la Corporación para resolver sobre la demanda que ahora ocupa su atención, pero antes de entrar a exponer y analizar, a la luz del caso concreto, la doctrina contenida en esas sentencias, la Corte efectuará, como cuestión previa, una referencia al sentido de la reforma constitucional, con el fin de configurar el marco de la controversia suscitada y porque así lo sugiere la vista fiscal que, según lo anotado, considera que el Acto Legislativo No. 01 de 2008 no es, en realidad, una reforma de la Constitución de 1991.

3. Cuestión previa: la reforma constitucional

En buena parte de los textos que han sido dedicados al estudio del poder de reforma constitucional, los autores centran el objeto de su análisis en los mecanismos a través de los cuales se ejercita el referido poder y suelen presuponer una noción de reforma como simple modificación de la Constitución, sin detenerse a analizar el significado mismo de la modificación o a determinar si ésta precisa de algunos requisitos o debe reunir ciertas características para ser tenida como una auténtica reforma de la Carta vigente.

El concepto de reforma constitucional no es del todo evidente y así surge de la propia jurisprudencia de la Corte que, conforme lo hasta aquí expuesto, en distintas ocasiones se ha dedicado a diferenciar entre la reforma y la sustitución de la Constitución, fenómeno este último al cual se llega por la vía de los mecanismos que el Constituyente Primario dispuso para facilitar la modificación de su obra [8].

Aunque, de conformidad con el plan trazado, todavía no se detendrá la Corte en el examen del concepto de sustitución de la Carta, baste destacar ahora que su sola enunciación advierte, con suficiencia, acerca de la necesidad de delinear los contornos del concepto de reforma, como premisa que permita diferenciarlo de nociones cercanas o francamente contrarias o que, al menos en lo inmediato, ponga a esta Corporación en condiciones de apreciar, adecuadamente, las implicaciones del Acto Legislativo No. 01 de 2008.

Ciertamente, el señor Procurador General de la Nación afirma que el mencionado Acto

Legislativo no corresponde a una reforma, por cuanto "no tiene ninguna relación con la Constitución, desde el punto de vista de la legitimidad de ésta" y porque el contenido que tenía la Carta antes de la expedición de la disposición cuestionada "permanece intacto", aún después de su entrada en vigencia.

Si bien es cierto que la vista fiscal llama la atención sobre la urgencia de contar con un concepto de reforma constitucional y sobre la distinción que, en virtud de ese concepto, surge entre la reforma y la actuación del Congreso al expedir el Acto Legislativo puesto en tela de juicio, la Corte no va a abordar este aspecto desde el punto de vista de la legitimidad de la Constitución, sino desde una perspectiva eminentemente formal y, por lo mismo, acorde con el ámbito de las competencias que le atañen, en tanto juez instituido y dotado de una específica atribución para juzgar la constitucionalidad de las reformas a la Carta.

3.1. El carácter escrito de las constituciones actuales

Para efectuar el análisis propuesto, conviene partir de un dato elemental que es el carácter escrito de las constituciones. Desde luego, en términos generales, cabe aseverar que en el Estado constitucional contemporáneo la Constitución es el orden jurídico fundamental expresado por un conjunto de normas y que, en virtud de una tradición relativamente reciente, tales normas suelen tener base textual mediante las disposiciones reunidas en un documento formal, adoptado por el poder Constituyente originario y denominado Constitución.

La formalización de las constituciones que de tal manera tiene lugar se vale, entonces, de dos elementos importantes, cuales son la escritura y la unidad documental o unicidad del texto [9], pues la Constitución, fuera de expresar por escrito los enunciados que conforman el orden jurídico fundamental del Estado constitucional, los reúne, concentra o codifica en un solo documento, sin que al efecto importe que los enunciados recogidos en el texto sean de diverso signo y respondan a diferentes criterios de clasificación, pues como doctrinariamente se ha indicado, la Constitución, más que una norma es un conjunto de normas o un "cuerpo normativo" [10].

La utilización de la escritura y de la codificación tiene, entre otras finalidades, la de fijar los contenidos básicos que fundan el ordenamiento jurídico, así como el propósito de facilitar su conocimiento y consulta, sobre todo si, por su carácter normativo, la Constitución, se incorpora al sistema de fuentes del Derecho, está al alcance de todos y vincula a los poderes públicos y a los particulares. En ese contexto, conviene concluir que la formalización en un solo documento escrito también tiene el muy importante

cometido de proporcionar certeza respecto del contenido de la Constitución y de afianzar la seguridad jurídica desde el más alto nivel del ordenamiento.

Así, por ejemplo, ya en la sentencia Marbury versus Madison, considerada fundacional tratándose del control de constitucionalidad, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América estimó que "todos aquellos que han dado vida a la Constitución escrita la han concebido como el derecho fundamental y supremo de la nación", e indicó, además, que "los poderes del legislativo están definidos y limitados, y para que estos límites no se malinterpreten o se olviden se ha escrito la Constitución", escritura que, de otra parte, contribuye a asegurar la superioridad de la Constitución, pues si ésta no fuera derecho superior quedaría reducido "a la nada lo que ha sido considerado uno de los mayores avances de nuestras instituciones políticas: disponer de una Constitución escrita" [11].

3.2. El carácter escrito de la Constitución y las modificaciones constitucionales

Ahora bien, como todo orden, el instituido mediante la Constitución tiende a permanecer indefinidamente de la misma manera como desde el inicio ha sido concebido y en su totalidad, puesto que, conforme lo apunta HESSE, la Constitución es una unidad y, por ello, "sus elementos se hallan en una situación de mutua interacción y dependencia y sólo el juego global de todos produce el conjunto de la conformación concreta de la comunidad por parte de la Constitución", de tal modo que "el Derecho constitucional se halla orientado en mucha mayor medida hacia la coordinación que no hacia el deslinde y el acotamiento" y, por lo mismo, en la interpretación de la Carta se debe evitar su "limitación unilateral a aspectos parciales" [12].

Sin embargo, la tendencia de permanecer con un contenido inalterado y en forma completa no se opone a la necesidad del cambio requerido por la variación histórica de las circunstancias ni a la consecuente actualización de los contenidos superiores del ordenamiento, que bien puede hallar su cauce en una interpretación dinámica o evolutiva de la Constitución escrita, pues cuando la escritura se vale de fórmulas abiertas o indeterminadas que precisan concreción, como sucede con las constituciones contemporáneas, son variadas las opciones interpretativas de las distintas cláusulas constitucionales.

Con todo, el texto, por más que permita la atribución de muy variados significados, constituye un límite y, de todas maneras, contribuye a afianzar la Constitución y a conferirle fijación y estabilidad al orden por ella instaurado, a tal punto que el apremio de las circunstancias excepcionales o el evidente agotamiento de las posibilidades

interpretativas pueden aconsejar la revisión constitucional que, en su prístino sentido, ha de ser vista como una garantía de la Constitución misma, porque impide que sea desbordada por los acontecimientos y así facilita su adaptación a nuevos retos y su continuidad.

Tanto es así que, aún cuando sea difícil llegar a un acuerdo acerca de las materias que deberían ser objeto de regulación constitucional, las distintas tipologías que se han intentado tienden a coincidir en que toda Constitución ha de prever disposiciones referentes a su propia revisión, siendo también de común aceptación que tales disposiciones establecen especiales requisitos cuya finalidad es hacer más riguroso el procedimiento de la reforma que, por lo demás, suele ser confiada a algún poder instituido e incluso al órgano legislativo ordinario que, en tal caso, debe atenerse a las especiales previsiones y a los límites que de ellas derivan.

3.2.1. El concepto de reforma constitucional

La reforma implica modificación de la Constitución, pero no toda variación es susceptible de adscripción en el concepto de reforma constitucional. Así, los cambios que provengan de la dinámica propia de la interpretación no responden al significado estricto de la reforma y, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, tampoco las transformaciones que comporten sustitución de la Carta vigente, pese a que hayan sido adelantadas por el órgano constitucionalmente autorizado para reformar y con apego al procedimiento agravado a tal efecto previsto.

Y es que, para empezar, conviene poner de manifiesto que el concepto de reforma no es ajeno al carácter escrito de la Constitución, sino que se encuentra estrechamente vinculado a la forma escrita, pues, en estricto sentido, no hay reforma sin modificación de los textos y para constatarlo basta dejar constancia de la comparación que la doctrina ha hecho entre la reforma constitucional y otras figuras que le son próximas.

En efecto, ya en su célebre conferencia del 18 de marzo de 1906, al resumir la diferencia entre reforma y mutación de la Constitución JELLINEK apuntó que por reforma de la Constitución entendía “la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas”, mientras que, según su criterio, la mutación de la Constitución “deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente” y “se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia de tal mutación” [13].

Con base en idéntica distinción y en época más cercana a la actual, LOEWENSTEIN

puntualizó que, en sentido formal, bajo la denominación de reforma constitucional se entiende "la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la Constitución" y agrega que la reforma, en este sentido, "es -o, por lo menos, debe serlo cada vez, modificación del texto constitucional", en tanto que "en la mutación constitucional, por otro lado, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto" [14].

Igualmente, HESSE estima que, a diferencia de la revisión constitucional, la mutación "no afecta al texto como tal", pues "permanece inmodificado" [15] y STERN acota que la mutación genera "un cambio en la aplicación de las normas constitucionales, de forma tal que a las palabras del texto constitucional que permanecen sin modificar se les atribuye poco a poco un sentido distinto del que se les había atribuido originariamente" [16].

La constancia de las modificaciones debe quedar, entonces, expresamente consignada en los textos reformados con el objetivo de que se cumplan idénticos propósitos a los perseguidos por la Constitución original, escrita y vertida en un documento único. Así pues, debe existir la posibilidad de que la trasformación operada mediante el mecanismo de la reforma constitucional pueda ser conocida, genere la certeza acerca de su introducción en el cuerpo de la Carta y tenga, a partir de su vigencia, la vocación de permanencia que acompaña a la Constitución en su conjunto.

Se trata, en últimas de que, en concordancia con el carácter escrito de la Constitución, la reforma sea expresa y pierda toda oportunidad la introducción de modificaciones tácitas o de imposible, difícil o dudoso conocimiento. La exigencia de acuerdo con la cual cualquier reforma debe conducir a reformular la redacción de la disposición alterada se conoce como principio de certificación y evidencia y, aunque lógicamente deriva del carácter escrito de los textos constitucionales [17], ha sido consagrada expresamente en la Constitución alemana, cuyo artículo 79-1 prescribe que "La Ley Fundamental sólo puede ser reformada mediante una ley que expresamente cambie o complete el texto literal de la Ley Fundamental" [18].

En opinión de LOEWENSTEIN, la disposición citada tiene su origen en el propósito de erradicar una práctica desarrollada bajo la Constitución de Weimar, práctica de conformidad con la cual, "si bien la norma constitucional era modificada por el procedimiento prescrito para la reforma constitucional, la enmienda misma no quedaba señalada en el lugar correspondiente del texto constitucional", lo que condujo a no saber con certeza "lo que realmente todavía estaba en vigor del texto constitucional"

y a propiciar que "las respectivas mayorías formadas por los partidos en las asambleas legislativas pudieran saltar sobre la Constitución según sus alegres caprichos, con sólo respetar las disposiciones referentes al procedimiento de reforma constitucional" [19].

Así las cosas, según el autor citado, "la regla debería ser que la modificación fuese hecha visible en aquel lugar del texto donde específicamente se ha efectuado la enmienda", para excluir "la antigua deshonestidad técnico-constitucional", así como para poner "un impedimento a frívolas enmiendas constitucionales de una mayoría parlamentaria, ya que las asambleas legislativas están obligadas ahora a confesar abiertamente cualquier modificación constitucional" [20].

Como lo admite STERN, no procede "ninguna reforma de la Constitución sin reforma del texto de la Constitución" y esto en virtud de la afirmación "del principio fundamental de la documentabilidad y carácter expresamente visible de toda reforma de la Constitución" que conduce a que el texto tiene que ser reformado, así como a entender que no se trata solamente de una variación en la enumeración del respectivo artículo, sino de que "es cambiado el texto de la Ley Fundamental en su redacción y fijado de nuevo" [21].

Así pues, más allá de la concreta situación que explica el origen del artículo 79.1 de la Constitución alemana, lo importante es destacar, en sentido general y con fundamento en esa particular experiencia, que no basta respetar las formas procedimentales para que, inexorablemente, se le confiera la categoría de reforma constitucional a cualquier resultado de alguna modificación y que, en consecuencia, procede analizar si el parágrafo adicionado al artículo 125 de la Constitución por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 puede ser catalogado como una reforma constitucional o se adscribe a una categoría distinta.

4. El concepto de reforma constitucional en la Constitución colombiana

Para dar respuesta a la anterior cuestión, lo primero que la Corte debe hacer es precisar si el concepto de reforma que la Constitución vigente prohíja responde a las características que se acaban de destacar. Desde luego, no por tratarse de un dato tan evidente se puede soslayar que el Constituyente de 1991 adoptó una Carta, valiéndose para tal efecto de la forma escrita y de la incorporación de todo su articulado en un solo texto o documento.

La anotada circunstancia, por sí misma, demuestra que, en concordancia con el carácter

escrito de la Constitución, la reforma ha de ser expresa, como se desprende, además, de la propia redacción de los artículos 374 y siguientes que se refieren, por ejemplo, a la presentación de un "proyecto" que deberá ser tramitado y aprobado con determinadas mayorías (artículos 375 y 378) o señalan materias específicas, susceptibles de sometimiento a un requisito adicional como la eventual convocación de un referendo (artículo 377); siendo de destacar que también en los otros supuestos de aprobación mediante referendo es obvio que al electorado se le presente un texto en el que conste el sentido de la modificación propuesta (artículo 378).

Pero, la ya larga práctica de reformas constitucionales posterior a 1991 y, en particular, las que se han adelantado mediante el trámite y aprobación de un Acto Legislativo por el Congreso de la República son suficientemente indicativas del acatamiento de la forma expresa, que también ha sido reconocida como condición ineludible por la propia jurisprudencia que la Corte Constitucional ha producido cuando se han demandado las reformas, bajo la acusación de constituir sustituciones de la Carta.

En efecto, un breve repaso de las sentencias de mayor relevancia sobre la distinción entre reforma y sustitución, permite aseverar que la Corte Constitucional siempre ha identificado la reforma con el empleo de la forma expresa. Así, en la primera sentencia que abordó el tema de la sustitución de la Carta, que lo fue la C-551 de 2003, la Corporación anotó que "el contenido de toda reforma constitucional es por definición contrario a la Constitución vigente, ya que precisamente pretende modificar sus mandatos" y, con posterioridad, enfatizó que "el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente" [22].

Después, en la sentencia C-1200 de 2003, la Corte, tras reiterar que "el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente", expuso que "toda reforma constitucional" contraría "lo que dice la norma constitucional por ella reformada" y es, por lo tanto, "reforma del texto original", ya que si no fuera así, la simple contradicción entre la reforma y lo reformado "sería violatoria de la Constitución" y supondría "degradar al rango de norma inferior toda reforma constitucional", lo que no es de recibo [23].

Más adelante, a título de ejemplo, la sentencia comentada encuadra dentro del ámbito de la reforma "las reformulaciones positivas, es decir, el cambio en la redacción de una norma sin modificar su contenido esencial"; las reconceptualizaciones, es decir, el cambio en la conceptualización de un valor protegido en la Constitución" o también el establecimiento de "limitaciones o restricciones, es decir, la introducción por el propio poder de reforma de límites o restricciones para armonizar valores o intereses enfrentados" [24].

Por su parte, la Sentencia C-970 de 2004, al caracterizar la reforma constitucional, se refiere al cambio de "la redacción de los artículos de la Constitución, sin modificar en esencia su contenido" e igualmente alude a la "reconceptualización o reformulación de los mismos, preservando los elementos definitorios esenciales", mientras que, en la Sentencia C-1040 de 2005, la Corte puntualiza que "una reforma constitucional, por definición, modifica la Constitución, la afecta y contradice" [25].

Finalmente, conviene destacar que la misma Sentencia C-1040 de 2005 introduce una caracterización del juicio de sustitución al indicar que, tratándose de la sustitución, "no hay una comparación entre la reforma y la Constitución con miras a establecer si la primera contradice la segunda, dado que, por definición, una reforma constitucional contradice la Constitución por ella reformada" [26] y, en la misma línea, la Sentencia C-293 de 2007, haciendo eco de la evolución jurisprudencial, señala que "la reforma que le compete al Congreso de la República puede contradecir el contenido de normas constitucionales, incluso de manera drástica, pues toda reforma implica transformación, pero el cambio no ha de ser tan radical que sustituya el modelo constitucional actualmente en vigor o que conduzca a reemplazar 'un eje definitorio de la identidad de la Constitución' por otro 'opuesto o integralmente diferente' " [27].

Así las cosas, procede concluir que también en la tradición constitucional colombiana la reforma de la Constitución tiene que ser expresa, lo que implica la clara identificación de los textos que mediante los especiales procedimientos son sometidos a modificación y que, efectivamente, se produzcan transformaciones a tal punto verificables que la certeza acerca de aquello que rige, en la cima del ordenamiento y como Derecho superior del Estado, aflore con facilidad, acompañe la variación y sea prenda de garantía de la seguridad jurídica.

Teniendo en cuenta el sentido que a la reforma constitucional se le ha dado en los anteriores párrafos, resulta de gran importancia aludir a un precedente que pone de manifiesto, tanto la necesidad del carácter expreso de la reforma, como algunas consecuencias derivadas de modificaciones realizadas mediante la observancia de los procedimientos de revisión constitucional, pero sin variar las disposiciones superiores implicadas en la variación.

4.1. El precedente establecido en la Sentencia C-551 de 2003

En este orden de ideas, interesa destacar que, en la Sentencia C-551 de 2003, al ejercer el control de la Ley 796 de ese año que convocaba un referendo, la Corte le negó el carácter de auténtica reforma constitucional a la pregunta 17, por obra de la cual se buscaba la ampliación del periodo de los gobernadores, alcaldes, diputados y concejales que se encontraban en funciones.

En efecto, de acuerdo con el texto que se iba a someter a la consideración de la ciudadanía, todos esos funcionarios seguirían en sus cargos hasta el 31 de diciembre de 2004, lo que implicaba un aumento del periodo previsto en disposiciones constitucionales que, sin embargo, no habían sido previamente modificadas ni eran objeto del referendo.

En aquella oportunidad, la Corporación puso de presente que, mediante ese mecanismo, no se procuraba "modificar, en forma universal, el régimen colombiano", a fin de permitir que en el futuro el periodo de ciertos funcionarios pudiera ser ampliado", pues se pretendía que, "manteniendo las normas ya existentes sobre los periodos de esos funcionarios", se ampliara la duración del periodo a los que estaban en ejercicio [28].

La Corte estimó que la eventual decisión ciudadana cuyo único propósito era mantener en el cargo, "por un periodo mayor, a funcionarios específicos que habían sido elegidos para un periodo menor", habría sido "materialmente un acto electoral" presentado "bajo la apariencia de someter a referendo un proyecto de norma", dado que no se buscaba "modificar, en forma abstracta, el periodo de las autoridades seccionales", sino prolongar la permanencia en los cargos de las personas que los ocupaban [29].

Según el razonamiento de la Corporación, la prolongación del mandato no podía hacerse sin la previa modificación del "régimen constitucional que rige la relación entre los ciudadanos, los elegidos y sus periodos", motivo por el cual dejó establecido que "es necesario distinguir entre la reforma de la Constitución y su quiebre por medio de la utilización ritual de los mecanismos de reforma constitucional", así como evitar que se recurra a los procedimientos propios de la reforma constitucional, "pero no para modificar, de manera general, las cláusulas constitucionales, sino exclusivamente para adoptar una decisión política, singular y puntual, contraria a los preceptos constitucionales" [30].

La necesidad de modificar expresamente los textos superiores pertinentes para que la modificación tenga, al menos por este aspecto, el carácter de reforma constitucional, se torna todavía más evidente cuando la Corte propone el "test de efectividad de la reforma", que consiste en "verificar si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes o después del referendo o de la reforma", de manera que "si las

normas siguen siendo las mismas, entonces no ha existido reforma constitucional", sino un "quebrantamiento de la Carta", fenómeno que efectivamente se había configurado en el caso analizado, "puesto que las normas constitucionales sobre el periodo de esos servidores seguirían siendo idénticas, y la supuesta reforma hubiera servido únicamente (…) para ampliar su periodo de forma ad hoc y singular" [31].

En este contexto cobran singular relevancia las apreciaciones vertidas en la vista fiscal, que llama la atención sobre el hecho de que el Acto Legislativo No. 01 de 2008 se limitó a agregar un parágrafo al artículo 125 superior y dejó intacto el texto que tenía la Carta con anterioridad a su entrada en vigencia. Esa advertencia ha servido para precisar el concepto de reforma constitucional y servirá para evaluar si el parágrafo de tal modo insertado en la Constitución corresponde o no a una auténtica reforma.

La respuesta se dará de conformidad con las consideraciones que se dejan sentadas, pero no de manera inmediata, ya que solamente después de determinar el alcance del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 y de analizar el concepto de sustitución de la Constitución y sus implicaciones en el caso concreto, la Corte tendrá los elementos indispensables para retomar el precedente y decidir lo que de acuerdo con él corresponda.

4.2. El concepto de reforma y los artículos 125 de la Constitución y 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008

Al examinar, en cuanto hace a este primer aspecto, la modificación que en la Constitución de 1991 ha operado el Acto Legislativo No. 01 de 2008, la Corte constata, inicialmente y sin mayores esfuerzos, que dos situaciones caracterizan la aludida modificación. En primer término, es evidente que hay un texto dotado de contenido y por medio del cual el Congreso de la República ordena "adicionar un parágrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución", parágrafo que aparece a continuación, pero, de otro lado, también es ostensible que el artículo 125 superior, tal como estaba redactado antes de que se promoviera el trámite que condujo a la aprobación del Acto Legislativo cuestionado, no sufrió variación textual de ninguna índole.

Desde esta perspectiva, razón le asiste al señor Procurador General de la Nación cuando señala que, pese a la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2008, la Constitución permanece intacta, pues, vistas las cosas de tal modo y a partir de una aproximación inicial al asunto, no existe cambio textual del artículo 125 de la Constitución, cuya redacción sigue incólume.

Tal como se desprende de la vista fiscal, la cuestión, entonces, exige determinar si hubo o no reforma constitucional, ya que, si se toma en cuenta el innegable carácter escrito del parágrafo adicionado, se podría considerar que ese solo hecho basta para demostrar la existencia de reforma, por cuanto, al fin y al cabo, se agregó algo; pero, si se repara en la incolumidad del artículo 125, razonablemente cabe pensar que no tuvo lugar ninguna reforma y que, al añadir el parágrafo, el Congreso de la República se excedió en el ejercicio de su competencia de revisión constitucional.

Respecto de la cuestión así planteada, la Corte advierte que el análisis del eventual vicio de competencia no se puede realizar a partir de la simple oposición de las tesis enfrentadas, mediante una apriorística toma de partido por alguna de las opciones en pugna y manteniéndolas separadas, como si fuera imposible cualquier contacto o relación entre ellas. La Corporación juzga que no cabe proceder de manera tan apresurada, porque aún cuando teóricamente es posible que la adición insertada a continuación de un texto preexistente no tenga ninguna incidencia sobre éste, también es posible que la tenga, hipótesis en la cual esa incidencia puede ser de mayor o menor gravedad.

En efecto, bien puede acontecer que, aún cuando la adición verse sobre materia idéntica a la tratada en el texto preexistente, se limite, por ejemplo, a complementar la regulación mediante la introducción de algo que se estime necesario o a aclarar algún aspecto que en la práctica haya causado confusión, sin variar nada de lo anteriormente previsto.

A juicio de la Corte, así lo ejemplifica el parágrafo adicionado al artículo 125 de la Constitución por el artículo 6º del Acto Legislativo No. 1 de 2003, de acuerdo con cuyas voces “Los periodos establecidos en la Constitución Política o en la ley son institucionales”, de modo que “Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido”, pues esta agregación contiene un aspecto nuevo que, en realidad, no cambió la regulación de la carrera administrativa tal como aparecía previamente establecida en el mencionado artículo 125 superior.

No obstante, en otras oportunidades la adición ubicada a continuación de textos anteriores tiene incidencia sobre esos textos y, claro está, sobre sus contenidos, pese a que no los varíe expresamente y, en tales eventos, el alcance de la modificación no se percibe mediante la apreciación aislada del texto añadido, sino que demanda la lectura conjunta o sistemática de la parte agregada y del texto anterior cuya redacción se ha mantenido intacta, a fin de determinar el efectivo alcance de la transformación y de tener

la posibilidad de medir la intensidad de las variaciones producidas.

En cualquier caso, sea que el texto preexistente no haya sufrido cambios en razón de lo añadido o que, en efecto, los haya experimentado, la Corte se ve precisada a compararlos, pues no existe otra manera de establecer si ha habido o no incidencia de la adición en el texto que permanece sin alteraciones literales y de determinar, en caso de que se configure esa incidencia, cuál es su alcance y cuáles sus implicaciones.

Esta perspectiva de análisis adquiere, además, especial importancia en el asunto sub examine, no sólo por la advertencia del señor Procurador que ha merecido de la Corte la debida atención, sino también porque el demandante en la presente causa considera que el parágrafo que, mediante el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se ha adicionado al artículo 125 de la Constitución comporta una sustitución de la Carta originada en un vicio de competencia, mas no una reforma constitucional.

En atención a las condiciones puestas de manifiesto, la Corporación adelantará el ejercicio comparativo que se desprende de lo hasta aquí considerado, pero, antes de realizarlo, quiere llamar la atención acerca de que la posición ahora asumida no implica cambio ni reemplazo de la jurisprudencia sentada en relación con el enjuiciamiento de reformas constitucionales por vicios de competencia generadores de sustituciones de la Carta, sino respuesta a una situación específica que requiere de una precisión adicional.

En efecto, al hacer referencia a la jurisprudencia constitucional con la finalidad de perfilar el concepto de reforma surgido de esa jurisprudencia, la Corte alcanzó a mencionar que, tratándose del control de Actos Legislativos, no cabe el cotejo entre la Constitución tal como estaba antes del acto reformatorio y la Constitución tal como queda después de que se ha ejercido el poder de revisión, dado que, por definición, la reforma siempre comporta variación de los textos anteriores; mientras que en la presente ocasión se propone una comparación entre el texto anterior al Acto Legislativo No. 01 de 2008 y el posterior a la actuación del Congreso de la República que condujo a su expedición.

Una aproximación elemental basta para concluir que no existe contradicción ni cambio de la jurisprudencia en este aspecto, puesto que la jurisprudencia tradicional de la Corte, que ahora se reitera, se funda en la existencia de una variación textual hecha efectiva mediante el ejercicio del poder de reforma, en tanto que la situación que la Corporación enfrenta, a propósito del proceso que ahora ocupa su atención, tiene un punto de partida diferente y consiste en que el órgano reformador adiciona algo a un texto previo

que no sufre ningún cambio literal y en que es menester conjugar el texto previo e invariado con el texto agregado para fijar el alcance de la modificación y para determinar, a la luz de la competencia otorgada para revisar la Carta, si la adición corresponde a una reforma o encubre un fenómeno distinto e inconstitucional.

4.3. La comparación entre los artículos 125 de la Constitución y 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 y el alcance general de la modificación

Como se anotó al comienzo de estas consideraciones, en su redacción original que no fue cambiada por el Acto legislativo No. 01 de 2008, el artículo 125 de la Constitución establece la carrera administrativa, somete a ella, con algunas excepciones, la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, ordena que los funcionarios sean nombrados por concurso público, salvo que el sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley; prevé el ingreso a los cargos y el ascenso con el previo cumplimiento de los requisitos o condiciones legalmente fijados para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el retiro que se producirá por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por otras causales previstas en la Constitución o en la ley y, por último, descarta la filiación política como criterio determinante del nombramiento, el ascenso o la remoción.

El artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 prevé un mecanismo "extraordinario", en razón del cual, durante tres años, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará mecanismos para inscribir en carrera administrativa, "sin necesidad de concurso público a los servidores que, a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004 ocuparan "cargos de carrera vacantes en forma definitiva en calidad de provisionales del sistema general de carrera", somete la inscripción extraordinaria al cumplimiento "de las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo" y al hecho de que lo desempeñen "al momento de su inscripción extraordinaria" e igual derecho y en idénticas condiciones confiere a "los servidores de los sistemas específicos de carrera, en cuyo caso "la entidad competente adelantará los trámites respectivos de inscripción".

A continuación el Acto Legislativo acusado dispone la suspensión de "todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por los empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente parágrafo", encarga a la Comisión Nacional del Servicio Civil de desarrollar, en tres meses, instrumentos que midan el desempeño de los servidores públicos "inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa" y, finalmente, exceptúa de lo previsto los procesos de selección surtidos en desarrollo de los

artículos 131 y 256 de la Constitución que, en su orden, se refieren, a los notarios y a la carrera judicial, así como lo atinente a la carrera docente y a la carrera diplomática consular.

La comparación que surge de la sola lectura del artículo 125 de la Constitución y del parágrafo que se le ha agregado es suficiente para verificar que éste último tiene notable incidencia en el contenido del primero, pues la sola calificación de "extraordinaria" que el Acto Legislativo No. 01 de 2008 le otorga a la inscripción en carrera regulada por él mismo, denota que el régimen contemplado en el artículo 125 superior es el "ordinario" y, por lo tanto, el aplicable en los supuestos y condiciones no regidas por el Acto cuestionado.

Procede entonces, efectuar una aproximación general al alcance de la modificación, alcance que, en este caso, surge de la conjugación de lo establecido en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 con el contenido del artículo 125 de la Carta y para ello resulta de utilidad tener en cuenta, con los debidos matices, lo que KELSEN denominó el ámbito de validez de las normas del derecho que, de conformidad con su teoría, puede ser considerado desde los puntos de vista espacial, material, personal y temporal [32].

Como su designación lo indica, el ámbito espacial está determinado por el espacio en que un precepto es aplicable y, desde esta perspectiva, las disposiciones jurídicas pueden ser generales o locales según que rijan en todo el territorio estatal o en una parte del mismo. Atendido este criterio, la Corte observa que el artículo 125 de la Carta es de carácter general y que el Acto Legislativo No. 01 de 2008 también es general.

El ámbito material se refiere a la materia regulada en el precepto de que se trate y en relación con este aspecto es de interés destacar que, tanto el artículo 125 superior como el Acto Legislativo demandado, se ocupan de la carrera administrativa, pero lo hacen de manera diferente, porque, conforme se ha indicado, el parágrafo añadido contiene un régimen extraordinario que exceptúa lo previsto en el artículo 125, considerado como el régimen ordinario.

Sin pretensiones de exhaustividad, en cuanto hace a la materia conviene señalar que el artículo 125 de la Carta establece elementos de la carrera administrativa tales como el concurso público para el ingreso y ascenso, así como el criterio del mérito y la determinación de las calidades de los aspirantes conforme lo fije la ley, mientras que el Acto Legislativo objeto de reproche constitucional, prevé la inscripción en carrera "sin necesidad de concurso público" y confía a la Comisión Nacional del Servicio Civil la

implementación de los mecanismos necesarios para hacer viable esa inscripción y el diseño de instrumentos de calificación del servicio prestado por los servidores públicos a cuyo favor se crea el derecho de inscripción extraordinaria.

Con fundamento en esta perspectiva de análisis procede considerar que el artículo 125 de la Constitución es genérico en la medida en que sus previsiones son abiertas y están al alcance de cuantos consideren que, en cada caso, reúnen lo requisitos y condiciones, méritos o calidades para presentarse a un concurso y aspiran a ser seleccionados para desempeñar cargos de carrera administrativa, en tanto que el Acto Legislativo No. 01 de 2008 es de carácter individualizado, pues aunque referido a un grupo de personas, los integrantes de ese grupo son perfectamente identificables, ya que únicamente son titulares del derecho a la inscripción extraordinaria en carrera administrativa "los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera", siempre que hubiesen cumplido las calidades y requisitos al momento de comenzar a ejercer el cargo y que lo desempeñen cuando se inscriban en ejercicio del derecho que, además, se extiende a los servidores de los sistemas especiales y específicos, excepción hecha de los notarios y de las carreras judicial, docente y diplomática consular.

Por último, el ámbito temporal se refiere al lapso durante el cual una disposición conserva su vigencia y permite distinguir entre preceptos de vigencia determinada o indeterminada, según que su permanencia se encuentre previamente establecida o, en definitiva, no lo esté. De acuerdo con este criterio es claro que el artículo 125 de la Constitución está asistido de la vocación de permanencia propia de las disposiciones constitucionales adoptadas por el Constituyente primario y que, en contraste, el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 es de vigencia determinada, dado que incorpora un parágrafo transitorio y otorga el derecho de inscripción extraordinaria en carrera "durante un tiempo de tres años" y mediante el cumplimiento de un procedimiento cuya realización conduce a que "se suspendan" todos los trámites relacionados con los concursos que en la actualidad se adelantan para proveer "los cargos ocupados por los empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente parágrafo".

Vista la comparación efectuada con base en los anteriores ámbitos de validez no queda duda acerca de que, aún cuando no haya variado la redacción del artículo 125 de la Constitución, el parágrafo transitorio incide sobre lo establecido en él, porque, en cuanto hace a la materia, reemplaza su contenido al contemplar un régimen distinto a fin de darle viabilidad a un derecho de inscripción extraordinaria en carrera administrativa (i), en lo atinente al aspecto personal, con la creación del mencionado derecho favorece a un grupo de servidores que ocupan cargos de carrera en calidad de provisionales o de encargados, siempre que cumplan las condiciones allí establecidas (ii) y, desde el punto de vista temporal, se impone durante un lapso determinado, de manera que,

mientras dura su vigencia, desplaza transitoriamente la regulación "ordinaria", cuyos efectos en curso son interrumpidos a fin de hacer posible el derecho de inscripción extraordinaria en carrera, reconocido a quienes les corresponde en razón de lo previsto en el comentado parágrafo.

En resumidas cuentas, el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 reemplaza la regulación general que sobre la carrera administrativa consagra el artículo 125 de la Constitución, pues establece un régimen distinto para acceder a la carrera, régimen del que son beneficiarios determinados servidores y, fuera de reemplazar lo regulado, suspende transitoriamente la vigencia del artículo 125 superior, para que "durante un tiempo de tres años" opere el régimen contemplado en el parágrafo adicionado a la preceptiva constitucional reemplazada y suspendida.

En atención a lo planteado y solicitado en la demanda que ha dado origen al proceso que ahora se decide, la Corte debe examinar si el reemplazo en el contenido material y la suspensión del artículo 125 de la Carta constituyen suspensión de la Constitución o corresponden a un ejercicio válido de la competencia otorgada al Congreso de la República a efectos de ejercitar el poder de revisión constitucional y, para ello, examinará el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 a la luz del concepto de sustitución plasmado en la jurisprudencia y de los elementos del juicio que la Corporación utiliza con el objetivo de determinar si, a propósito de una reforma, se sustituye o no la Constitución.

5. El concepto de sustitución de la Constitución

Conforme ha sido puesto de manifiesto en la presente providencia, la sustitución de la Constitución fue planteada por primera vez en la Sentencia C-551 de 2003, en la cual la Corte indagó acerca de la índole de los vicios susceptibles de afectar una reforma de la Constitución.

Tras indicar que la noción de "vicios de procedimiento" no es "en sí misma evidente", la Corporación estimó que el yerro capaz de generar la inconstitucionalidad de una reforma no sólo puede configurarse durante el trámite establecido, sino que también puede estar presente en un estadio anterior al desarrollo del respectivo procedimiento y afectar al sujeto llamado a cumplirlo y, especialmente, a la competencia de ese sujeto para adelantar la reforma [33], pues, como lo había puntualizado la Corte, la competencia es presupuesto de la forma, "puesto que a ésta sólo puede acceder el sujeto calificado para verter en ella el contenido que de ese modo cobra significación jurídica" [34].

Al analizar el sujeto calificado en el caso del poder de revisión, la Corte distinguió entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado y contrapuso "el ejercicio pleno del poder político de los asociados", y no sometido "a límites jurídicos", propio del primero, a "la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma" [35], que es lo característico del poder constituyente derivado.

Sentadas las anteriores premisas, la Corporación concluyó que el derivado es un poder constituyente, en cuanto se ocupa de la reforma de la propia Constitución, pero que, encontrándose instituido por la Carta vigente, es un poder limitado que "actúa bajo las condiciones fijadas por ella misma", condiciones que comprenden lo relativo a los procedimientos y también "los asuntos de competencia" del sujeto investido para adelantar la reforma [36].

Al abordar lo referente a la competencia, la Corte consideró que, según lo establecido por el Constituyente primario en el artículo 374 de la Constitución, la Carta solamente autoriza al poder de revisión para reformar "la Constitución vigente", pero no para sustituirla por otra Constitución, ya que "el título XIII habla de la 'reforma' de la Constitución de 1991, pero en ningún caso de su eliminación o sustitución por otra Constitución distinta, lo cual sólo puede ser obra del constituyente originario" [37].

Así pues, "el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente", pero mediante esa modificación no está autorizado para sustituir la Constitución, porque, a diferencia de constituciones como la española que permiten la transformación total, en la colombiana la competencia está conferida únicamente para la reforma, mas no para el cambio integral, de manera que si éste se produce en ejercicio del poder de revisión, se incurre en un vicio de competencia que debe ser analizado como cuestión previa al análisis del procedimiento, por cuanto "la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable" [38].

De lo precedente se deduce que, aún cuando "cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado", no es válido sustituir la Carta so pretexto de reformarla, porque, en tal supuesto, se desnaturalizaría el poder de reformar la Constitución y se "excedería la competencia del titular de ese poder" [39], y estimó la Corte que ello es así, pese a que el Constituyente Primario no estableció cláusulas pétreas, de donde se desprende que existe

diferencia entre el carácter insustituible de la Constitución y la intangibilidad [40].

En efecto, ha explicado la Corporación que cuando hay cláusulas intangibles, es el propio constituyente quien define el "criterio de intangibilidad" y enuncia las disposiciones constitucionales intangibles, lo que "impide tocar el núcleo de un principio fundamental o, en su sentido más amplio, afectar uno de los principios definitorios de la Constitución", mientras que la prohibición de sustituir parte de estimar que es posible el cambio, incluso de los principios fundamentales que aisladamente considerados "no son intocables en sí mismos", aunque se considera que ese cambio no puede ser de tal magnitud o trascendencia que produzca un cambio de la Constitución por otra [41].

La sustitución, entonces, es un reemplazo de la Constitución en términos materiales e implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra "completamente distinta" que, por ejemplo, sirva de base a una forma de organización política opuesta, como cuando se cambia la república por la monarquía, la democracia por la dictadura o el Estado de Derecho por el totalitarismo [42].

Siempre que se produce la sustitución se incorpora a la Constitución un nuevo elemento que "reemplaza al originalmente adoptado por el Constituyente" [43], de manera que, para establecer si hay o no sustitución, "es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformatorio con una regla, norma o principio constitucional", pues ello "equivaldría a ejercer un control material" [44], ni para constatar que hay diferencia, pues siempre la habrá, sino para determinar si los principios anteriores y los introducidos "son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles" [45].

Ahora bien, conforme lo ha precisado la Corte Constitucional en providencias que condensan el desarrollo jurisprudencial relativo a la sustitución de la Carta, esa sustitución es total cuando la Constitución "como un todo, es remplazada por otra" [46] o parcial, caso este último en el cual "un eje definitorio de la identidad de la Constitución" es "reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente" [47]. Desde otro punto de vista, también se ha señalado que al Congreso de la República le está vedado sustituir la Carta en forma "permanente o transitoria", dado que el cambio, total o parcial, no puede ser de una magnitud tal que impida "de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria" [48].

Finalmente, conviene destacar que, de acuerdo con la jurisprudencia, el reemplazo de un elemento definitorio por otro opuesto o integralmente diferente, torna imposible la armonización de la pretendida reforma "con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible", asunto que, como todos los comentados, le corresponde comprobar a la Corte Constitucional en ejercicio del control a ella asignado, cuya integralidad constitucionalmente exigida, le obliga a evaluar, en cada evento, la competencia del órgano reformador y determinar "si las nuevas instituciones resultan de tal modo incompatibles con la Constitución anterior que unas y otras no pueden coexistir en el tiempo y en el espacio" [49].

5.1. El artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 y otros conceptos diferentes del de reforma constitucional

Las modificaciones operadas afectan, según se ha visto, los ámbitos de validez material, personal y temporal del artículo 125 de la Carta y, adicionalmente, tornan imposible, durante un lapso determinado, la coexistencia en el mismo espacio de lo establecido en este precepto superior y de lo previsto en el parágrafo transitorio que lo suspende. Las anotadas modificaciones y, en especial, la suspensión, plantean situaciones nuevas que la Corte debe examinar a la luz del concepto de sustitución, a fin de determinar si encuadran dentro de él o constituyen fenómenos jurídicos distintos y complementarios.

Según lo que surge de la jurisprudencia que se ha citado, lo característico de la sustitución de la Constitución radica en que es distinta de la reforma de la Carta, con la cual no puede ser asimilada. Ya en materia de distinción de la reforma constitucional con otras figuras jurídicas, la Corte ha destacado la existente entre la reforma y la mutación, pero resulta importante puntualizar ahora que la doctrina ha desarrollado otras distinciones que pueden ser pertinentes para analizar todo cuanto se desprende de la incorporación de un parágrafo en el artículo 125 de la Constitución.

Así, en doctrina difundida y conocida por los estudiosos del tema, se ha distinguido entre la reforma constitucional y la destrucción, la supresión, el quebrantamiento y la suspensión de la Constitución [50]. El estudio de estas figuras y de sus diferencias con la reforma tiene uno de sus fundamentos de mayor relevancia en la elaboración de SCHMITT, quien los analizó en su Teoría de la Constitución [51] publicada en 1928 y en términos que, desde entonces, han sido acogidos por constitucionalistas de distintas épocas y tendencias ideológicas, incluso democráticas [52].

Según la doctrina, la destrucción de la Constitución se produce cuando se suprime la Constitución existente y esa supresión está acompaña de la del poder constituyente en que la Carta se basaba [53], como acontecería, según la explicación de GARCIA-ATANCE, en "el supuesto de una revisión democrática que subvirtiendo el orden, suprima el poder constituyente del monarca, como sucedió en Francia en 1789 y 1793, en que por vía revolucionaria se produjo la supresión de la monarquía absoluta", o en el caso del golpe de estado, fenómenos que generan "un cambio del poder constituyente y una completa destrucción de la Constitución que se originó mediante aquella actividad constituyente", al punto que "la ruptura del orden es absoluta y de su obra no cabe resquicio de continuidad jurídica" [54].

A diferencia de la anterior figura, la supresión de la Constitución conserva el poder constituyente en que ésta se basaba [55], aunque también se produce resquebrajamiento de la continuidad jurídica, porque se suprime la Constitución, como acaece siempre que, en ejercicio del poder de reforma, se dé lugar a un cambio total de la Carta. En esta hipótesis, la continuidad jurídica desaparece en la medida en que la Constitución suprimida era la base de esa continuidad y, en últimas, únicamente subsiste el poder constituyente que fundaba la Constitución anterior, pues mediante la reforma se le da vida a un ordenamiento constitucional radicalmente distinto y el órgano reformador actúa, en realidad, como si se tratara de un nuevo poder constituyente originario y, claro está, por fuera de los límites impuestos por el poder que estableció la Constitución suprimida [56].

El quebrantamiento de la Constitución, se define como la violación de prescripciones constitucionales "para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas, siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor", ejemplo de lo cual sería la violación "a título excepcional de una prescripción legal-constitucional sin atender al procedimiento previsto para las reformas constitucionales", como cuando el ejecutivo disuelve el parlamento, aunque constitucionalmente no esté prevista esa disolución". El autor también se refiere a la "rotura" autorizada por la Carta o generada mediante el cumplimiento del procedimiento prescrito para las reformas de la Constitución [57].

DE VERGOTTINI explica que la "rotura o quebrantamiento de la Constitución corresponde a un caso particular de modificación de la Constitución" que se produce cuando "se derogan sus normas sólo en un supuesto determinado en tanto que en todos los demás posibles tales normas continúan vigentes (…) quedando incierto establecer si las posibles derogaciones sean, o no, sólo las previstas en el mismo texto constitucional" [58] y, de otra parte, también la doctrina alemana plantea, a propósito de este tema, el problema referente a la admisibilidad y al alcance de los quebrantamientos "tácitos" de la Constitución [59].

Por último, la suspensión de la Constitución tiene lugar cuando "una o varias prescripciones son provisionalmente puestas fuera de vigor" y puede presentarse sin contrariar a la Constitución, cuando se observan las prescripciones a tal efecto previstas, pero también de manera inconstitucional "si las prescripciones legal-constitucionales son puestas fuera de vigor sin que ésta suspensión se encuentre prevista en una regulación legal-constitucional, o con desprecio de un procedimiento acaso previsto para realizarla" [60].

SAGÜES indica que la suspensión puede ser total o parcial y que "las normas del caso permanecen válidas, pero interrumpen su eficacia durante el lapso de suspensión" y, mientras tanto "rige un ordenamiento de excepción", siendo del caso destacar que la suspensión puede ajustarse a la Carta, pero también ser inconstitucional, pues "si tal suspensión es dispuesta por un órgano de iure, y refiere al ejercicio de ciertos derechos y garantías, a título excepcional, puede hablarse de una infracción, transgresión o quebrantamiento de la Constitución" [61].

5.1.1. La sustitución y los conceptos de destrucción, supresión, quebrantamiento y suspensión de la Constitución

Después de la breve referencia a estas categorías, procede contrastarlas con la noción de sustitución de la Carta vigente, a fin de establecer si son diferentes y autónomas o si son susceptibles de encuadramiento o de reconducción a la noción de sustitución de la Constitución que, como se ha reiterado, ha sido perfilada por la Corte Constitucional colombiana.

Previamente, es menester hacer énfasis en que, según lo ha reconocido la propia Corte, el de sustitución de la Constitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que, por ejemplo, permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido a la Corporación "sentar unas premisas a partir de las cuales la Corte, cuando el caso concreto sometido a su consideración así lo exija, deberá avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional" [62].

Así las cosas, cabe precisar que "el proceso de elaboración doctrinaria sobre la materia se encuentra en curso" y que, "a medida que se le presenten casos diversos a la Corte", a partir de las premisas que de manera general se han fijado, "están abiertas algunas

opciones interpretativas en torno a los elementos y las condiciones en las cuales cabría predicar la existencia de un vicio competencial debido a una sustitución de la Constitución" [63].

Hecha esta precisión inicial, resulta pertinente señalar que al elaborar el concepto de sustitución, la Corporación ha designado su acaecimiento mediante el empleo de palabras tales como supresión, eliminación o destrucción de la Constitución vigente y ha estimado que el poder de reforma "no está, por lo tanto, autorizado para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia" o que, en cuanto poder constituido, "la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad" [64].

Las expresiones transcritas se repiten con frecuencia en la jurisprudencia que insiste en puntualizar que "el poder de revisión no comprende la competencia de derogar o abolir la Constitución", pues se trata de un "un poder para reformarla (...), no para sustituirla, destruirla o abolirla" [65] y, en ocasiones se agregan otros vocablos, como cuando se afirma que "toda sustitución de la Constitución comporta una ruptura con el orden preexistente, es una manifestación constituyente con carácter fundacional" y ajena al ámbito de competencia del poder de reforma [66].

La utilización de los anteriores vocablos es ampliamente indicativa de que a la sustitución de la Constitución se puede llegar por diferentes vías y, en consecuencia, es enteramente factible analizar si dentro del abanico de posibilidades que podrían encontrar acomodo en el concepto de sustitución caben la destrucción, la supresión, el quebrantamiento y la suspensión de la Constitución.

En lo relativo a la destrucción de la Constitución, la Corte considera que ciertamente se trata de un fenómeno distinto del de reforma, pero que tampoco encaja dentro del concepto de sustitución acuñado por nuestra jurisprudencia, por la sencilla razón de que la destrucción de la Carta implica también la del poder constituyente que le dio origen, mientras que la sustitución se refiere, fundamentalmente, a un cambio constitucional de gran magnitud, pero realizado por el Constituyente derivado y que no necesariamente desconoce el origen de la Carta sustituida emanada del Constituyente originario que la estableció, aún cuando lo usurpa.

Al respecto, la Corte ha estimado que existe una evidente tensión entre el pueblo soberano y la supremacía constitucional y que esa tensión "se proyecta al campo de los mecanismos de reforma constitucional", pues "el problema surge "cuando la ciudadanía manifiesta claramente su voluntad de sustituir la Carta", evento en el cual "si la propia Constitución no prevé alguna forma de expresión jurídica del poder

constituyente originario, entonces se llega al siguiente dilema indeseable: o la dinámica del poder constituyente se ve obstruida y asfixiada por los límites al poder de reforma; o, por el contrario, una ruptura constitucional ocurre a fin de permitir la expresión del poder constituyente" [67].

Sin embargo, la Corporación advierte que la Constitución de 1991 intenta superar la tensión y el dilema comentados "por medio de una apertura al poder constituyente originario, previendo un procedimiento agravado de reforma, que podría eventualmente permitir una sustitución jurídicamente válida de la Constitución vigente", aunque reconoce que la fijación de ese cauce al poder constituyente originario "es siempre imperfecta, pues el poder constituyente, por sus propias características es 'rebelde a una integración total en un sistema de normas y competencias', y por ello no admite una institucionalización total" [68].

Tratándose de la supresión de la Constitución, la Corte advierte que la conservación de la referencia al poder constituyente en que se basaba la Constitución suprimida aproxima esta noción al concepto de sustitución de la Carta operada mediante reforma, pero en la modalidad de sustitución total. Así pues, la supresión encuadra en el concepto de sustitución que tradicionalmente ha manejado la Corte Constitucional, aún cuando procede aclarar que la jurisprudencia colombiana ha introducido matices en el concepto de sustitución al aludir a la posibilidad de sustituciones parciales o de sustituciones transitorias que no parecen encuadrar del todo en la categoría de la supresión, tal como la ha delineado la doctrina.

Mayor precisión requiere el análisis de la relación entre sustitución y quebrantamiento de la Constitución, ya que la posibilidad de exceptuar determinados supuestos de la aplicación de una disposición constitucional que, no obstante esas excepciones, continúa vigente y regula el resto de los supuestos no susceptibles de adscripción dentro de las excepciones, ha sido objeto de discusión en cuanto hace a su constitucionalidad [69].

DE VERGOTTINI, por ejemplo, parece aceptar tales supuestos cuando la posibilidad de exceptuar está prevista en el mismo texto constitucional, pero expresa dudas acerca de si hay posibilidad de aceptar excepciones más allá de las expresamente contempladas en el texto constitucional [70], mientras que BISCARETTI DI RUFFIA estima que la derogación de algunas disposiciones de la Constitución, "sólo para un caso singular extremo", pero "conservándose inmutable su validez general", debe "aceptarse cuando menos en los casos en que la Constitución no la prohíba de manera general" [71].

A propósito de esta figura, conviene señalar que cuando la Constitución prevé desde el principio la posibilidad del quebrantamiento, la producción efectiva de la "rotura", con base en lo constitucionalmente previsto se diferencia claramente de la reforma, pues la propia Carta abre la posibilidad de que la continuidad de alguno de sus preceptos se altere en supuestos específicos. Empero, el núcleo de la discusión gira en torno a la facultad de introducir excepciones de este tipo mediante reforma constitucional.

En líneas generales procede aceptar que las excepciones comentadas pueden ser introducidas a través de reforma constitucional, ya que así se desprende del concepto doctrinario de quebrantamiento que se presenta cuando la prescripción constitucional se vulnera "sin atender al procedimiento previsto para las reformas constitucionales" [72], de donde se deduce que la reforma es mecanismo válido para incorporar en la Constitución excepciones del tipo comentado.

Así lo ha aceptado la Corte Constitucional, cuando, a título de ejemplo, ha señalado que no constituyen sustitución parcial, sino reforma, "las excepciones específicas, es decir, la adición de una salvedad a la aplicación de una norma constitucional que se mantiene en su alcance general", como sería el caso del establecimiento de "una inhabilidad indefinida por pérdida de investidura como excepción a la regla general que prohíbe las penas perpetuas" [73].

Sin embargo, el concepto de sustitución no está ausente de la discusión, ni de la solución que se le ha dado, ya que, para un sector de la doctrina, la incorporación de las excepciones que configuran quebrantamiento o rotura se justifica en "un caso singular extremo" [74] o requiere que la excepción tenga lugar "en casos concretos bien ponderados, siempre bajo el supuesto de que la excepción sea ordenada desde el primer momento con valor constitucional o, caso de que surgiese la necesidad posteriormente, sea señalada visiblemente en el texto constitucional" [75].

Así las cosas, no cabe concluir a priori que la introducción, por la vía de la reforma constitucional, de excepciones a disposiciones constitucionales que no se aplicarían en el caso concreto excepcionado es siempre e indefectiblemente válida desde el punto de vista constitucional, pues sin desconocer la procedencia general de la reforma para exceptuar, los riesgos también han sido puestos de manifiesto por la doctrina y exigen del juez constitucional el análisis riguroso de la excepción, a fin de evitar que mediante este mecanismo se desborde el poder de reforma.

De este criterio es partidario LUCAS VERDU, quien, refiriéndose al quebrantamiento de la Constitución, apunta que "si esa disposición contiene un principio fundamental, como

por ejemplo, la igualdad ante la ley, o el sufragio universal, etc., es imposible considerar legítimo el quebrantamiento constitucional" y que, "existen, además, otras razones de seguridad jurídica que no toleran la violación, siquiera para casos excepcionales, de normas contenidas en la Constitución, de manera que, en términos generales, puede considerarse ilegítimo el quebrantamiento de la Constitución" [76].

En otras palabras, el quebrantamiento o "rotura" de la Constitución puede, en las circunstancias de una situación específica, conducir a la sustitución de la Carta, trátese de sustitución parcial o total, como, incluso, lo ha admitido la Corte Constitucional al precisar que para que se produzca la sustitución no basta "limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución" puesto que, además, se debe analizar si esas excepciones o restricciones constituyen, en su conjunto, "una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido reemplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma" [77] (Negrillas fuera de texto).

Por lo tanto, no existe absoluta incompatibilidad entre la introducción, por vía de reforma, de excepciones a la aplicación de un precepto constitucional y el eventual desarrollo del juicio de sustitución de la Carta que, en tales eventualidades, deberá cumplirse atentamente y con el mayor rigor, pero en cada oportunidad concreta, siendo del caso anotar que también en los supuestos de reformas tácitas o de la incidencia de modificaciones expresas sobre otras disposiciones constitucionales puede generarse la sustitución y cabe, por consiguiente, el control estricto adelantado mediante el juicio de sustitución.

La figura que queda por analizar a la luz del concepto de sustitución es la suspensión de la Constitución que, como indica DE VERGOTTINI, se diferencia del quebrantamiento, pues mientras que éste "implica una modificación definitiva caracterizada por la especialidad de los sujetos interesados, con incidencia en la misma validez de las normas afectadas", tratándose de la suspensión "las normas permanecen válidas, aunque se suspende, temporalmente, su eficacia" [78].

Al igual que en el caso de la rotura, la suspensión puede obedecer a expresas previsiones constitucionales que la contemplen como medida excepcional, procedente en determinados supuestos y bajo la condición de cumplir a plenitud los requisitos constitucionalmente dispuestos. En este sentido DE VERGOTTINI ha anotado que, en las hipótesis de suspensión, "las modificaciones afectan a la organización y al funcionamiento de los órganos constitucionales y, en especial, el régimen de libertades garantizadas constitucionalmente", de modo que "la cesación del régimen derogatorio de

emergencia deja sin justificación la suspensión, y el regreso de la normalidad significa la reanudación de la plena eficacia de la Constitución que mientras tanto sigue siendo formalmente válida" [79].

Pero también la suspensión puede ser, desde el principio, contraria a la Carta, cuando "se produzca sin que medie prescripción legal-constitucional alguna que prevea tal hipótesis, que derivaría en una suspensión inconstitucional de la Constitución" [80], siendo dudoso, por lo tanto, saber si se ajustan a la Carta las suspensiones directamente producidas mediante la utilización de los mecanismos de reforma constitucional y en eventualidades diferentes a aquellas excepcionales que, según la Constitución, autorizan suspenderla con el cumplimiento riguroso de las condiciones establecidas en el ordenamiento superior del Estado.

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

En efecto, si como lo admite GARCIA-ATANCE, apoyándose en LUCAS VERDU, ya la suspensión constitucional, aunque autorizada por la Ley Fundamental, genera la desconfianza derivada de que "su excepcionalidad implica a su vez que se dejan en suspenso determinadas prescripciones del texto constitucional, con la carga que ello supone de pérdida en la garantía de los derechos, o de cualquier otra prescripción constitucional que la normativa constitucional contempla" [81], con mayor razón tienen que extremarse los cuidados cuando la suspensión es diferente de la producida en los supuestos excepcionales constitucionalmente tasados y se instaura por la vía de la reforma constitucional.

Ahora bien, una vez efectuado el repaso de las nociones de destrucción, supresión, quebrantamiento y suspensión de la Constitución a la luz del concepto de sustitución decantado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, conviene poner de manifiesto que los intentos de atrapar en categorías incomunicables y rígidas los fenómenos jurídicos suelen ser desbordados por la dinámica del ordenamiento jurídico.

Así pues, sin negar la utilidad de las categorías, es menester señalar que, según las especificidades de cada caso, las figuras afines y que, según lo visto, dan lugar a la

sustitución de la Constitución, pueden presentarse en forma separada, es decir, una a la vez, concurrir con otras figuras que simultáneamente se configuren e incluso conjugarse o mezclarse, en cuyo caso, igualmente, se deberán analizar las características del singular fenómeno y decidir acerca de su conformidad con la Carta, lo que también habrá de proceder cuando el caso no encaje exactamente en ninguno de los supuestos aquí esbozados, puesto que la figura de la sustitución todavía está llamada a evolucionar de conformidad con los retos planteados por los eventos concretos que en el futuro se presenten.

6. El juicio de sustitución

En su oportunidad la Corte estimó que el parágrafo incorporado a continuación del artículo 125 de la Constitución por el Acto Legislativo No. 01 de 2008 plantea situaciones nuevas y que, por consiguiente, es necesario determinar si esas situaciones pueden ser adscritas al concepto de sustitución de la Constitución o constituyen fenómenos jurídicos distintos o complementarios.

Esta conclusión avala el adelantamiento del juicio de sustitución con el objetivo de evaluar la constitucionalidad del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, dado que, como quedó consignado, el parágrafo que incorpora afecta los ámbitos de validez material, personal y temporal del artículo 125 de la Constitución e impide que coexistan en el mismo espacio estatal lo normado en el artículo superior acabado de mencionar y lo previsto en el parágrafo acusado que, según se ha visto, lo suspende.

Empero, antes de efectuar el juicio de sustitución resulta indispensable hacer una presentación, breve y general, de lo que la Corte Constitucional ha considerado acerca de sus elementos y etapas. Ya en los recuentos jurisprudenciales que anteceden se ha indicado que, como quiera que la Constitución no prevé cláusulas pétreas, el de sustitución no es un juicio de intangibilidad y que tampoco es un juicio de control material por cuya virtud se compare la modificación operada mediante reforma con principios constitucionales o provenientes del bloque de constitucionalidad, pues sólo comporta la confrontación entre lo modificado y la Carta anterior, no para determinar si hay diferencias, que siempre las habrá, sino para establecer si en realidad se oponen radicalmente y hay reemplazo [82].

Sobre estos criterios que, según se ha reconocido en la propia jurisprudencia, pretenden “identificar aquello que no puede tenerse como una sustitución de la Constitución”, la

Corporación ha puntualizado que para determinar, en el ámbito de la competencia, si el órgano que modificó la Carta era competente para modificarla en el sentido en que lo hizo o si no lo era y, so pretexto de la reforma, sustituyó la Constitución, se debe adelantar un examen que tenga, como premisa mayor, la enunciación de "aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformatorio" [83].

Según la Corte, a la fijación de la anterior premisa debe "suceder el examen del acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos identificadores de la Constitución, a partir de los cuales se han aislado los parámetros del control", de manera que, "al contrastar las anteriores premisas" resulte posible verificar "si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente", así como establecer, finalmente, "si se ha incurrido o no en un vicio de competencia" [84].

Con posterioridad, la Corte ha precisado que para la fijación de la premisa mayor se debe enunciar, "con suma claridad", cuál es el elemento reemplazado e indicar, "a partir de múltiples referentes normativos, cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991", y, así mismo, evitar que algún artículo sea "transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material" [85].

También le corresponde a la Corte impedir que, a raíz de la enunciación del elemento esencial definitorio, se establezcan "límites materiales intocables por el poder de reforma" a la manera de cláusulas intangibles, pues eso no le atañe al juez constitucional, cuya tarea le exige asumir una carga argumentativa orientada a fijar la premisa mayor del juicio de sustitución que, una vez fijada, le debe permitir a la Corporación determinar si "el elemento esencial definitorio" ha sido reemplazado por otro y "si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior" [86].

6.1. El artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 y el juicio de sustitución

En primer término, conviene recordar que la Corte ha advertido que "cuando un ciudadano demanda una reforma constitucional por considerarla inconstitucional tiene la carga argumental de demostrar que la magnitud y trascendencia de dicha reforma conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra". Debido a esa exigencia la Corporación ha reiterado que "no basta con argumentar que se violó una cláusula constitucional preexistente, ni con mostrar que la reforma creó una excepción a una norma superior o que estableció una limitación o restricción frente al orden

constitucional anterior", motivos por los cuales "el actor no puede pedirle a la Corte Constitucional que ejerza un control material ordinario de la reforma como si ésta fuera inferior a la Constitución" [87]. Con base en estas precauciones, procede, entonces, entrar a realizar el juicio de sustitución que la demanda propone en contra del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008.

6.1.1. La premisa mayor del juicio de sustitución

En la presente causa, considera el ciudadano demandante que "como presupuesto para el juicio de sustitución de la Carta" se debe tener en cuenta que, en razón de lo dispuesto en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, han sido "derogados o sustituidos" varios artículos de la Constitución, a saber: el artículo 125, referente a la carrera administrativa; el artículo 40-1 que contempla el derecho de todo ciudadano a elegir y ser elegido, el artículo 40-7 que establece como derecho de los ciudadanos el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, el artículo 13, en lo relativo a la igualdad de oportunidades; el artículo 53 sobre el Estatuto del Trabajo y el artículo 209, en cuanto somete el desarrollo de la función administrativa a los principios de igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad.

También estima el libelista que han sido "derogados o sustituidos" el artículo 1º que funda el Estado Social de Derecho en la prevalencia del interés general, el artículo 2º que establece como fin esencial del Estado el servicio a la comunidad, el artículo 133, de acuerdo con cuyas voces, los miembros de cuerpos colegiados de elección directa "deberán actuar consultando la justicia y el bien común"; el artículo 217 que establece un régimen especial de carrera para las Fuerzas Militares, el artículo 218 que defiere a la ley la determinación del régimen especial de carrera para la Policía Nacional, el artículo 253 que establece un régimen especial de carrera para la Fiscalía General de la Nación, el artículo 268-10 que encarga a la ley la determinación de "un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría" y el artículo 279, de acuerdo con el cual la ley "regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio" de los funcionarios y empleados de la Procuraduría General de la Nación".

La Corte observa que en la extensa enunciación de disposiciones constitucionales que, a juicio del actor, habrían sido sustituidas por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 aparecen algunas directamente relacionadas con la carrera administrativa que es la materia tratada por el precepto acusado de sustituirlas, así como una buena cantidad de artículos que, a primera vista, no guardan una relación tan directa con el tema central que ha generado la discusión en sede de control de constitucionalidad.

Dado que, conforme se ha apuntado, la fijación de la premisa mayor del juicio de sustitución exige precisar cuál es el elemento identificador de la Constitución que, supuestamente, ha sido reemplazo y medir el impacto de ese elemento a través de múltiples referencias normativas y que, de otra parte, no cabe descartar la existencia de relaciones entre normas con el escueto argumento de que, a primera vista, no tienen relación, en ejercicio del control integral que le corresponde, la Corte establecerá las relaciones existentes entre la carrera administrativa y otras disposiciones constitucionales y para ello evaluará los planteamientos del actor a la luz de la jurisprudencia en que la Corte se ha pronunciado sobre la carrera administrativa.

Se trata, entonces, de establecer, a partir de la jurisprudencia constitucional, las relaciones entre la regulación superior de la carrera administrativa y otros contenidos, igualmente previstos en la Constitución, a fin de identificar "las especificidades" del elemento que se dice sustituido en la Carta de 1991. Desde luego, la Corporación no pretende adelantar un juicio material, pues en lugar de comparar el contenido del artículo acusado con el resto de la Constitución, se limitará a fijar, con independencia de lo prescrito en el parágrafo acusado, qué alcance tiene en toda la Constitución la previsión de la carrera administrativa que, se repite, también es objeto de regulación en algunas disposiciones constitucionales.

Además, el ejercicio propuesto se cumplirá con sujeción a la jurisprudencia constitucional y, puesto que la Corte en cumplimiento de sus funciones y, en particular, de las que le permiten adelantar el control de las leyes, interpreta la Constitución, pero también la ley, en esta oportunidad la Corporación se abstendrá de involucrar en su análisis argumentos de raigambre legal y, por lo tanto, destacará, exclusivamente, la interpretación de la Constitución que, como máximo juez constitucional, ha realizado a propósito de la carrera administrativa.

En este sentido, conviene tener en cuenta que, según la misma Corte, cuando se señalan las disposiciones constitucionales como fundamento de los fallos, es razonable demandar que "se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución", para que "de ese modo la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo" [88].

6.1.1.1. El alcance del artículo 125 de la Constitución

6.1.1.1.1. La jurisprudencia constitucional y la evolución de la carrera administrativa

Al interpretar el artículo 125 de la Carta, la Corte Constitucional se ha referido a los orígenes de la carrera administrativa y, en ese sentido, ha destacado que la preocupación por instaurarla fue inicialmente plasmada en la Ley 165 de 1938, en cuyo artículo 4º se la erigió en regla general para la provisión de los cargos en los ramos fiscal y administrativo [89].

Con especial énfasis ha destacado la Corporación que "el examen judicial de estos temas en el derecho colombiano ha tenido como presupuesto histórico, el pronunciamiento de la voluntad del Constituyente y que se remonta a las decisiones del plebiscito de 1957 en materia de la Carrera Administrativa y del Régimen del Servicio Civil" [90].

Al respecto la Corte ha puntualizado que el plebiscito "fue la primera manifestación directa, en materia de Reforma Constitucional, del Constituyente Primario en la historia de Colombia" y que la causa de la elevación de la carrera administrativa a la categoría de canon constitucional, "fue, dentro del espíritu que inspiró ese trascendental proceso, garantizar la estabilidad en los cargos públicos, con base en la experiencia, la eficiencia y la honestidad en el desempeño de los mismos, sustrayéndolos a los vaivenes, manipulaciones y contingencias de la lucha político partidista, que hasta entonces había llevado a que cada vez que se producía un cambio de gobierno y el poder político era conquistado por uno de los partidos tradicionales, sistemáticamente excluía a los miembros del otro partido de la participación en los cargos públicos, aun en los niveles más bajos" [91].

Los textos constitucionales aprobados en 1957 constan en los artículos 5º, 6º y 7º del plebiscito. Según el artículo 5º, "el presidente de la República, los gobernadores, los alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerlas sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro y despido".

El artículo 6º señaló que "a los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio" y el artículo 7º estableció que "en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa o su destitución o promoción".

En desarrollo de los anteriores postulados fue expedida la Ley 19 de 1958 que creó el Departamento Administrativo del Servicio Civil y la Escuela Superior de Administración Pública que se dedicaría a la enseñanza, investigación y difusión de las ciencias y técnicas referentes a la administración pública y, en especial, a la preparación del personal al servicio del Estado.

Con base en la Ley 19 de 1958 se dictó el Decreto 1732 de 1960 que "distribuyó en dos sectores los empleos públicos: los de carrera administrativa, como regla general, y los de libre nombramiento y remoción" y rigió hasta la expedición del Decreto 2400 de 1968, que fue dictado con base en las facultades extraordinarias conferidas al Presidente por la Ley 65 de 1967, para "modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos" [92].

A su turno, el Decreto 2400 fue reglamentado por el decreto 1950 de 1973 que, conforme lo ha destacado la Corte, definió "la carrera como un mecanismo de administración de personal que no reconoce para el acceso al servicio y para la permanencia y promoción dentro de él, factores distintos al mérito personal, demostrado mediante un serio proceso de selección" integrado por "la convocatoria, el reclutamiento, la oposición, la lista de elegibles, el periodo de prueba y el escalafonamiento" [93].

Dentro de esta evolución, la Corte ha destacado que "La Ley 61 de 1987 constituye la última innovación legislativa en materia de función pública durante la vigencia de la Constitución de 1886" y contiene "una nueva clasificación de los cargos de carrera y los de libre nombramiento y remoción", así como una regulación relativa "a la pérdida de los derechos de carrera, la calificación de servicios y los nombramientos provisionales" al paso que "señaló como excepción a la regla general el sistema de libre nombramiento y remoción", bajo el entendido de que "los empleos no enunciados allí deben considerarse de carrera administrativa" [94].

De acuerdo con lo señalado en la jurisprudencia constitucional, toda esta evolución pone de presente "el prolongado esfuerzo legislativo que se ha hecho en nuestro país, para hacer realidad la carrera administrativa en la función pública". A juicio de la Corte, ese esfuerzo fue continuado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 que "se ocupó del estudio de varios proyectos concernientes a la carrera administrativa, pudiendo colegirse de sus debates su compromiso con conceptos integradores de ese concepto, como el ingreso por méritos, la estabilidad asegurada para el eficiente desempeño, la igualdad de oportunidades para todos los colombianos, la moralidad en el desempeño de cargos públicos, y su especialización y tecnificación" [95].

6.1.1.1.2. La carrera administrativa como regla general

Así las cosas, tratándose de la comprensión del artículo 125 de la Constitución, desde los primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional ha sentado que, con base en su contenido, es válido afirmar que la carrera administrativa, en cuanto "instrumento más adecuado ideado por la ciencia de la administración para el manejo del esencialísimo elemento humano en la función pública" [96] es la regla general que admite las excepciones expresamente contempladas en la misma disposición superior glosada [97].

Ese carácter de regla general, directamente derivado de las previsiones constitucionales, ha sido reiterado en sucesivas sentencias de la Corporación que siempre ha recordado cómo, desde el propio texto constitucional, se justifica "la aplicación general de la carrera administrativa como mecanismo por excelencia para el acceso al empleo público", lo cual se traduce en una "necesidad correlativa de interpretar restrictivamente las disposiciones que permiten excluir ciertos cargos de dicho régimen general" [98], para evitar así que, en contra de la Constitución, "la carrera sea la excepción y los demás mecanismos de provisión de cargos la regla general" [99].

Tratándose de las excepciones a la carrera administrativa, como se ha destacado, el propio artículo 125 de la Constitución exceptúa los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción y los de trabajadores oficiales e igualmente defiere a la ley el señalamiento de algunas otras excepciones.

Cabe apuntar que la competencia para excepcionar, mediante ley, la carrera administrativa ha sido objeto de una amplia jurisprudencia en la cual, reiteradamente, la Corte ha reivindicado el carácter de regla general que le corresponde a la carrera y llamado la atención acerca de la necesaria limitación del legislador al fijar los cargos exceptuados, para evitar que el ordenamiento constitucional resulte alterado por una multiplicación de las excepciones que reduzca a extremos marginales el ámbito de la carrera administrativa, pues esta, en cuanto regla general, está llamada a predominar cuando se trate de la provisión de los empleos estatales, de la permanencia en el cargo, de los ascensos y del retiro.

Desde época temprana la Corte advirtió que es indispensable fijar criterios para determinar hasta dónde llega la carrera administrativa y sobre el particular precisó que las excepciones deben contar con fundamento legal, que "el legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera", lo cual significa que "la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción" y

que, en todo caso, “debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada” [100].

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, “para que la función del legislador tenga cabal desarrollo con estricto apego a la normativa fundamental, es necesario que, al expedirse la ley, se considere de manera objetiva cuál es el papel que juegan los distintos cargos dentro de la estructura del Estado y que se evalúe el tipo de funciones a ellos asignadas, con el fin de deducir cuáles resultan incompatibles con el sistema de carrera y cuáles, por el contrario, interpretando el telos de los preceptos constitucionales, encajan dentro de él” [101].

Así las cosas, cuando se excluya del régimen de carrera administrativa un cargo y falte un principio de razón suficiente que justifique la exclusión, “prima la regla general, establecida por la Constitución, esto es, la carrera administrativa” [102], pues la Constitución de 1991 “estableció un régimen que reforzó las garantías en favor de la prioridad de la Carrera Administrativa, que opera como principio especial del ordenamiento jurídico, y que antecede y prevalece ante el régimen de libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos” [103].

La competencia del legislador para determinar las excepciones a la carrera administrativa se ejercita debidamente, “siempre y cuando no altere la naturaleza de las cosas, es decir, mientras no invierta el orden constitucional que establece como regla general la carrera administrativa, ni afecte tampoco la filosofía que inspira este sistema” [104], ya que la alteración de ese orden se traduce, además, en la incorporación de “discriminaciones injustificadas o carentes de razonabilidad” [105].

Dado que “la instancia legislativa no ejerce una capacidad omnímoda, pues el ejercicio de la facultad que le ha sido conferida se encuentra limitado por las situaciones que la Carta ha tenido en cuenta para la fijación del régimen de carrera y por los criterios jurisprudenciales desarrollados por esta Corporación”, siempre que se exceptúen de la aplicación de la carrera administrativa empleos, “sin tener en cuenta la vigencia de la regla general, el principio de razón suficiente y la naturaleza de la función asignada” [106], se impone la inconstitucionalidad que, en varias oportunidades, la Corte ha declarado, tras verificar que el legislador encuadra cargos que debían pertenecer al régimen de carrera, dentro de la categoría de los de libre nombramiento y remoción [107].

6.1.1.1.3. El mérito y el concurso

De conformidad con la interpretación que de las disposiciones superiores ha realizado la Corte Constitucional, la carrera administrativa "se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público", mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los principios generales de la carrera administrativa se enfocan "todos ellos a la eficacia del criterio del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público" [108] y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general [109].

Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa [110]. Así pues, el sistema de concurso "como regla general regula el ingreso y el ascenso" dentro de la carrera [111] y, por ello, "el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos", pues sólo de esta manera "se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual 'el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes" [112].

El concurso es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios "subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (…), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante" [113].

A propósito del mérito y del concurso, importa poner de manifiesto que, de conformidad con reiterada jurisprudencia constitucional, el concurso ha de evaluar "todos y cada uno de los factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo en la administración pública", incluidos aquellos factores en los cuales "la calificación meramente objetiva es imposible", pues "aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones podría determinar la selección, como sería, por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc." [114].

La inclusión de los factores dotados de un componente subjetivo dentro de la evaluación propia del concurso tiene la finalidad de evitar eventuales abusos, dado que, sin

desconocer el matiz subjetivo que caracteriza a la solvencia moral, la aptitud física o el sentido social, lo cierto es que del ámbito de la carrera administrativa "es preciso desterrar la arbitrariedad y, justamente, para ese propósito se ha ideado el concurso" [115].

La evaluación de factores objetivos y subjetivos, tiene, a juicio de la Corte, una consecuencia adicional que es la designación de quien ocupe el primer lugar. En efecto, de acuerdo con la Corporación, "cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación", pues de nada serviría el concurso si, a pesar de haberse realizado, "el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias" [116].

La Corte respondió así a la situación evidenciada por la iniciación de múltiples procesos de tutela "en los que los accionantes se quejan de haber concursado para ingresar a un cargo de carrera administrativa y, a pesar de haber obtenido un puntaje superior al de quien en últimas se nombró, fueron excluidos con el argumento de la falta de idoneidad moral y social de los concursantes" [117].

Estos criterios han sido reiterados y así, por ejemplo, en la Sentencia C-041 de 1995 la Corte condicionó la exequibilidad de un precepto que sólo se refería a "la conformación de la lista de elegibles" a que se entendiera que esa lista debería estructurarse "en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso" y que "el ganador del concurso deberá ser el nominado y que efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán de acuerdo con las personas que sigan en estricto orden descendente" [118].

De igual modo, en la Sentencia C-037 de 1996 la Corporación condicionó la exequibilidad del artículo 166 del proyecto que luego se convirtió en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, a que el nombramiento debería recaer sobre el candidato que ocupara el primer lugar, dado que el mencionado artículo se limitaba a establecer una lista de elegibles al menos conformada por cinco candidatos [119].

Se trata, entonces, de erradicar "el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo" [120], propósito que guía no sólo al régimen general de carrera administrativa, sino también a los especiales que son de índole constitucional y a los específicos que son "de estipulación legal" [121]. En efecto, según la jurisprudencia constitucional, todos los empleos de carrera administrativa se encuentran sometidos al principio del mérito y

en este sentido, aún los específicos de creación legal carecen de identidad propia, es decir, no son autónomos e independientes, puesto que, en realidad, constituyen "una derivación del régimen general de carrera, en cuanto que, debiendo seguir sus principios y postulados básicos, sólo se apartan de éste en aquellos aspectos que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades, justificándose, en estos casos, la expedición de una regulación complementaria más flexible", pero "manteniendo en todo caso los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia" [122].

6.1.1.1.4. La carrera administrativa como principio constitucional

Así pues, trátese del régimen general o de los regímenes especiales o específicos, la carrera administrativa busca asegurar finalidades superiores, dentro de las que se cuentan el reclutamiento de "un personal óptimo y capacitado para desarrollar la función pública [123], la realización de los principios de eficiencia y eficacia, así como del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública, la dotación de una planta de personal que preste sus servicios de acuerdo con los requerimientos del interés general y la estabilidad laboral de los servidores, siempre que obtengan resultados positivos en la ejecución de esos fines [124].

Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional, [125] bajo el entendimiento de que los principios "suponen una delimitación política y axiológica", por cuya virtud se restringe "el espacio de interpretación", son "de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional" y tienen un alcance normativo que no consiste "en la enunciación de ideales", puesto que "su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser" [126].

Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que "en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional" y, más adelante, precisó que

"…siguiendo los presupuestos que definió la jurisprudencia como esenciales para la configuración de un principio de rango constitucional, al analizar el contenido y alcance de lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta, el intérprete puede, sin lugar a equívoco, reivindicar la carrera administrativa como un principio del ordenamiento superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, a tiempo que se erige en instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría, como los de igualdad e imparcialidad, y de derechos fundamentales tales como el consagrado en el numeral 7º del artículo 40 de la Constitución, que le garantiza a todos los ciudadanos, salvo las excepciones que establece la misma norma superior, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos" [127].

6.1.1.2. El artículo 125 de la Constitución, los regímenes especiales de carrera y sus relaciones con otros contenidos constitucionales

La enunciación de las finalidades de la carrera administrativa y su carácter de principio constitucional ponen de presente que, tanto el artículo 125 de la Constitución, como aquellas otras disposiciones superiores que establecen regímenes especiales de carrera tienen evidentes relaciones con otras disposiciones superiores y que, por lo tanto, es imposible pretender que el alcance constitucional de la carrera administrativa se capte en su integridad a partir de una interpretación aislada de los artículos de la Carta que en forma directa se refieren a la carrera, porque ello, inicialmente, se muestra contrario al principio de unidad que impone leer la Constitución como un todo y armonizar sus distintos contenidos.

De esas relaciones ha sido plenamente consciente la Corte, pues ha considerado que la carrera administrativa constituye "un presupuesto esencial" para la realización de propósitos constitucionales que ha clasificado en tres categorías, a saber: (i) la garantía del cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa, (ii) la preservación y vigencia de algunos derechos fundamentales de las personas y (iii) "la vigencia del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública" [129].

Cada una de estas categorías agrupa un conjunto de relaciones de la carrera administrativa con otros contenidos constitucionales. De esta manera, tratándose del cumplimiento de los fines estatales, la carrera administrativa, tal como la concibió el Constituyente de 1991, permite que la función pública sea desarrollada por personas calificadas y "bajo la vigencia de los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia" [130].

De acuerdo con la Corte, existe, entonces, una estrecha relación entre el cumplimiento de los fines del Estado y la prioridad que el constituyente otorga a la carrera administrativa, "que se explica en la naturaleza del sistema y en los principios que lo fundan" [131], dado que "la operatividad material de los sistemas de carrera administrativa impide la reproducción de prácticas clientelistas y otras formas de favorecimiento a través de la concesión irregular de empleos estatales, comportamientos estos que alejan a la función pública de la satisfacción del interés general y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado" [132].

En este orden de ideas, la Corte ha puntualizado que existe "una relación intrínseca" entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, al punto que, según la Corporación, el fundamento constitucional de la carrera administrativa se encuentra en los artículos 125 y 209 superiores", ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, "la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" [133].

A titulo de ejemplo, conviene recordar que, en tempranas providencias, la Corte dejó sentado que la eficiencia y eficacia del servicio público "dependerán de la idoneidad de quienes deben prestarlo", que los conceptos de eficiencia "comprometen la existencia misma del Estado" [134], que "el elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente" [135] y también que el sistema de nombramiento por concurso se inspira "en los principios de eficacia e imparcialidad", porque la actividad de la administración ha de traducirse "en resultados concretos" y la índole instrumental que tiene la administración "respecto de los cometidos gubernamentales y estatales" la debe llevar a "obrar con imparcialidad y absoluta neutralidad políticas" [136].

En cuanto hace a las relaciones de la carrera administrativa con la preservación y vigencia de algunos derechos de las personas, es importante señalar que, reiteradamente, la Corporación ha puesto de manifiesto que mediante la carrera se permite "el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos que consagra el artículo 40, numeral 7º, de la Constitución" [137], ya que el ciudadano puede tener acceso a ese desempeño "acogiéndose a las reglas del concurso público y con sujeción a los méritos y calidades propios", como se deriva de la Declaración Universal de Derechos Humanos que prevé el acceso de las personas "a todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos" [138].

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha precisado que la carrera administrativa contribuye a asegurar la protección de los derechos de los trabajadores establecidos en la Constitución, pues "las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado" [139], en la medida en que ejercitan su derecho al trabajo "con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo" [140] y con la posibilidad de obtener capacitación profesional, así como "los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados", tal como se desprende de los artículos 2º, 40, 13, 25, 53 y 54 de la Carta [141].

Por último, tratándose de la relación de la carrera administrativa con el derecho a la igualdad, la Corporación ha indicado que "el acceso a la carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la igualdad" que se opone al establecimiento de "requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes", pues, en tal evento, se erigirían "barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales" [142].

El vínculo entre el derecho establecido en el artículo 13 de la Carta y la carrera administrativa se manifiesta como igualdad de trato y de oportunidades, ya que, en primer término, el ingreso a los empleos de carrera se debe ofrecer sin discriminación de ninguna índole [143] y, en segundo lugar, todas las personas han de tener la ocasión de "de compartir la misma posibilidad de conseguir un empleo, así luego, por motivos justos, no se obtengan las mismas posiciones o no se logre la aspiración deseada" [144].

En virtud de lo expuesto, "la posibilidad de acceso a los empleos estatales, bajo el régimen de carrera, permite que las expectativas que tienen (las personas) se concreten en el reconocimiento de iguales oportunidades, sin que les sea dado a las autoridades otorgar tratos preferentes" o carentes de "justificación objetiva" [145] e implica, por lo tanto, "que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca" [146].

En concordancia con lo anterior, la Corporación ha puntualizado que del sistema de carrera impuesto por el Constituyente de 1991 surge la prohibición de prever condiciones que impiden la determinación objetiva del mérito de cada concursante, de incluir ítems de evaluación cuya aplicación proceda para algunos concursantes y no para

todos, de disponer distintos criterios para evaluar a los aspirantes vinculados a la respectiva entidad y a los que no lo están y de establecer una regulación más restrictiva para el ingreso a la carrera que la prevista para el ascenso en la misma [147].

En armonía con los postulados enunciados, la Corte Constitucional ha indicado que "los concursos públicos abiertos garantizan la máxima competencia para el ingreso al servicio de los más e idóneos, la libre concurrencia" y por supuesto, "la igualdad de trato y oportunidades" [148], a diferencia de los concursos cerrados, que no son admisibles "ni en el ingreso a los cargos de carrera ni en el ascenso en los mismos", pues "de limitarse el mecanismo de nombramiento de funcionarios de carrera por vía del concurso público sólo al ingreso a la carrera y excluirlo, así sea parcialmente, del ascenso en la carrera, no sólo se desconocería el texto del artículo 125 de la Carta, sino que se vulnerarían los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos" [149].

En la anotada dirección, la Corte ha enfatizado que no cabe establecer distinciones dependientes de si el cargo "se va a proveer con personal externo a la entidad que realiza el concurso o por empleados de dicha entidad que aspiran a ascender al mencionado cargo", ya que no procede prever "una regulación y unas condiciones para quienes pretenden ingresar a la carrera y otras para quienes pretenden ascender dentro de la mencionada carrera" [150].

La igualdad también tiene importantes proyecciones siempre que se trata de evaluar el mérito, porque tampoco se admiten formas de evaluación que propicien el establecimiento "de requisitos que aplican para unos aspirantes pero no para otros", dado que "de nada serviría permitir que todas las personas que cumplen con los requisitos del cargo participen en el concurso para su provisión, si a todas no se les evalúa igual" [151].

Lo anterior no varía en razón del carácter específico de determinadas carreras, porque la especificidad ha de tener reflejo en aspectos tales como el tipo de pruebas y de evaluación, pero no en el establecimiento de privilegios que favorezcan a los inscritos en la carrera, "pues esto supondría que los únicos que pueden manejar con solvencia las actividades propias de las entidades en las que se aplica el sistema específico de carrera, son quienes están vinculados a éstas" [152].

Según la Corte, esto último resulta irrazonable, dado que involucra "un juicio a priori sobre las capacidades de las personas externas a la entidad, cuyo fundamento único es ese precisamente: que son externas a la entidad" y además, "porque la razón del concurso es

justamente determinar la solvencia de los distintos aspirantes frente a unas actividades y unos temas y establecer cuál es el mejor", contexto en el cual "carece de sentido pretender determinar, antes de la realización del concurso, que unos u otros aspirantes son más aptos para desempeñar las funciones requeridas que otros, por específicas o técnicas que éstas resulten" [153].

En el caso de quienes ocupan cargos de carrera en calidad de provisionales, la Corte ha destacado que, conforme lo constitucionalmente regulado, no es procedente establecer a su favor condiciones especiales que no se reconocen a quienes concursan sin hallarse vinculados a la administración, dado que una excepción en el cumplimiento de los requisitos, derivada del solo hecho de haber desempeñado un cargo de carrera, constituye "evidente violación del principio de igualdad entre los concursantes, que infringe el artículo 13" [154].

Sobre el mismo tema, la Corte precisó que "todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones aún respecto de quienes ocupan los cargos en provisionalidad, los que por tal condición no pueden ser tratados con privilegios o ventajas, así como tampoco con desventajas, en relación con el cargo que ocupan y al cual aspiran", por lo cual "todos los requisitos y acreditaciones para el concurso deben exigirse en condiciones de igualdad para todos los aspirantes" [155].

Así, por ejemplo, el señalamiento de la experiencia relacionada directamente con las funciones del cargo y la calificación del desempeño, como factor de evaluación, se traduce en una medida discriminatoria respecto "de aquellos ciudadanos que no pertenecen a la carrera administrativa o que perteneciendo a ella no han desempeñado el cargo a proveer", siendo así que ese factor no les es valorado a todos los participantes [156].

6.1.1.2.1. El ingreso automático a carrera administrativa

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, también se quebranta la igualdad cuando se permite el acceso automático a la carrera administrativa, esto es, cuando a determinadas personas se les autoriza el ingreso a la carrera sin necesidad de pasar por un proceso orientado a valorar sus capacidades o méritos y con fundamento en la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera [157], y se quebranta por cuanto "no tienen adquirido un derecho de ingreso a la carrera" [158], ni siquiera por el simple hecho de haber ejercido el cargo por un periodo largo de tiempo [159].

En otra oportunidad la Corte expuso que al facilitar el ingreso y permanencia en carrera administrativa "de cierto grupo de personas que, por estar en cierta condición (…) no requieren someterse a un proceso de selección para evaluar sus méritos y capacidades", se desconoce "el artículo 125 de la Constitución, que exige la convocación a concursos públicos para proveer los cargos de carrera" y "los principios generales que este sistema de selección tiene implícitos, tales como la igualdad y la eficacia en la administración pública" [160].

A juicio de la Corporación, una excepción de esta clase "desnaturaliza el sistema mismo, pues se dejan de lado conceptos como el mérito y las capacidades, para darle paso a otros de diversa índole, permitiendo que la discrecionalidad de los nominadores rija este sistema e impidiendo que todos aquellos que crean tener las condiciones para desempeñar un empleo de esta naturaleza (…) tengan la oportunidad de acceder a ellos, simplemente porque no hay un mecanismo que permita la evaluación de sus méritos y capacidades" [161].

6.1.1.3. Conclusión en relación con la fijación de la premisa mayor

Para cerrar este apartado referente a la fijación de la premisa mayor del juicio de sustitución adelantado respecto del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, la Corte estima de importancia mencionar que, al estudiar los cargos de inconstitucionalidad dirigidos en contra del Acto legislativo No. 02 de 2004, la Corporación hizo una enunciación general "de las garantías actualmente existentes en la Constitución y sin el conjunto de las cuales podría pensarse que se ha producido una sustitución del sistema democrático" y, dentro de las garantías enunciadas, se encuentra el establecimiento de "la carrera administrativa como regla general, en contraste con un sistema de libre disposición de los cargos públicos" [162].

Dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, diseñada por el Constituyente de 1991, la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución. Bien es cierto que, en el contexto de la Sentencia en la que se identificó la carrera como garantía de esa índole, se la mencionó al lado de otras garantías constitucionales que, de ser desconocidas en su "conjunto", darían lugar a la sustitución de la Constitución.

Para los efectos de la presente providencia y en atención a todo lo que se viene de exponer, resulta indispensable llamar la atención acerca de que, aún cuando se trata de un contexto diverso, tampoco aquí la carrera administrativa constituye un referente

aislado, pues, como se acaba de ver, sus relaciones con distintos contenidos constitucionales se despliegan en tres órdenes relativos al cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al respeto del principio de igualdad, todo lo cual demuestra que, tratándose del caso que ahora ocupa la atención de la Corte, la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución y que su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta adoptada en 1991.

6.1.2. El artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 y la premisa mayor del juicio de sustitución

Una vez efectuado el anterior análisis, vuelve la Corte a destacar el contenido del Artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 con la finalidad de contrastarlo con la premisa mayor que ha sido fijada y de establecer, de conformidad con el resultado de ese contraste, si al expedir el mencionado Acto Legislativo, el Congreso de la República reformó la Constitución o la sustituyó, caso este último en que tendría que determinar el alcance de esa sustitución.

A los efectos planteados, es necesario volver a recordar que la disposición acusada ha sido agregada, en calidad de "parágrafo transitorio", al artículo 125 de la Constitución, cuyo texto, anterior a la agregación, no fue modificado en ninguna de sus partes y que, de acuerdo con el estudio de los "ámbitos de validez" material, personal, temporal y espacial, previamente la Corporación ha concluido que, aunque el artículo 125 superior y el parágrafo adicionado se ocupan de temas referentes a la carrera administrativa, lo hacen de diversa manera. Así pues, más allá de destacar las evidentes diferencias que, por lo demás, ya han sido puestas de manifiesto en esta providencia, de lo que se trata ahora es de establecer si esas diferencias comportan o no una oposición radical entre la premisa mayor del juicio de sustitución y lo que fue añadido por el artículo acusado de sustituir la Constitución.

Para efectuar la comparación orientada a verificar si se presenta o no la aludida oposición, la Corte va a seguir el orden expositivo que empleó para presentar los elementos constitucionales conformadores del eje definitorio que obra como premisa mayor del juicio de sustitución. Así las cosas, la Corporación se referirá, en primer lugar, a lo que implica el parágrafo demandado en relación con el artículo 125 de la Constitución y, a continuación, realizará el cotejo con aquellos contenidos constitucionales que confluyen a integrar la premisa mayor, en virtud de su relación directa con lo regulado en el artículo 125 superior y afines.

6.1.2.1. El artículo demandado y su comparación con el artículo 125 superior

Como ha sido expuesto, la propia literalidad del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 alude al carácter "extraordinario" del derecho de inscripción en carrera administrativa que crea a favor de "los servidores que, a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004, estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera".

La mención de una inscripción "extraordinaria", de entrada, llama la atención sobre la existencia de un régimen ordinario que deja de aplicarse y que es el régimen de carrera establecido en el artículo 125 de la Constitución que, como se ha visto, según el diseño adoptado en 1991, tiene carácter de principio constitucional y de regla general que sólo admite las salvedades contempladas en su propio texto e impone interpretarlas restrictivamente, precisamente para evitar que, en contra de la Constitución, las excepciones se conviertan en regla común y ésta, a su turno, en excepción.

El artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 no modifica ninguna de las excepciones al régimen de carrera previsto en el artículo 125, pero introduce, una excepción al régimen general de carrera administrativa, pues permite una inscripción en carrera, distinta de la que claramente surge del contenido del artículo 125 superior que, se repite, en cuanto regla general, guía los otros sistemas de carrera, sean especiales o específicos.

La introducción de esa excepción afecta algunos otros elementos del régimen de carrera que el Constituyente Originario plasmó en el artículo 125 superior, pues el criterio del mérito que, según lo visto, tiene también carácter de regla general es desplazado por los requisitos que, conforme al precepto acusado, dan derecho a la inscripción extraordinaria en carrera, es decir, por la circunstancia de ocupar, a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004, cargos de carrera definitivamente vacantes en provisionalidad o en encargo, de cumplir "las calidades y requisitos exigidos para su desempeño" al momento de comenzar a ejercer el respectivo cargo y de ocuparlos a la fecha de la inscripción extraordinaria.

La excepción al principio del mérito le otorga carácter prevalente a otros criterios que bien podrían ser la experiencia o la duración en el ejercicio del cargo de carrera, lo que, de conformidad con la interpretación que la Corte ha hecho del artículo 125 superior, no es indicativo de la existencia del mérito personal, pero ni siquiera un factor decisivo o determinante de su evaluación.

Desplazado el mérito, es obvio que también queda desplazado el concurso público que sólo tiene sentido cuando se trata de evaluar el mérito y las distintas calidades de los eventuales aspirantes. Expresamente el artículo demandado señala que la inscripción extraordinaria en carrera administrativa opera "sin necesidad de concurso público" y, de otra parte, suspende "todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente parágrafo".

Cabe destacar, entonces, que, una vez más, se establece una excepción a una regla general, puesto que el concurso público, en tanto componente esencial del sistema de carrera administrativa tiene, en la concepción del Constituyente de 1991, el carácter de regla general para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado.

6.1.2.2. El artículo demandado y su comparación con los contenidos constitucionales relacionados con el régimen de carrera administrativa

Pero el impacto de la incorporación de un parágrafo transitorio a continuación del artículo 125 de la Constitución y, no obstante que el texto de éste no sufrió modificación, también se proyecta hacia el resto de los contenidos constitucionales que guardan estrecha relación con la disciplina constitucional del régimen de carrera, tal como fue originalmente diseñado.

En efecto, si el principio del mérito y el concurso público que pretende hacerlo realidad no son tenidos en cuenta en una hipótesis específica, resulta evidente que se quiebra la relación que, con base en el mérito y el concurso, se podía establecer entre el artículo 125 de la Constitución, los fines del Estado contemplados en el artículo 2º superior y los principios de moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad que, según el artículo 209 superior, guían el desarrollo de la función administrativa que ha de estar "al servicio de los intereses generales".

La Corte Constitucional, en la jurisprudencia transcrita, ha establecido esa relación y no cabe trasladar esos argumentos al caso de la inscripción automática en carrera para recomponer los vínculos rotos, precisamente porque la propia jurisprudencia constitucional ha desestimado ese mecanismo de ingreso automático, tras considerarlo contrario a lo querido por el Constituyente y cercano a las prácticas premodernas de clientelismo, amiguismo o nepotismo que la Carta, en su versión original, quiso evitar.

La anotada contrariedad se percibe, además, en un ámbito que ha de ser tratado con las mayores cautelas, cual es el de los derechos constitucionales fundamentales, pues

quienes ingresan mediante concurso y previa evaluación de su mérito ejercen el derecho al trabajo y adquieren la estabilidad y todos los derechos propios de la carrera, justamente porque han demostrado sus méritos y calidades en pública oposición con otros candidatos sometidos a idénticos procedimientos y pautas de evaluación.

Especial es el contraste entre el ingreso que se produce en razón de la inscripción extraordinaria y automática patrocinada por el parágrafo agregado al artículo 125 de la Constitución y el derecho que la misma Carta prevé en su artículo 40-7, de acuerdo con cuyas voces, "todo ciudadano tiene el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político" para lo cual puede "acceder al desempeño de funciones y cargos públicos". Ese contraste implica la imposibilidad del ciudadano que no se encuentre en las condiciones previstas en el artículo demandado para tener derecho a la inscripción extraordinaria, a aspirar y acceder a los cargos públicos respecto de los cuales se reconoce el derecho "extraordinario", por la sencilla razón de que, como lo ha puntualizado la Corte, no hay convocación abierta ni concurso público.

El artículo 40-7 de la Constitución anticipa la comparación del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 con el artículo 13 superior, que establece el derecho a la igualdad. En este campo, la falta de convocación abierta y de concurso público evidencia el trato diferente entre quienes tienen el derecho a ingresar automáticamente y el resto de ciudadanos, a quienes se les cercena la oportunidad de aspirar, aún cuando reúnan los requisitos y calidades que, en otras condiciones, les permitirían hacerlo.

A ese trato diferente sigue la derogación de la igualdad de oportunidades en el caso específico, puesto que es diferente el punto de partida de unos y de otros. Así, mientras que los servidores en provisionalidad y los encargados tienen, en las condiciones del parágrafo cuestionado, el derecho a inscribirse, ninguna posibilidad de intentar el acceso a la función pública existe para el resto de ciudadanos que, además, deben soportar la descalificación inicial proveniente del suponer que los vinculados en provisionalidad o como encargados son los únicos que tienen la experiencia y los conocimientos adecuados para ocupar los cargos de carrera definitivamente vacantes.

La regulación cuestionada se convierte, entonces, en un factor que da lugar a la existencia de dos grupos: los que permanecen en cargos de carrera del sector público, ya sea como provisionales o encargados y los que están por fuera del sector público sin ninguna opción para aspirar a ocupar esos cargos, precisamente porque son externos, a los cuales se suman quienes, aún hallándose incardinados en el sector público no ocupan ninguno de los cargos definitivamente vacantes y no pueden pretender ocuparlos, así estén en carrera por largos años, con méritos, al superar sus evaluaciones y, por ende, con derecho de ascender participando en el respectivo concurso abierto.

Desde la perspectiva del derecho a la igualdad una situación como la descrita ha sido calificada por la Corte con una expresión que hace pensar, de inmediato, en lo inadmisible de la misma. En efecto, la Corporación ha considerado que a quienes se les permite ejercer el derecho extraordinario a la inscripción automática en carrera, sin que medie proceso de selección y por la simple circunstancia de ocupar un cargo de carrera en calidad de provisionales o de encargados, en realidad se les reconoce un privilegio.

Así, en la Sentencia C-901 de 2008 [163], haciendo eco de jurisprudencia anterior, la Corte indicó que, cuando se propician situaciones como la descrita, "se establece un privilegio a favor de una persona consistente en eximirlo del cumplimiento de requisitos que le son exigidos a otros posibles concursantes por la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera", siendo de aclarar que la cuestión es más grave en el supuesto ahora analizado, debido a que no hay "otros posibles concursantes", por la sencilla razón de que no se prevé concurso alguno.

6.1.2.3. Resumen de la comparación efectuada y conclusión derivada de la misma

Ciertamente, es suficiente lo anterior para concluir que los cambios, completamente normales cuando se reforma la Constitución, no son, en el caso que ahora ocupa la atención de la Corte, simples retoques o modificaciones que preservan intacto el eje definidor que, como premisa mayor del juicio de sustitución, ha presentado el demandante y ha desarrollado la Corte en los términos que se dejan consignados.

Dado que el artículo 125 de la Constitución no fue variado en su tenor literal, la incidencia que, conforme se estudió, ejerce el parágrafo añadido sobre la versión original del precepto superior, produce, en él y en los contenidos constitucionales relacionados, unos resultados que se perciben fácilmente y con la fuerza y contundencia de un marcado contraste.

En efecto, si fuera del todo posible condensar en unas pocas frases las diferencias, se tendría que contraponer a la carrera administrativa, contemplada en el artículo 125 superior, un derecho de inscripción extraordinaria que reemplaza sus elementos esenciales, pues el principio del mérito es sustituido por el hecho de ocupar, como provisionales o como encargados, cargos de carrera definitivamente vacantes, mientras que, de otra parte, el concurso, exigido por el artículo 125 superior como instrumento para determinar el mérito, no cumple ningún papel en la hipótesis normada por el parágrafo añadido que, simplemente, prescinde de él y suspende los que se adelantaban.

De otro lado, en tanto que los fines del Estado y el cumplimiento de la función administrativa, de conformidad con los principios señalados en el artículo 209 superior, tienen, según lo regulado en el artículo 125 de la Carta, un apoyo esencial en la carrera, así como en el mérito y en el concurso que le son consustanciales, de acuerdo con la intención del Congreso al adoptar el parágrafo demandado, prevalece la experiencia, cuya exclusiva consideración ha sido reiteradamente descalificada por la Corte Constitucional que, a tono con la Constitución, ve en la carrera el óptimo mecanismo para administrar el personal al servicio del Estado [164].

Como si todo lo anterior no bastara, del influjo del principio constitucional de igualdad se sustrae a los servidores que ejercen cargos de carrera en provisionalidad o en encargo, concediéndoles un trato favorable consistente en permitirles el ingreso automático a carrera, es decir, sin necesidad de concurso, trato al que no acceden los restantes ciudadanos capacitados para aspirar a un cargo público, para quienes tampoco rige la igualdad de oportunidades, pues el punto de partida de los servidores provisionales o encargados constituye, en la práctica, un privilegio, tal como ha calificado la Corte el pretendido derecho al ingreso automático mediante inscripción extraordinaria en carrera administrativa.

En suma, el régimen "ordinario" plasmado en el artículo 125 de la Constitución, con vocación de generalidad, y el "extraordinario", contemplado en el parágrafo que se le agrega e inclinado hacia la efectividad del derecho de ingreso automático, no sólo son diferentes, sino que son regímenes totalmente opuestos e inconciliables, cuyas diferencias, perceptibles a través del estudio de ámbitos de validez, tales como el material o el personal, aparecen del todo evidentes e implican que, tratándose de la hipótesis regulada en el parágrafo adicionado, no puedan regir, simultáneamente, en el mismo espacio.

6.1.2.3.1. El ingreso automático como excepción y el quebrantamiento o rotura de la Constitución

La Corte, desde lejanos pronunciamientos, ha considerado que el ingreso automático a carrera administrativa constituye una excepción, "pues se dejan de lado conceptos como el mérito y las capacidades, para darle paso a otros de diversa índole" [165], pero la excepción no se finca solamente en que la carrera administrativa, el mérito y el concurso sean tenidos por reglas generales, sino ante todo, en la contundencia de la prohibición del ingreso automático que, con base en el artículo 125 de

la Carta y en las normas superiores con él relacionadas, la Corporación puso de presente, en 1997, de la siguiente manera:

"...la Corte ha sido absolutamente clara: no puede existir norma alguna dentro de nuestro ordenamiento que permita el ingreso automático a cargos de carrera. Por esa razón, ha declarado inexequibles normas que permiten el ingreso a la carrera, en distintos organismos, sin mediar un proceso de selección" [166]. (Negrillas en el original).

Así, en la Sentencia C-317 de 1995, al examinar la constitucionalidad de una disposición que permitía que para el primer nombramiento en la planta de personal de una unidad administrativa especial se prescindiera del concurso y se le otorgara efecto al nombramiento hecho por el director general, nombramiento que implicaba la automática incorporación en una carrera especial, la Corte estimó que el sometimiento de todos los cargos a la forma de designación propia de los empleos de libre nombramiento contradice "la esencia del sistema de carrera" y que igualmente desnaturaliza la carrera "que a ella automáticamente ingresen funcionarios libremente nombrado por el director de la entidad, sin haberse sometido a las normas sobre concurso público" [167].

En esa ocasión la Corte puntualizó que las soluciones posibles no son otras que las ajustadas "a la Constitución y a la ley" y que, por lo tanto, "la eficacia y la celeridad y, en general, las necesidades apremiantes del servicio, no son per se título suficiente para justificar se ignore el mandato constitucional de sujetar el ingreso a los cargos de carrera al previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes", pues esos principios "no dan lugar a una excepción al régimen de carrera", excepción que, de configurarse, vulneraría, además, los artículos 13 y 40-7 de la Carta, por cuanto "desconocer el ingreso a la carrera, equivale a vulnerar el derecho a la igualdad de acceso a la función pública" que, precisamente, se opone al establecimiento de "requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes".

En la sentencia C-037 de 1996, la Corte estudió la constitucionalidad del proyecto que luego se convirtió en la Ley 270 de ese año, Estatutaria de la Administración de Justicia, y declaró la inconstitucionalidad de dos artículos transitorios, identificados con los números 193 y 196. El primer artículo establecía que los funcionarios y empleados que hubiesen sido vinculados a la rama judicial "mediante la respectiva designación en propiedad para el cargo por periodo fijo o a término indefinido", quedaban "incorporados al Sistema de Carrera Judicial".

En relación con este artículo la Corte consideró que resultaba "constitucionalmente reprochable" la incorporación automática al sistema de carrera judicial, "sin necesidad de providencia que así lo determine", ya que a los así favorecidos se les permitiría el goce "de los beneficios y de la estabilidad que conlleva el sistema de carrera, sin haber tenido necesidad de concursar o de demostrar frente a otros candidatos sus aptitudes, conocimientos o preparación profesional" y, después de precisar que "una cosa es haber sido nombrado en un cargo y otra ingresar al sistema de carrera, pues lo primero no implica necesariamente lo segundo", la Corporación señaló que "lo anterior constituye para la Corte una palmaria vulneración del derecho a la igualdad y se convierte en una excepción que desconoce flagrantemente el propósito esencial del artículo 125 superior, al determinar como regla general para vincularse a los empleos estatales, el concurso público" [168].

Respecto del artículo 196 que preveía la incorporación, sin necesidad de providencia que así lo declare, a la carrera judicial y en periodo de prueba, de los funcionarios y empleados de la rama y de la Fiscalía General de la Nación que hubiesen desempeñado el cargo en provisionalidad durante un año o más, la Corte indicó que su inconstitucionalidad era palmaria, porque establecía "como principio general lo que el artículo 125 de la Carta Política ha previsto como excepción", y permitía que "quienes sean nombrados en provisionalidad ingresen inmediatamente al sistema de carrera" sin haber llenado los requisitos mínimos "para ejercer las responsabilidades a ellas asignadas -por eso están nombrados en provisionalidad-" y "puedan gozar de los beneficios y de la estabilidad laboral que garantiza la carrera, en detrimento de otros a quienes, de habérseles dado la oportunidad, hubieran podido aspirar en las mismas condiciones al respectivo cargo" [169].

En la Sentencia C-942 de 2003, la Corte Constitucional decretó la inexequibilidad parcial de una disposición que, aún cuando le permitía al empleado que desempeñara un cargo en provisionalidad participar en igualdad de condiciones en el concurso para el respectivo empleo, establecía que al provisional no se le podían exigir requisitos diferentes a los acreditados al momento de tomar posesión del cargo. La Corporación encontró injustificada la previsión de un privilegio consistente en eximir al empleado provisional "de cumplir requisitos que sí se le exigen a los demás concursantes, por el solo hecho de haber desempeñado el cargo" y destacó, especialmente, la "evidente violación del principio de igualdad entre los concursantes" [170].

Los anteriores precedentes fueron invocados en la Sentencia C-901 de 2008 para declarar fundadas las objeciones presidenciales formuladas en contra de unas disposiciones que establecían "a favor de empleados provisionales, modalidades de acceso a empleos de carrera que los relevan de la prueba del mérito y la capacidad para el

desempeño de funciones públicas", con desconocimiento "de lo previsto en el artículo 125 de la Carta, al omitirse el cumplimiento de requisitos y condiciones para la determinación de los méritos y calidades de los aspirantes" [171].

En la sentencia citada, la Corte enfatizó que "las disposiciones objetadas otorgan un tratamiento diferencial y favorable a quienes ocupan actualmente, en provisionalidad, cargos de carrera vacantes definitivamente, por cuanto los habilita para permanecer en sus empleos y disfrutar de las prerrogativas de los funcionarios de carrera, en contraste con otros empleados y ciudadanos aspirantes, pues mientras éstos deben someterse a un proceso de selección público y abierto, aquellos gozarían de estabilidad en el cargo sustraídos de la obligación de demostrar su mérito" [172].

La Corporación agregó que lo injustificado del trato radica en que "respecto de los empleados provisionales no puede predicarse la existencia de condiciones jurídicas especiales, ya que todos los aspirantes a llegar a un cargo de carrera, sea que lo hayan ejercido o no, tienen sólo una expectativa y no un derecho a ser nombrados", fuera de lo cual aún cuando se tenga la condición de provisional por varios años no puede existir tratamiento "con ventajas" [173].

Respecto del paso del tiempo, la Corte reiteró que no cabe reconocer como consecuencia jurídica el ingreso automático y "menos tras considerar que la precariedad de la vinculación del empleado designado en provisionalidad era conocida por éste", razón por la cual la Corte se limitó a "encontrar deseable que la experiencia de estos servidores pueda serle útil a la administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del servicio público, destacando que disponen del acceso igualitario a los mecanismos de concurso público" [174].

El Congreso de la República buscó, entonces, superar las barreras constitucionalmente impuestas al ingreso automático a la carrera administrativa, mediante la aprobación de un Acto Legislativo reformatorio de la Constitución, pero, al expedirlo, superpuso un parágrafo al artículo 125 de la Carta e instauró, para esa hipótesis específica, un régimen paralelo y, tan opuesto al contemplado en la versión original de la Carta, que reemplaza uno de sus ejes definitorios y la sustituye parcialmente.

Esa sustitución parcial de la Constitución encaja en una categoría distinta de la reforma constitucional y que, según la denominación doctrinaria reproducida en esta sentencia, es el quebrantamiento o rotura de la Constitución, pues el parágrafo demandado contempla una excepción de amplio espectro, la cual sustrae de aquella el régimen de

carrera administrativa, el principio del mérito y la regla que impone el concurso público como medio de ingreso a los empleos estatales e impide, además, el ejercicio del derecho de acceso al desempeño de cargos públicos, así como de los derechos de carrera y del derecho a la igualdad a los ciudadanos que no ocupan cargos de carrera definitivamente vacantes en calidad de provisionales o de encargados.

Sin embargo, el encuadramiento del ingreso automático a carrera administrativa en la categoría de la rotura o quebrantamiento de la Constitución no es del todo exacto, porque, aún cuando autores como BISCARETTI DI RUFFIA, estiman que "la derogación de algunas de las disposiciones de la Constitución" para un caso singular, también puede proceder "por un determinado periodo de tiempo" [175], autores como DE VERGOTTINI consideran que el quebrantamiento o rotura "implica una modificación definitiva caracterizada por la especialidad de los sujetos interesados, con incidencia en la misma validez de las normas afectadas" [176] y se inscriben así dentro del pensamiento de SCHMITT, para quien el quebrantamiento de la Constitución implica que, con la salvedad de las excepciones hechas, "las prescripciones quebrantadas siguen inalterables en lo demás y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor (suspendidas)" [177].

6.1.3. El artículo demandado y la suspensión de la Constitución

De acuerdo con esta última tendencia, el quebrantamiento o la rotura es distinto de la suspensión de la Constitución, que tampoco es reforma, pues, según lo explica DE VERGOTTINI, tratándose de la suspensión, "las normas permanecen válidas, aunque se suspende, temporalmente, su eficacia" [178], a lo que algunos autores agregan que el fenómeno puede estar autorizado por la Constitución, como en el caso de los estados de excepción, o puede ser inconstitucional desde el principio, como sucede cuando las disposiciones superiores "son puestas fuera de vigor sin que esta suspensión se encuentre prevista en una regulación legal-constitucional, o con desprecio de un procedimiento acaso previsto para realizarla" [179].

Ciertamente, al analizar las categorías distintas de la reforma constitucional y al reconducirlas al concepto de sustitución de la Carta se dejó constancia de la posibilidad de que, en la realidad, no se presentaran con todas las características que hacen parte de su configuración doctrinaria o de que, incluso varias de ellas confluyeran en una misma situación. Resulta de interés destacar esto a propósito del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, pues, además de sustituir parcialmente la Constitución mediante la introducción de una excepción que alcanza a varios preceptos constitucionales, suspende efectos de algunas disposiciones superiores, lo cual es susceptible de configurar una nueva forma de sustitución de la Carta, acaso más

grave que las hasta aquí comentadas.

En efecto, al examinar el ámbito de validez temporal la Corte anticipó que el artículo demandado tenía la consecuencia de suspender algunos aspectos de la Carta y a esa conclusión llegó con fundamento en la simple observación de su tenor literal que adiciona "un parágrafo transitorio", permite la inscripción extraordinaria en carrera "durante un tiempo de tres (3) años" y "mientras se cumpla este procedimiento" suspende "todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente parágrafo".

En el régimen de carrera administrativa constitucionalmente diseñado a partir de lo establecido en el artículo 125 superior y en las disposiciones constitucionales que contemplan los regímenes especiales de carrera, los efectos de la comentada suspensión tienen amplio despliegue, puesto que lo previsto en el parágrafo transitorio demandado resulta aplicable en todos los sistemas de carrera, excepto para las carreras judicial, docente, diplomática y consular que expresamente fueron excluidas de su aplicación, que tampoco se presenta tratándose de los notarios.

6.1.3.1. La suspensión y la vocación de permanencia de la Constitución

Ahora bien, en líneas generales, cabe sostener que la suspensión de la Constitución se contrapone a la vocación de permanencia y durabilidad de la Constitución escrita que, a simple vista, resulta ajena a la posibilidad de una interrupción temporal del cumplimiento de sus mandatos, máxime si, con base en lo ordenado por el Constituyente Primario, las instituciones y procesos han iniciado su andadura con miras a su concretización en la práctica jurídica y la mantienen pese al transcurso de los años.

Pero a la vez, el documento constitucional conforma una unidad que aspira a mantenerse en su integridad, junto con el entramado de relaciones que a lo largo del tiempo se traben entre sus variados contenidos, como fruto de su aplicación y de los procesos de armonización a que haya dado lugar la interpretación autorizada de las disposiciones superiores.

Desde luego, es bien sabido que permanencia, durabilidad o mantenimiento de la unidad no significan eternidad y que, por ello, la Constitución requiere de la reforma de sus textos para adaptarse a las circunstancias siempre cambiantes, razón por la cual incorpora, dentro de su contenido textual, cláusulas específicas para propiciar su revisión, siempre que las modificaciones resulten indispensables.

Aún cuando la misma Constitución prevea su reforma, de alguna manera vela por evitar que los episodios conducentes a su modificación sean frecuentes y, por ese motivo, delimita la competencia del órgano encargado de la reforma a que, precisamente, la reforme sin sustituirla y, adicionalmente, rodea el trámite de los cambios de severas exigencias que no sólo garantizan su rigidez, sino que también reafirman su pretensión de permanencia e integridad.

Con todo, la reforma constitucional, cuando se produce, tiene el efecto de contribuir a asegurar la permanencia de la Constitución, pues es posible que el fracaso de los intentos de revisión conduzca a que la Constitución sea desbordada por las circunstancias y desaparezca, junto con el poder constituyente primario que le dio origen.

Esa tendencia a permanecer se proyecta hacia el resultado de la reforma constitucional, pues, aún cuando es modificación del texto original, comparte con él la vocación de perdurabilidad, ya que, mediante la reforma la Constitución busca superar las dificultades que ponen en riesgo su permanencia y continuar rigiendo las relaciones jurídicas y sociales a partir de su texto renovado.

La reforma, entonces, acompaña a la Constitución en su vocación de permanencia y conforma una unidad reparada que pretende, también, ser acogida dentro de la estructura transformada y conformar con ella una unidad que busca subsistir en toda su integridad derivada de la adaptación y de los procesos de aplicación y armonización a que dé lugar, en concordancia con las circunstancias nuevas que generaron la reforma y que, en su momento, no encontraron adecuada respuesta en el texto anterior a ella.

Por principio, la reforma no es ajena a los propósitos de permanencia e integridad de la Constitución, pues, desde la perspectiva de la estabilidad y de la seguridad jurídica, de poco valdría una reforma que ya, desde sus comienzos, prevea su próxima desaparición o el pronto advenimiento de una nueva modificación. “No se concibe un Estado sólo para hoy, ni un presidente sólo para esta tarde, ni una ley sólo para este instante”, lo cual “no excluye el cambio, pero requiere que éste último se realice dentro y no contra, ni al margen, de los cauces institucionales” [180].

Repárese en que las figuras distintas de la reforma constitucional tienen un común denominador que es, precisamente, su carácter irreconciliable con la idea de perdurabilidad de la Constitución. Así la destrucción, que es la más severa, se

caracteriza por la desaparición o cambio de la Constitución, junto con el poder constituyente que la estableció. Además, "la continuidad jurídica del orden se resquebraja como consecuencia de la abolición o supresión de la Constitución", aunque subsista "idéntico poder constituyente" [181] y el quebrantamiento también constituye "un caso muy particular de alteración de la Constitución" [182].

La reforma, entonces, "debe girar en torno a la continuidad del ordenamiento" y, por consiguiente, los cambios que "convulsionan un ordenamiento constitucional" y que no suponen "una continuidad del mismo, han de estimarse de diferente naturaleza de la figura de la reforma constitucional" [183], como, desde luego, también acaece con la suspensión que, al decir de DE VERGOTTINI, se diferencia de la revisión, porque ésta "supone una modificación definitiva y general de las normas", mientras que aquella comporta una suspensión temporal de "su eficacia" [184].

6.1.3.2. La suspensión de la Constitución y los estados de excepción

Tratándose de la suspensión, las constituciones también aseguran su durabilidad mediante las instituciones expresamente previstas para enfrentar situaciones excepcionales que las ponen en riesgo, como cuando se afecta gravemente el orden público y es menester declarar los estados excepcionales que nuestra Carta prevé en sus artículos 212, 213, 214 y 215. De conformidad con la regulación en ellos contenida, en caso de guerra exterior y de grave perturbación del orden público, los decretos legislativos que se dicten podrán suspender las leyes incompatibles con los estados de guerra exterior y de conmoción interior, pero, al tenor de lo dispuesto en el artículo 214, "no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales".

Sin mayores esfuerzos interpretativos, se percibe que la situación regulada en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 dista mucho de corresponder a la hipótesis de suspensión a la cual se alude en el párrafo anterior y que, por lo tanto, en realidad, ha agregado un nuevo supuesto de suspensión que de ninguna forma obedece al propósito de conservar la Constitución, sino mas bien a la finalidad contraria de introducir una ruptura temporal de uno de los ejes definitorios de su identidad.

6.1.3.3. El artículo demandado y el alcance de la suspensión de la Carta

Además, procede apuntar que, de acuerdo con lo visto, la suspensión propiciada por el parágrafo demandado, no sólo se proyecta a la regulación de la carrera administrativa

establecida en el artículo 125 y en el resto de disposiciones superiores referentes a los regímenes especiales de carrera.

En efecto, fuera de la interrupción del principio del mérito y del mecanismo del concurso público, adicionalmente y por obra de la modificación operada, se interrumpe de manera temporal el nexo "intrínseco" que la Corte ha encontrado entre la carrera y la realización de los fines del Estado y de la función pública en particular, así como la vigencia del artículo 40-7 que deja, durante cierto tiempo, de amparar el derecho de acceso al desempeño de cargos públicos a los ciudadanos que no ocupan en provisionalidad o por encargo los empleos de carrera a los que se refiere el artículo cuestionado, y lo propio cabe aseverar del derecho a la igualdad que, durante idéntico lapso temporal, dejará de aplicarse a los mismos ciudadanos y todo para otorgarle viabilidad al privilegio reconocido a los beneficiarios del ingreso automático a carrera, mediante la inscripción extraordinaria establecida en las condiciones del parágrafo acusado.

6.1.3.4. La suspensión de la Constitución y la modificación tácita

La circunstancia de que la pretendida reforma no sólo proyecte sus perniciosos efectos sobre el artículo 125 de la Constitución a continuación de cuyo texto aparece expresamente establecida, sino que influya, decisivamente, sobre otros artículos constitucionales, llama la atención sobre la necesidad de que, en concordancia con el carácter escrito de la Constitución, las reformas sean textuales y aparezcan expresamente en los artículos constitucionales que van a reformar o que, al menos, los mencionen.

Y es que, cuando temporalmente se sustrae de la regulación del derecho a la igualdad un supuesto que antes estaba gobernado por la disposición que lo contempla, en realidad se modifica tácitamente el artículo 13 superior, como también se modifica, de la misma forma tácita, el artículo 40-7, pues, aunque de conformidad con su tenor literal, sólo exceptúa del derecho de acceso al desempeño de funciones o cargos públicos y en las condiciones que determine la ley, a "los colombianos por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad", tendrá que admitir otra excepción consistente en que, así sea temporalmente, los colombianos que no estén en el supuesto regulado por el artículo acusado tampoco tienen garantizado ese acceso.

La situación no es de poca monta ni obedece sólo a una preocupación de mera técnica, porque, a falta de la modificación expresa y que efectivamente conste en los artículos afectados, cualquier ciudadano que lea, aún con detenimiento y conocimiento jurídico, los títulos de la Constitución correspondientes a los derechos o únicamente los artículos

13 y 40-7, no podrá saber que no rigen en toda la extensión sugerida por su dicción literal, ni que su personal y legítima aspiración a ocupar un cargo público quizá no esté amparada por esos contenidos.

Finalmente, y para no prolongar en exceso estas consideraciones, tampoco sabrá ese ciudadano, cuando lea los artículos referentes a los estados de excepción que, fuera de la suspensión de leyes allí prevista y a pesar de la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales, una pretendida reforma permite la suspensión de los derechos consagrados en los artículos 13 y 40-7 en una hipótesis específica y durante un determinado tiempo.

Aunque, en contra de lo anterior, quepa alegar que toda reforma constitucional afecta artículos no mencionados expresamente, la Corte Constitucional considera que, dado el carácter escrito de la Constitución, no es posible concederle aval de constitucionalidad a modificaciones como la introducida por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, porque, a más de propiciar modificaciones tácitas, tiene por objeto de esas modificaciones a derechos constitucionales de índole fundamental y no para mejorarlos, sino todo lo contrario, para disminuir su influjo, de modo que, por esa vía, sufre menoscabo el status constitucionalmente reconocido y asegurado a todos los asociados, sin distinción.

Esta modificación tácita y peyorativa, no es, entonces, de recibo, ni puede ser patrocinada, pues, como lo señala PEREZ TREMPS, se debe evitar el riesgo inherente a reformas que se sitúan "fuera de los pasajes constitucionales especialmente protegidos para evitar el procedimiento de reforma agravado, pese a que, desde el punto de vista material y de técnica normativa, deberían allí situarse, o el de reformas que permiten 'reinterpretar' contenidos especialmente protegidos desde pasajes que no lo están". Según el magistrado del Tribunal Constitucional de España, "este es un viejo problema del Derecho y de la técnica normativa sólo abordable desde la categoría del 'fraude de ley', aquí 'fraude de Constitución' " [185].

6.1.4. El "parágrafo transitorio" como técnica utilizada

Sobre el particular la Corte ha apuntado que una disposición transitoria "usualmente tiene como objetivo evitar que durante el tránsito de una normatividad constitucional o legal a otra se presenten vacíos, inseguridad jurídica o traumatismos respecto del asunto nuevamente regulado", de modo que sus efectos "están llamados a extinguirse una

vez el cometido propuesto por el Constituyente o el legislador haya sido alcanzado" [186].

Así pues, una modificación por virtud de la cual la variación de textos anteriores suponga la adopción de un nuevo régimen jurídico, da lugar a una situación "de derecho intertemporal", es decir, relativa a situaciones jurídicas pendientes, nacidas bajo la regulación anterior y necesitadas de definición a la luz de la regulación nueva que, en otras ocasiones, también genera el establecimiento de disposiciones destinadas a facilitar su pronta aplicación [187].

La Constitución de 1991 previó, en su parte final, un conjunto de disposiciones transitorias y en ellas nada expuso acerca de la carrera administrativa. Por lo tanto, bien cabe pensar que el propósito del Constituyente primario fue propiciar la vigencia e implementación inmediata de la carrera y, a 18 años de expedición de la Carta, se puede afirmar que en tal dirección se ha orientado el Estado colombiano, mediante la apertura de concursos públicos y el progresivo nombramiento de servidores de carrera en distintas entidades del sector público.

En este orden de ideas, el "parágrafo transitorio" insertado por el Congreso, mediante el Acto Legislativo No. 01 de 2008, responde mejor a la técnica de las disposiciones meramente temporales o provisionales, "que regulan situaciones jurídicas nuevas de una forma que se considera provisional, porque esta regulación está sometida a un término resolutivo fijo, que puede ser determinado o indeterminado", ya que, "por muy extenso que se pretenda el derecho transitorio, nunca puede llegar a abarcar a toda prescripción sometida a término", menos aún si su propósito no es facilitar la aplicación definitiva de una regulación nueva [188].

Adicionalmente y como ha quedado expuesto, lo característico de una disposición transitoria es la extinción de sus efectos cuando el cometido buscado por el Constituyente o por el legislador ha sido alcanzado, mientras que, en el caso que la Corte examina en esta Sentencia, si bien es cierto que la inscripción extraordinaria se permite durante el lapso previsto en el parágrafo cuestionado, también lo es que, como lo ha destacado la Corte, aunque se aduzca la "vocación de transitoriedad (…) sus normas generarían situaciones jurídicas definitivas para sus destinatarios" [189], de una manera totalmente contraria a la Constitución.

En cualquier caso, la previsión de un término durante el cual tendría que aplicarse, confirma la suspensión de la Constitución por el Acto Legislativo No. 01 de 2008, así como la sustitución que, en razón de esa suspensión, se opera. Esa sustitución temporal con

efectos definitivos viene a sumarse, entonces, a la sustitución parcial analizada a propósito de la figura del quebrantamiento de la Carta.

6.2. Algunas consideraciones adicionales sobre la inconstitucionalidad del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, a la luz de los criterios empleados por la Corte cuando ha constatado la sustitución de la Constitución

Habiéndose catalogado la suspensión de la Constitución, operada a causa de lo dispuesto en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, como una suspensión parcial y temporal, resulta de gran interés mencionar que no es la primera vez que la Corte verifica la ocurrencia de una situación semejante, pues las Sentencias C-1040 de 2005 y C-551 de 2003 contienen precedentes que la Corporación va a examinar en el orden enunciado, a fin de extraer las conclusiones que correspondan en relación con el caso que ahora ocupa su atención.

6.2.1. El precedente establecido Sentencia C-1040 de 2005

En efecto, en la Sentencia C-1040 de 2005 la Corporación tuvo la oportunidad de examinar la constitucionalidad de una reforma constitucional, uno de cuyos artículos incluía un parágrafo transitorio, por obra del cual se habilitaba al Consejo de Estado para que, de manera supletoria, expidiera algunas disposiciones de carácter estatutario, destinadas a establecer condiciones de igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República, habida cuenta de que el Presidente en ejercicio presentaría su candidatura para un nuevo periodo [190].

La reforma que entonces fue estudiada radicaba en el Congreso de la República la facultad para expedir la respectiva ley estatutaria, pero, a renglón seguido, indicaba que si el poder legislativo no expedía la ley o si, habiéndola expedido, recaía sobre ella una declaración de inexequibilidad, el Consejo de Estado expediría la correspondiente regulación que, en la práctica, no tendría control de constitucionalidad.

En primer término, importa destacar que, según el razonamiento de la Corte, se configuraba “una sustitución parcial de la Constitución” y, para demostrarlo, se precisó que la Carta vigente “tiene como elementos de su identidad los principios de división del poder público y de supremacía de la Constitución” [191].

En lo atinente a la separación de poderes, la Corporación concluyó que, a pesar de la colaboración armónica de los poderes y de los controles recíprocos existentes, era imposible conferirle el carácter de auténtica reforma constitucional al establecimiento

de una facultad legislativa no sujeta a controles políticos, tampoco al control de constitucionalidad y, para colmo, asignada a un órgano judicial.

Tratándose de la supremacía de la Constitución, la Corporación estimó que la modificación de tal modo concebida, entronizaba, en su lugar, el principio de la supremacía del legislador supletorio y extraordinariamente habilitado para expedir una específica regulación.

Pero, además de parcial, la Corte consideró que la indebida transformación de la Carta que así se proyectaba, era temporal, por cuanto la materia cuya regulación se confiaba al Consejo de Estado, se sustraía, así fuera "de manera temporal, del ámbito de la competencia legislativa", dado que se trataba "de la regulación de un específico proceso electoral", que debía "cumplirse en breve término y de cuya configuración, por consiguiente, quedaría excluido el legislador". Se instauraba, de esa manera, "un poder legislativo transitorio" y, según la Corte, que ello sucediera "durante un lapso breve", no era "óbice para constatar que evidentemente durante ese lapso la Constitución dejará de ser suprema en el ámbito que el legislador decida regular" [192].

En síntesis, la Corte planteó que "esa atribución al Consejo de Estado" suponía "una sustitución parcial y temporal consistente en que durante el tiempo en que dicho legislador extraordinario adopte a su arbitrio las normas obligatorias para todos los ciudadanos, la Constitución dejará de ser suprema", e hizo énfasis en que el Congreso había excedido "su competencia como reformador de la Constitución", al expedir la disposición comentada [193].

En la presente oportunidad la Corte reitera los anteriores criterios en cuanto le permiten sustentar la existencia de la sustitución parcial y temporal de la Constitución que en esta oportunidad se ha verificado y añadir, al hilo de las consideraciones que entonces se expusieron, algunas breves puntualizaciones que, en su sentir, contribuyen a reforzar lo que se ha expuesto respecto de la inconstitucionalidad del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008.

Con el propósito últimamente anotado es relevante manifestar que, en esta ocasión, también puede tenerse por sustituido el principio de supremacía constitucional, pues los contenidos superiores reemplazados por el artículo cuestionado también dejan de regir, aún cuando sea temporalmente, y cabe añadir que la integridad de la Constitución sufre notable merma, porque los preceptos afectados no surten la totalidad de los efectos que, de acuerdo con la decisión constituyente originaria, están llamados a surtir.

Considera la Corte que tampoco es ajeno a la sustitución constitucional, operada en el caso que ahora ocupa su atención, el reemplazo del principio de separación de poderes. En efecto, conforme fue indicado en la Sentencia C-1040 de 2005, una de las facetas del cambio inconstitucional del aludido principio radicó en la atribución de facultades legislativas a un órgano de la rama judicial.

En esta ocasión, la Corporación debe destacar que, de conformidad con el régimen constitucional de la carrera instaurado por el Constituyente Primario, en esa materia existe una reserva de ley [194]. Un repaso del artículo 125 superior es suficiente para comprobar que, fuera de los empleos que expresamente la Carta exceptúa de la carrera, también se exceptúan "los demás que determine la ley", siendo evidente que, en ciertas eventualidades, la ley puede determinar sistemas de nombramiento distintos y que, en el ámbito propio de la carrera, por explícita manifestación del Constituyente, al legislador le corresponde fijar los requisitos y condiciones "para determinar los méritos y calidades de los aspirantes", así como señalar causales de retiro distintas de las previstas en la Constitución" y también instituir, en perfecta armonía con la regulación constitucional, los denominados sistemas "específicos" de carrera.

El sentido de la reserva de ley consiste en asegurar que las materias reservadas sean, en todo caso, reguladas por ley y en evitar su regulación mediante el reglamento. Pues bien, en el demandado artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 se le confía a la Comisión Nacional del Servicio Civil la implementación de "los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público" a los servidores que ejerzan cargos de carrera definitivamente vacantes en calidad de provisionales o de encargados y, más adelante, se indica que la referida Comisión, "deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa".

Claramente se observa que, en completa oposición con la separación de poderes y con la definición constitucional de la comentada reserva de ley, se le atribuyen a la Comisión Nacional del Servicio Civil facultades de regulación en materia de carrera administrativa y no para implementarla, sino para tornar viable un mecanismo excepcional de ingreso automático totalmente contrario a la carrera administrativa.

No ignora la Corte que, según el artículo 130 superior, la Comisión Nacional del Servicio Civil es "responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores

públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial", pero tampoco desconoce que esa responsabilidad supone la previa regulación constitucional o legal de la carrera y, por lo tanto, no implica facultad para regular aspectos atinentes al mérito, a los concursos públicos o a la fijación de los requisitos, condiciones o calidades que deben reunir los aspirantes [195].

Las facultades atribuidas a la Comisión Nacional del Servicio Civil tienen el efecto de suplantar al legislador, en abierta oposición con el principio de separación de poderes y la suplantación se configura, no sólo porque el Congreso le haya atribuido a la Comisión materias reservadas a la ley, sino también porque del texto demandado se desprende que los mecanismos implementados por la Comisión son suficientes para hacer efectivo el pretendido derecho a la inscripción extraordinaria en carrera administrativa y que, con tal finalidad, no es necesaria la actuación del Congreso de la República.

En otros términos, los aludidos mecanismos desplazan la regulación que pudiera proveer el legislador y, por ello, el ingreso automático a carrera, propiciado por el artículo cuestionado, fuera de no requerir del legislador, impide que, durante el tiempo señalado para que rija la modificación introducida, el Congreso se ocupe de esos mecanismos o de los instrumentos de calificación dispuestos al efecto por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Se le sustrae así una parcela de regulación al legislador y, temporalmente, se le suplanta en lo que tiene que ver con esa materia, lo cual quiebra el principio de separación de poderes, desconoce el principio democrático e implica la modificación no expresa del artículo 150 de la Constitución que encarga al Congreso de hacer las leyes, así como del artículo 130 superior, pues, sin tocar su texto, se le añade a la Comisión Nacional del Servicio Civil una función diferente de las allí señaladas y tan contraria a la Carta, que, también por este aspecto, la sustituye parcial y transitoriamente. Desde luego, esa sustitución igualmente afecta el control de constitucionalidad, dado que, si falta la actuación del legislador, tampoco hay posibilidades de que la Corte llegue a ejercer el control que eventualmente pudiera corresponderle.

Son, pues, plenamente aplicables al asunto ahora examinado las consideraciones vertidas en la Sentencia C-1040 de 2005, ya que, prácticamente, se le otorga a la Comisión un poder legislativo temporal, "carente de controles que lo sujeten a la Constitución", desprovisto de origen democrático, dotado de facultades para incidir sobre derechos fundamentales, sin pautas ciertas para el cumplimiento de las misiones que se le encomiendan, misiones que, incluso, podría desarrollar a su arbitrio; motivos todos de acuerdo con los cuales procede concluir que "resulta imposible incorporar en la

Constitución de 1991, por ser integralmente diferente a los elementos definitorios de su identidad" [196], una facultad legislativa como la comentada, así sea de manera excepcional y temporal.

Sumados todos los motivos de sustitución de la Carta que la Corporación ha verificado en la presente oportunidad, bien se puede concluir, como lo hizo la Corte en la Sentencia C-551 de 2003 y a propósito de otra violación entonces constatada, que se ha recurrido "a las formas de la reforma constitucional, pero no para modificar, de manera general, las cláusulas constitucionales, sino exclusivamente para adoptar una decisión política singular y puntual, contraria los preceptos constitucionales" [197].

Encuentra contestación aquí el interrogante que se formuló al finalizar la parte preliminar de estas consideraciones. Cabe recordar que en esa parte previa, a propósito de las apreciaciones vertidas en la vista fiscal acerca de la inexistencia de reforma y dado que el texto original del artículo 125 superior quedaba intacto pese a al agregación de un parágrafo, la Corte se preguntó si el precepto demandado correspondía o no a una auténtica reforma y, tras analizar el concepto de reforma y el precedente consignado en la sentencia C-551 de 2003, anunció que daría la respuesta "después de determinar el alcance del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 y de analizar el concepto de sustitución de la Constitución y sus implicaciones en el caso concreto".

En el sentido indicado, ya es suficientemente claro que se ha afectado gravemente la carrera administrativa, el criterio del mérito, el concurso público, los fines del Estado y de la función administrativa, el derecho de acceso al desempeño de cargos públicos, los derechos inherentes a la carrera, el derecho a la igualdad, la supremacía de la Constitución, el principio de separación de poderes, la cláusula de competencia legislativa y el control de constitucionalidad confiado a esta Corte, con el único objetivo de conferirle el privilegio de inscripción extraordinaria o de ingreso automático a la carrera a un grupo determinable de personas: aquellos que ocupan, como provisionales o encargados, empleos de carrera definitivamente vacantes.

Como se recordará, en el precedente que sentó la Corte y que ahora se reitera, la Corporación analizó la prolongación del periodo de las autoridades territoriales y estimó que la supuesta reforma no implicaba la adopción de "una norma abstracta e impersonal, que es lo propio de las reglas constitucionales", sino que apenas constituía una medida específicamente dirigida a "un grupo particular de gobernantes" [198].

En esas condiciones, la Corte, después de precisar que un régimen constitucional se propone "instaurar un gobierno de leyes y no de personas, a fin de proscribir la arbitrariedad", puntualizó que "es de la esencia de una regla o de una norma tener una pretensión mínima de universalidad, esto es, debe tratarse de una regulación expedida para regular un conjunto de situaciones que son iguales en sus aspectos relevantes" y no de una regla "puramente ad-hoc", es decir, "puramente singular" o "adoptada exclusivamente para ser aplicada a unos sujetos determinados y concretos" [199].

A juicio de la Corte, tal situación puede generar un quebrantamiento de la Constitución y, ante tal eventualidad, señaló que "para determinar si existe o no ese quebrantamiento de la Carta, ciertos sectores de la doctrina han propuesto un 'test de efectividad de la reforma' que se realiza verificando si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después (…) de la reforma", de modo tal que "si las normas siguen siendo las mismas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular" [200].

En aquella ocasión la Corte estableció que las disposiciones superiores relativas a los periodos de los funcionarios se mantenían intactas en su redacción textual, no obstante lo cual se pretendía que el periodo de algunos de ellos fuera acortado, mientras que el de otros sería ampliado, razón por la cual concluyó que, "puesto que las normas constitucionales sobre el periodo de esos servidores seguirían siendo idénticas", la "supuesta reforma" hubiera servido únicamente para despojar a esos funcionarios de sus cargos, o para ampliar su periodo, de forma ad-hoc y singular" [201].

Pues bien, en el caso tratado en esta sentencia, el test planteado por la Corte opera plenamente y no avala el carácter de reforma con el que se buscó presentar al artículo demandado. De una parte, el recurso a un pretendido parágrafo transitorio, añadido al artículo 125 superior dejó intacto el texto de éste, y de otro lado, pese a las notables implicaciones del parágrafo demandado en el ámbito de sus efectos, el texto de los artículos 2, 13, 40-7, 53, 150, 209, para citar unos cuantos, permanece inalterado después de la supuesta reforma que el Congreso quiso introducir valiéndose del Acto Legislativo No. 01 de 2008.

La modificación tácita que tiene lugar en la mayoría de los artículos mencionados a lo largo de esta providencia demuestra, fehacientemente, que el Congreso de la República quebrantó la Constitución, con el único propósito de imponer una decisión ad-hoc que beneficia a un grupo de personas y que, además, quiso amparar la efectividad de ese propósito colocándolo bajo el manto de una reforma constitucional que, como se

ha demostrado, de tal, si acaso, únicamente tiene el nombre.

Al ratificar su propio precedente, la Corte vuelve a insistir, de conformidad con él, en que "este tipo de decisiones puramente ad-hoc desnaturaliza el poder de reforma a la Constitución al ser la materialización de una ruptura o quiebre temporal o incidental de la Carta" [202]y, por último, llama la atención acerca de que el carácter singular de la modificación inconstitucional queda corroborado cuando se repara en que el parágrafo acusado, fuera de excluir a quienes no están en provisionalidad o como encargados, ni siquiera incluye a todos los que hacen parte del grupo de provisionales o encargados, pues no de otra manera se explica que, por ejemplo, la Asociación de Etnoeducadores Afrocolombianos del Pacífico sur "MARES" haya intervenido para solicitar de la Corte su inclusión en el parágrafo transitorio, para garantizar el derecho a la igualdad o que, una persona que desempeña en provisionalidad un cargo en la rama judicial, hubiera pedido su inscripción extraordinaria en carrera, valiéndose de una solicitud de tutela que le fue negada, porque el Acto legislativo No. 01 de 2008 no es aplicable a los servidores de la rama judicial [203].

6.2.3. Conclusión

A partir de los anteriores ejemplos, la Corte llama la atención acerca de que los supuestos que dieron origen a la sustitución parcial y temporal de la Carta son muy puntuales y concretos, como que en el caso abordado en la Sentencia C-1040 de 2005 la Corporación identificó y estudió por separado, como ejes difinitorios de la identidad superior, la supremacía constitucional y la división del poder público, mientras que, tratándose de la Sentencia C-551 de 2003, bastó para comprobar la sustitución el desconocimiento de la pretensión mínima de universalidad que deben tener las reglas y la no superación del consiguiente test de efectividad de la reforma.

Dado que, de acuerdo con la jurisprudencia citada, la configuración de una cualquiera de las tres circunstancias da lugar a la sustitución, la Corte observa que la sustitución parcial y temporal operada por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 es de más amplio espectro, pues, conforme se ha apuntado, al reemplazo del contenido del artículo 125 superior por otro integralmente distinto, sigue la sustitución de aquellos contenidos constitucionales que, según la propia jurisprudencia constitucional, tienen relación directa con la carrera administrativa y, como si esto no bastara, se acaba de demostrar que a esos motivos inicialmente verificados, se suman la afectación de la supremacía constitucional, del principio de separación de poderes y de la pretensión de universalidad de las reglas, evidenciada por la no superación del test de efectividad.

La Corte entonces considera que, ante tal concurrencia de motivos, no tiene alternativa diferente a la declaración de inconstitucionalidad de la pretendida reforma que excepciona y suspende importantes contenidos de la Constitución, con las repercusiones estudiadas en esta sentencia.

6.3. El control de constitucionalidad y las modificaciones que afectan el carácter permanente de la Constitución, que establecen excepciones y que afectan la índole escrita de la Carta

La sustitución temporal y parcial de la Constitución ha sido detectada con fundamento en el examen estricto que la Corte debe adelantar siempre que las modificaciones introducidas a la Constitución, so pretexto de reformarla, carezcan del carácter permanente propio de las constituciones, exceptúen supuestos normativos en ellas establecidos y afecten su índole escrita, mediante la producción de cambios tácitos que, sin reflejarse en los textos, incidan en ellos para restringir los derechos o las situaciones favorables a los asociados, establecidas por el Constituyente Primario, sobre todo en aspectos considerados axiales o definitorios de nuestro Estado Social de Derecho.

La Corte insiste en que tales eventualidades generan un control estricto de la pretendida reforma, pues la eficacia de la Constitución y su vigencia no pueden quedar sometidas a la producción de sucesivos cambios que excepcionen, directamente suspendan o tácitamente transformen la Constitución y mucho menos pueden quedar sometidas a la concurrencia, en un mismo tiempo, de varias excepciones, de varias suspensiones, de varios cambios tácitos desfavorables e incluso a la combinación simultánea de excepciones, suspensiones o cambios tácitos peyorativos, lo cual podría conducir a que, en un momento dado, la Constitución dejara de regir.

Así pues, son suficientes las anteriores consideraciones para concluir que el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 es inconstitucional y, por ello, en la parte resolutiva de esta providencia, la Corte decretará su inexequibilidad.

7. Los efectos de la presente sentencia

Tanto el demandante, como el Procurador General de la Nación solicitan que a la presente decisión se le otorguen efectos retroactivos. La Corte tiene facultad para dotar de efectos retroactivos a sus sentencias y, en esta oportunidad, hará uso de esa facultad, porque, conforme se ha explicado, el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 tiene por efecto suspender una parte de la Constitución, cuyo carácter permanente no admite soluciones de continuidad como la acabada de

examinar, a lo cual cabe agregar que la materia objeto de suspensión constituye uno de los ejes definitorios de la identidad constitucional y que la sustitución parcial desconoce la integridad de la Carta, integridad cuya guarda también está confiada a la Corte Constitucional.

Consecuente con lo anterior, se ordenará la reanudación de los concursos suspendidos, sin desmedro del derecho que asiste a quienes venían inscritos en las respectivas convocatorias realizadas antes de expedirse el Acto Legislativo de que aquí se trata, o a quienes en el caso de convocatorias posteriores a su vigencia dejaron de inscribirse, por hacer uso del pretendido derecho a la inscripción extraordinaria.

Por lo demás, repugna a la lógica elemental y al sentimiento constitucional que de un acto que de ninguna manera puede ser clasificado como reforma constitucional, puedan surgir derechos cuyo amparo sólo sería posible en detrimento de los derechos constitucionales definidos por el Constituyente Primario y al precio de conferirle efectos a una sustitución de la Constitución o de proteger los derechos que, supuestamente, surgieron mientras estuvo vigente tal sustitución. En otras palabras, si esta decisión únicamente tuviera efectos hacia el futuro, ello equivaldría a convalidar una situación anómala y a aceptar que la Constitución no rigió durante un lapso y eso es, desde todo punto de vista, inaceptable.

Sin perjuicio de lo precedente, la Corte considera relevante recordar que, según su jurisprudencia, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados [204], ya que, importa precisarlo, no está permitido reemplazar a un trabajador provisional por otro que no haya superado los concursos públicos y abiertos [205].

Además, la estabilidad que se les reconoce implica que los trabajadores nombrados en provisionalidad sólo pueden ser removidos mediante resolución motivada y con el lleno de las garantías constitucional y legalmente reconocidas, tales como los derechos al debido proceso y de defensa, de modo que existe “la obligación de expresar en el correspondiente acto administrativo los motivos por los cuales la autoridad decide retirar del cargo de carrera a quien lo desempeña provisionalmente” [206], razones que, por ejemplo, tienen que ver con causas disciplinarias, con la baja calificación del desempeño laboral o con otras causas atinentes al servicio, siempre y cuando se hagan constar expresamente [207].

Finalmente, conviene señalar que, aún cuando sólo fue demandado el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, su artículo 2º que reza "El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación", también será separado del ordenamiento jurídico, pues carece de sentido mantenerlo, puesto que su vigencia y eficacia dependen totalmente del artículo 1º, en ausencia del cual es perfectamente inane.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar INEXEQUIBLE, en su totalidad, el Acto Legislativo No. 01 de 2008, "Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política".

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

Salvamento de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Salvamento de voto

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Magistrado

Salvamento de voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA A LA SENTENCIA C-588 DE 2009

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Competencia de la Corte Constitucional solo por vicios de procedimiento/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO REFORMATORIO DE LA CONSTITUCION-Competencia de la Corte Constitucional solo por vicios de procedimiento en su formación (Salvamento de voto)

El texto constitucional que fija las competencias de esta Corte es meridianamente claro en su sentido y alcance, al punto de resultar inaceptable cualquier progresista interpretación que de él quiera hacerse, más aun si conduce a la ampliación de su contenido literal, siendo la primera de tales competencias la de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que se promuevan contra los actos reformatorios de la Constitución, que advierte en su parte final que dicha competencia se extiende sólo a lo relacionado con "vicios de procedimiento en su formación", con lo que se erradica cualquier espacio a la duda, estableciendo taxativas atribuciones a la Corte, tal como lo son en un Estado de derecho todas las competencias de los órganos constituidos, y por si esto fuera poco, el mismo numeral 1°, que trata sobre el tema del control de los actos legislativos, utiliza el adverbio sólo para significar, sin duda alguna, la exclusión de cualquier otra atribución diferente a la allí establecida (vicios de procedimiento en su formación).

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR VICIOS DE COMPETENCIA-Implicaciones/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR VICIOS DE COMPETENCIA-Rebasa las competencias atribuidas a la Corte Constitucional (Salvamento de voto)

PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION POR EL CONGRESO-Inexistencia de límites materiales (Salvamento de voto)

Al revisar la historia de nuestro constitucionalismo se observa que cuando quiera que el constituyente ha querido establecer límites competenciales al Congreso como órgano reformador, éstos han sido expresamente fijados en el texto constitucional, y existiendo en cabeza del Congreso una cláusula general de competencia, tanto legislativa como

de reforma a la Constitución Política (artículos 150 y 374 respectivamente), la misma Constitución no señala taxativamente los límites de contenido a los cuales está sometido dicho poder de reforma en cabeza del Congreso, por lo cual ha de entenderse que ellos no existen. Y ello es así, por una razón fundamental: en materia de competencia el principio universal es la consagración de reglas claras y expresas, descartando la analogía o las fórmulas implícitas, como garantía de que las actuaciones de las autoridades se ceñirán al debido proceso y al principio de legalidad. Además, es el propio texto constitucional actual el que no deja duda sobre la voluntad del constituyente de 1991 de no imponer límites materiales al poder congresual de enmienda.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO REFORMATORIO DE LA CONSTITUCION POR SUSTITUCION-Contradicciones de esta tesis/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR VICIOS DE COMPETENCIA-Implica un control de contenido (Salvamento de voto)

La tesis sobre sustitución de la Constitución tiene como consecuencia importantes situaciones que devienen inaceptables dentro del marco de la Constitución y del Estado de derecho, varias de las cuales fueron señaladas con ocasión del análisis contenido en la sentencia C-1040 de 2005, y una de tales consecuencias es el hecho de que, pese a que la posición mayoritaria de la Corte se esfuerce en diferenciar el así denominado control sobre vicios de competencia de lo que es el control material sobre el contenido de las disposiciones reformadas, es evidente que a través de este mecanismo la Corte termina inevitablemente realizando un análisis de fondo sobre el contenido material de la reforma, que es precisamente lo que la misma Corte ha terminado reconociendo como imposible dentro del marco de nuestra Constitución Política. La otra preocupante realidad se refiere a que, si como se explica en varios de los pronunciamientos en los que se plantea esta novedosa tesis, el juicio sobre sustitución de la Constitución depende del análisis de “los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad”, dado que no siempre los principios o valores son igual de evidentes, o son los mismos para todas las personas, dicho juicio supondrá la extensa reflexión de la Corte sobre tales valores y principios, de tal manera que el juicio de sustitución dependerá en últimas de lo que sobre el tema consideren las mayorías temporalmente existentes al interior de la Corte Constitucional, lo que resulta inaceptable, por cuanto el parámetro de control con el que se realiza este ejercicio debe ser externo y objetivo y no depender de las personales percepciones de quienes integren esta Corte. El ejercicio de un control constitucional que vaya más allá de verificar el procedimiento de expedición del acto reformatorio, esto es, un control de fondo o material -como el que pretende encubrir la aludida teoría del control competencial-, desconoce la lógica implícita en todo acto reformador que por su propia naturaleza se opone al orden constitucional precedente.

Referencia: expediente D-7616

Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2008.

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, comedidamente me permito presentar las razones que me llevan a apartarme de la decisión adoptada en este caso por la mayoría de la Sala Plena.

La razón que motiva mi disentimiento, tal como tuve ocasión de manifestarlo durante las sesiones en las que se debatió este tema, es el hecho de no compartir la tesis esbozada por esta corporación a partir de la sentencia C-551 de 2003, conforme a la cual la Corte Constitucional puede examinar, como presupuesto previo al análisis de constitucionalidad de un acto legislativo, si el Congreso de la República era o no competente para expedir esa reforma, dependiendo de la materia de la cual ella trata.

En oportunidades anteriores, las razones de mi desacuerdo quedaron consignadas en las aclaraciones de voto que en su momento presenté respecto de las sentencias C-740 de 2006 y C-293 de 2007, en las que la Corte reiteró esta controvertible tesis, pero emitió decisiones inhibitorias frente a las demandas entonces propuestas. En este caso, dado que la mayoría de la Sala acogió este planteamiento como ratio decidendi de su resolución, y la tuvo como fundamento principal de la inexequibilidad del Acto Legislativo 01 de 2008, resulta procedente reiterar tales reflexiones, ahora como sustento de mi voto disidente. Esos motivos se resumen brevemente en la siguiente forma:

1. Claridad del texto constitucional que fija las competencias de la Corte Constitucional e imposibilidad de ampliarlo por vía de interpretación

Parecería innecesario comenzar por mencionar que el texto constitucional que fija las competencias de esta Corte (art. 241, en su encabezado y, para el caso, numeral 1°) es meridianamente claro en su sentido y alcance, al punto de resultar inaceptable cualquier progresista interpretación que de él quiera hacerse, más aun si conduce a la ampliación de su contenido literal.

En efecto, la mencionada preceptiva comienza por establecer que "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos de este artículo". Luego, el numeral 1° de la misma norma, que fija como la primera de tales competencias la de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que se promuevan contra los actos reformatorios de la Constitución, advierte en su parte final que dicha atribución se extiende sólo a lo relacionado con "vicios de procedimiento en su formación" (no está en cursiva ni en negrilla en el texto original).

Como puede apreciarse, la norma es clara en su encabezado –estrictos y precisos términos de este artículo–, y usa expresiones de tal contundencia, que erradica cualquier espacio a la duda, estableciendo taxativas atribuciones a la Corte, tal como lo son en un Estado de derecho todas las competencias de los órganos constituidos. Pero por si esto fuera poco, el numeral 1°, que trata sobre el tema del control de los actos legislativos, utiliza el adverbio sólo para significar, sin duda alguna, la exclusión de cualquier otra atribución diferente a la allí establecida (vicios de procedimiento en su formación). Por esto no comprendo cómo, la ya reiterada inventiva jurisprudencial a que me vengo refiriendo, desatiende la claridad de este texto, para intentar justificar un análisis que evidentemente no está comprendido dentro de las atribuciones de esta corporación.

Con lo anterior, la Corte asume frente a esta norma una especie de interpretación por el absurdo, al concluir que es posible precisamente lo contrario de lo que ella claramente establece, situación que nunca resulta aceptable como sistema de interpretación jurídica, menos aún cuando la norma en cuestión es, como en este caso, una disposición que establece competencia.

2. El llamado control de competencia desconoce la realidad constitucional colombiana, sobre ausencia de límites explícitos al poder de reforma en cabeza del Congreso

La posibilidad de adelantar un control constitucional de los actos legislativos que comprenda también el análisis previo de la competencia, como el que realiza la Corte en la sentencia de la cual me aparto, supondría, en su ejercicio, que en la Constitución se encuentren señalados, con antelación, y en forma explícita, los límites materiales que no pueden ser desbordados por el órgano reformador.

Al revisar la historia de nuestro constitucionalismo se observa que cuando quiera que el constituyente ha querido establecer límites competenciales al Congreso como órgano reformador, éstos han sido expresamente fijados en el texto constitucional. Así, por mencionar dos ejemplos, el artículo 190 de la Constitución de la República de Colombia de 1821, establecía en forma explícita que la enmienda constitucional hecha por el Congreso en ningún momento podría alterar la bases contenidas en la Sección 1ª del Título I, y en la 2ª del Título II; así mismo, la Constitución del Estado de Nueva Granada de 1832 en su artículo 218 disponía que el poder de reforma del Congreso no se podía extender nunca a los artículos atinentes a la forma de gobierno.

Ahora bien, existiendo en cabeza del Congreso una cláusula general de competencia, tanto legislativa como de reforma a la Constitución Política (artículos 150 y 374 respectivamente), la misma Constitución no señala taxativamente los límites de contenido a los cuales está sometido dicho poder congresual de reforma, por lo cual ha de entenderse que ellos no existen. Y ello es así, por una razón fundamental: en materia de competencia el principio universal es la consagración de reglas claras y expresas, descartando la analogía o las fórmulas implícitas, como garantía de que las actuaciones de las autoridades se ceñirán al debido proceso y al principio de legalidad.

Además, es el propio texto constitucional actual el que no deja duda sobre la voluntad del constituyente de 1991 de no imponer límites materiales al referido poder de enmienda, pues de un lado, el artículo 376 superior atribuye al Congreso el señalamiento de la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, cuando a través de este procedimiento se busca modificar la Ley Fundamental; y de otro lado, el artículo 377 ibídem, permite que el órgano legislativo al ejercer el poder de reforma introduzca modificaciones que comprometan aspectos básicos del orden constitucional como son los derechos y las garantías fundamentales, los procedimientos de participación popular y el Congreso, estando sometido, en estos eventos, solamente al control político eventual en cabeza del pueblo (referendo).

Pretender, entonces, adelantar un juicio sobre la competencia del órgano reformador, sin que en la Carta Política existan claros y explícitos límites materiales o de contenido a su ejercicio, implica desconocer, allí sí, la estructura constitucional colombiana en esta materia, y al mismo tiempo, transgredir el diáfano tenor de los mandatos constitucionales en los que no se fijan parámetros al poder de reforma constitucional.

Por ello inquieta que ante la ausencia de límites materiales expresos al poder de enmienda en cabeza del Congreso, sea la Corte Constitucional, como poder constituido, la que en forma implícita y ad hoc pretenda deducirlos para adelantar un control constitucional que rebasa las competencias que le atribuye en forma precisa y estricta el

artículo 241 de la Constitución.

3. Las contradicciones internas de la tesis sobre control a la sustitución de la Constitución

Como lo ha puesto de presente en pasadas oportunidades el Magistrado Humberto Sierra Porto [208], quien también expresó su salvedad de voto en esta ocasión, la tesis en comento adolece de importantes contradicciones internas que minan su sustento, al punto de tornarla inaceptable.

Quizás la más evidente de tales contradicciones radica en el hecho de aceptar que todas las normas constitucionales son válidamente reformables, tal como se ha afirmado en varias oportunidades anteriores y se reitera ahora en el fallo C-588 de 2009 mediante el reconocimiento de que "la Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles", para simultáneamente advertir que el órgano competente para reformar la Constitución no podría "sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta", ni "derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad". Además, esta distinción trae consigo el riesgo de que la indefinición de estos alcances sirva en realidad como vía para "petrificar" preceptos cuya variación ni de lejos podría tildarse de abrogación integral.

A propósito de los ejemplos que usualmente se han dado para sustentar esta tesis y del caso que en esta ocasión terminó por considerarse como un claro evento de sustitución de la Constitución, repárese en el hecho de que existen varios preceptos superiores cuya sola alteración supondría cambios de gran calado, los que conforme a esta hipótesis deberían ser también tenidos como inaceptables. A manera de ejemplo, considérese el caso del artículo 11 (derecho a la vida), del artículo 13 (derecho a la igualdad), del artículo 58 (garantía a la propiedad privada) y del artículo 113 (separación de las ramas del poder público y colaboración armónica entre ellas). Como puede advertirse de manera espontánea, no es fácil comprender cómo todas ellas serían potencialmente modificables –ya que "la Constitución no contiene cláusulas pétreas"–, pero no obstante ese hecho, la Corte podría comenzar por analizar si el constituyente secundario tenía o no facultades para abordar esos temas, ya que ello podría comportar la sustitución parcial de la Constitución.

4. Situaciones inaceptables que resultan de la tesis sobre control a la sustitución de la Constitución

Además de lo ya explicado, la tesis sobre sustitución de la Constitución tiene como consecuencia importantes situaciones que devienen inaceptables dentro del marco de la Constitución y del Estado de Derecho, varias de las cuales fueron así mismo señaladas por quienes no la comparten, con ocasión del análisis contenido en la sentencia C-1040 de 2005.

Una de tales consecuencias es el hecho de que, pese a que la posición mayoritaria de la Corte se esfuerce en diferenciar el así denominado control sobre vicios de competencia de lo que es el control material sobre el contenido de las disposiciones reformadas, es evidente que a través de este mecanismo la Corte termina inevitablemente realizando un análisis de fondo sobre el contenido material de la reforma, que es precisamente lo que la misma Corte ha terminado reconociendo como imposible dentro del marco de nuestra Constitución Política.

La otra preocupante realidad se refiere a que, si como se explica en varios de los pronunciamientos en los que se plantea esta novedosa tesis, y también ahora en la sentencia C-588 de 2009, el juicio sobre sustitución de la Constitución depende del análisis de "los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad", dado que no siempre los principios o valores son igual de evidentes, o son los mismos para todas las personas, dicho juicio supondrá, como ha ocurrido en este caso, la extensa reflexión de la Corte sobre tales valores y principios, de tal manera que el juicio de sustitución dependerá en últimas de lo que sobre el tema consideren las mayorías temporalmente existentes al interior de la Corte Constitucional.

Ello no resulta aceptable por cuanto, sin perjuicio de la importante función que en relación con el tema del control constitucional cumple la jurisprudencia, es evidente que el parámetro de control con el que se realiza este ejercicio debe ser externo y objetivo (el texto constitucional, el bloque de constitucionalidad) y no puede depender, ni en todo ni en parte, de las personales percepciones de quienes, de tiempo en tiempo, integren esta Corte.

5. El control de competencia desconoce además la lógica, pues el poder de enmienda constitucional no puede estar sujeto a límites materiales

Toda modificación constitucional implica por sí misma una contradicción con el ordenamiento superior preexistente. Es decir, que desde el punto de vista de su contenido material, la reforma constitucional contraviene la Constitución vigente, pues mediante ella precisamente se busca modificar sus mandatos.

Por tal razón, el ejercicio de un control constitucional que vaya más allá de verificar el procedimiento de expedición del acto reformatorio, esto es, un control de fondo o material -como el que pretende encubrir la aludida teoría del control competencial-, desconoce la lógica implícita en todo acto reformador que por su propia naturaleza se opone al orden constitucional precedente.

No sucede lo mismo en relación con el establecimiento de límites formales o de procedimiento al ejercicio del poder de reforma constitucional, pues en este caso el control constitucional se justifica, dado que tales parámetros parten del supuesto de que el poder de enmienda no es del todo absoluto sino que está sujeto a trámites especialmente exigentes, por ser un poder creado por el propio constituyente primario, es decir, una facultad jurídica que debe ser desarrollada dentro de los cauces constitucionales.

En este sentido, sustraer el poder de reforma constitucional de los límites establecidos en la Constitución, en lo relativo a la manera de realizar variaciones conduce inevitablemente a confundir un poder constituido como el de reforma en cabeza del Congreso, con el poder constituyente originario radicado en el pueblo.

Lo anterior permite afirmar, por tanto, que el juicio sobre el contenido de una reforma constitucional no es de carácter jurídico sino político, pues corresponde al pueblo soberano, y, en representación suya, al Congreso o a una Asamblea Nacional Constituyente.

De ahí que la Corte al realizar el juicio sobre la sustitución -que no es otra cosa que un juicio de fondo sobre el contenido de los actos legislativos-, excede sus funciones constitucionales, ya que sustituye al pueblo como titular de la soberanía en quien reside, en forma exclusiva y excluyente, la potestad omnímoda de decidir sobre la morfología de la organización jurídico-política denominada Estado.

6. Anotación final: La Constitución de 1991 ha venido asumiéndose como más rígida de lo que realmente es

La tesis prohijada por la mayoría de la Corte sobre control a la sustitución de la Constitución tiene como resultado caracterizar la Constitución de 1991 como más rígida de lo que en realidad es. Para estos efectos, entiendo por rigidez de una constitución lo que tradicionalmente ha considerado como tal la doctrina constitucional, esto es, el

hecho de que la propia carta política prevea la existencia de mecanismos de reforma sobre sí misma, cuya completa realización es relativamente difícil, de tal modo que dicha dificultad haga poco frecuente la ocurrencia de reformas constitucionales y favorezca en cambio la larga permanencia del texto constitucional originalmente adoptado por el poder constituyente.

En efecto, la percepción sobre qué tan factible es en Colombia el cambio constitucional se ve sensiblemente alterada cuando la Corte advierte que un buen número de cambios –sin precisar exactamente cuáles–, serían inaceptables por suponer una sustitución de la Constitución, concepto que como explico en el presente salvamento de voto no fue tenido en cuenta por el constituyente, y menos en la forma como ha quedado plasmado en varias de las sentencias emitidas por esta Corte durante los seis últimos años, concretamente a partir del fallo C-551 de 2003.

Ahora bien, como en efecto es esta Corte la que por mandato de la Constitución ejerce las funciones de control constitucional, la postura jurisprudencial comentada de hecho hace a la Constitución colombiana más rígida de lo querido por el constituyente, cambio que –sin necesidad de especular sobre su conveniencia o inconveniencia–, no considero legítimo ni procedente, simplemente por lo que representa en cuanto desconocimiento del legado constitucional, que es misión de la Corte defender y preservar.

Finalmente, y de cara a la transformación que con esta postura genera la Corte, es oportuno recordar cómo los modelos constitucionales rígidos generan en el mediano y largo plazo la creciente insatisfacción del pueblo, y en general de la comunidad política, que independientemente de coyunturas particulares, terminan percibiendo dicha dificultad como un deliberado intento de quienes en cada momento detentan el poder político, por impedir el cambio del statu quo y preservar así sus privilegios.

No en vano, en la historia reciente de Colombia se cuentan algunos episodios de esta naturaleza, que en su momento hicieron mucho daño y generaron la cada vez más reducida empatía entre el ciudadano y su Constitución, situación que al hacerse crítica condujo al cambio constitucional de 1991, por caminos distintos a los que en su momento contemplaba la Constitución entonces vigente.

Con mi acostumbrado y profundo respeto,

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-588 DE 2009

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

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR VICIOS DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Constituye una ampliación al alcance de la competencia de la Corte Constitucional/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR VICIOS DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Implicaciones negativas de su ejercicio (Salvamento de voto)

Ampliar el alcance de la competencia de la Corte Constitucional en el examen de los actos reformatorios de la Constitución, de manera tal que abarque los vicios de sustitución, tiene las siguientes implicaciones negativas: (i) riñe con el tenor literal del artículo 241.1 de la Carta y permite un control material de las reformas constitucionales, (ii) implica un cambio radical y profundo en el concepto de constitución, al avanzar hacia el concepto de constitución material, (iii) plantea una distinción artificial entre las distintas vías de reforma a la Constitución.

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

El artículo 241 constitucional fija el alcance de las distintas atribuciones de la Corte Constitucional como órgano encargado de velar por la integridad de la Carta Política, y en su numeral 1º excluye del control constitucional cualquier otro defecto distinto de los que constituyan vicios de procedimiento. La cuestión radica, entonces, en tipificar los vicios de procedimiento en la formación de los actos reformatorios de la Constitución, para lo cual habría que consultar las distintas ritualidades que han de

cumplirse con ocasión del trámite de una reforma constitucional, las cuales varían de acuerdo al mecanismo de reforma de que se trate, pero se refieren en general a que se surtan los trámites o etapas previstas por la Constitución y las leyes que sirvan de norma interpuesta de control en estos casos, bien sea la Ley Orgánica del Congreso de la República o la Ley Estatutaria de los Mecanismos de Participación Ciudadana. Así entonces, pretender extender el alcance de esta expresión de manera que cobije el producto definitivo de un procedimiento de reforma, adelantado por el órgano que según la propia Constitución está autorizado para ello, en este caso el Congreso de la República, para determinar si éste incurrió en un supuesto exceso en el poder de reforma significa privar a la expresión vicios de procedimiento de su sentido natural u obvio para permitir por esta vía el examen material de la reforma constitucional.

CONTROL POR VICIOS DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Contradice la naturaleza del control de constitucionalidad (Salvamento de voto)

Si bien se afirma que la Constitución de 1991 no establece ninguna cláusula pétrea o inmodificable, las decisiones que defienden las tesis de la sustitución de la constitución parten de la existencia de unos elementos estructurales que no pueden ser modificados sustancialmente, lo que convierte precisamente a tales elementos estructurales en una cláusula pétrea operante como límite material al poder de reforma, además anunciarse que el control de la sustitución de la Constitución no reviste las mismas características de un control material, pero por la manera como se adelante este peculiar juicio de constitucionalidad, los supuestos elementos estructurales terminan por convertirse en parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de la reforma, por lo que la figura de los vicios de sustitución de la Constitución implica un control del contenido de las reformas constitucionales y no se entiende como se pueda ejercer un control de esta naturaleza sin la existencia de límites materiales al poder de reforma.

JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Metodología aplicada reafirma el carácter material del control que se ejercita (Salvamento de voto)

La construcción de la “premisa mayor” del juicio de sustitución no es nada distinto a la elaboración de un parámetro material del control a partir del texto original de la Constitución porque con fundamento en el texto constitucional se edifica un marco normativo que servirá para juzgar el alcance de la reforma.

CONTROL JURIDICO Y CONTROL POLITICO-Diferencias (Salvamento de voto)

CONTROL DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR VICIOS DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Control de carácter político/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR VICIOS DE COMPETENCIA-Corresponde a un control de carácter político (Salvamento de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO REFORMATORIO POR VICIOS DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Desconoce el poder de reforma previsto en la misma Constitución (Salvamento de voto)

La tesis sobre los vicios de sustitución de la constitución significa una desvalorización del poder de reforma a la Constitución, que prevé los procedimientos de reforma, a saber: Reforma por el Congreso, la cual se denomina en nuestro ordenamiento acto legislativo; reforma mediante referendo constitucional; y reforma mediante la utilización de una asamblea constituyente. Estas tres vías o procedimientos son los únicos establecidos para hacer cambios en el articulado constitucional, en la que la mayor o menor intensidad en calidad o cantidad de los temas objeto de la reforma son irrelevantes para efectos del control de constitucionalidad, pues las enmiendas constitucionales son expresión de la voluntad del poder constituyente, y la Corte Constitucional en tanto poder constituido no puede oponerse a la voluntad del poder constituyente expresada en los términos señalados por la Constitución misma.

PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION POR EL CONGRESO-Inexistencia de límites materiales (Salvamento de voto)

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2008-No introduce una verdadera reforma al texto constitucional (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-7616

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008, “por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”

Mauricio Bedoya Vidal

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el acostumbrado respeto, el suscrito Magistrado disiente de la decisión mayoritaria que declaró inexequible en su totalidad, con efectos retroactivos, el Acto Legislativo No. 01 de 2008, "Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política".

Las razones de mi disentimiento las expondré en dos partes. Inicialmente haré referencia a las críticas generales que suscita la tesis de la competencia de esta Corporación para examinar los así denominados "vicios de sustitución a la Constitución". Luego me detendré en las particulares dificultades que implica la aplicación de esta modalidad de control en el examen de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2008.

Como he sostenido de manera reiterada, considero que ampliar el alcance de la competencia de la Corte Constitucional en el examen de los actos reformatorios de la Constitución, de manera tal que abarque los vicios de sustitución, tiene las siguientes implicaciones negativas: (i) riñe con el tenor literal del artículo 241.1 de la Carta y permite un control material de las reformas constitucionales, (ii) implica un cambio radical y profundo en el concepto de constitución, al avanzar hacia el concepto de constitución material, (iii) plantea una distinción artificial entre las distintas vías de reforma a la Constitución.

A continuación se expondrán de manera más detenida las razones que sustentan las anteriores críticas.

1. La tesis de los vicios de sustitución permite un control material de los actos reformatorios de la Constitución que riñe con el tenor del artículo 241. 1 de la Carta.

El artículo 241 constitucional hace parte de la Constitución orgánica colombiana y específicamente el conjunto de enunciados normativos que lo integran fija el alcance de las distintas atribuciones de la Corte Constitucional como órgano encargado de velar por la integridad de la Carta Política. El numeral 1 de la disposición en comento textualmente recita "Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que

promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación" (negrillas y subrayas fuera del texto).

De la anterior redacción resulta que el adverbio sólo delimita todo el alcance del enunciado normativo resaltado y excluye del control constitucional cualquier otro defecto distinto de los que constituyan vicios de procedimiento. La cuestión radica, entonces, en tipificar los vicios de procedimiento en la formación de los actos reformatorios de la Constitución, para lo cual habría que consultar las distintas ritualidades que han de cumplirse con ocasión del trámite de una reforma constitucional, las cuales varían de acuerdo al mecanismo de reforma de que se trate, pero se refieren en general a que se surtan los trámites o etapas previstas por la Constitución y las leyes que sirvan de norma interpuesta de control en estos casos, bien sea la Ley Orgánica del Congreso de la República o la Ley Estatutaria de los Mecanismos de Participación Ciudadana.

Por lo tanto pretender extender el alcance de esta expresión de manera que cobije el producto definitivo de un procedimiento de reforma, adelantado por el órgano que según la propia Constitución está autorizado para ello, en este caso el Congreso de la República, para determinar si éste incurrió en un supuesto exceso en el poder de reforma significa privar a la expresión vicios de procedimiento de su sentido natural u obvio que se deriva de las acepciones del lenguaje común y del lenguaje jurídico, para permitir por esta vía el examen material de la reforma constitucional.

Cabe adicionar que esta interpretación del artículo 241.1 de la Carta también resulta contraria a la lógica. En efecto, la categoría de vicios de procedimiento o de forma se ha edificado doctrinalmente como opuesta al concepto de vicios de contenido o de fondo, pues mientras los primeros hacen referencia a defectos originados en el trámite legislativo, los segundos suponen la vulneración de los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política o en definitiva de cualquier precepto constitucional. En consecuencia ensanchar el control de los vicios de procedimiento al examen material de los actos reformatorios de la Constitución, supone una nueva categoría: la de los vicios de procedimiento "sustanciales" engendro de peculiar naturaleza que engloba en su interior y de manera simultánea los dos tipos de vicios, de manera tal que las distinciones creadas por la doctrina y adoptadas por la Constitución perderían su razón de ser.

En definitiva, del análisis de los distintos criterios o argumentos interpretativos se desprende que el sentido del artículo 241-1 es inequívoco: se delimita negativamente la competencia de la Corte Constitucional como poder constituido, en tanto no puede

entrar a revisar el contenido material de los actos reformatorios de la Constitución.

Adicionalmente la figura de los vicios de sustitución de la Constitución encierra numerosas contradicciones internas, especialmente en lo que hace referencia a la naturaleza del control que implica este concepto, a la metodología que se debe implementar para hacerlo efectivo y al problema de su estrecha relación con el concepto de intangibilidad del texto constitucional.

Por regla general en las decisiones en las que se defiende esta tesis se afirma que la Constitución de 1991 no establece ninguna cláusula pétrea o inmodificable, para acto seguido concluir que sin embargo cuenta con unos elementos estructurales que no pueden ser modificados sustancialmente, lo que convierte precisamente a tales elementos estructurales en una cláusula pétrea operante como límite material al poder de reforma. Por otra parte se anuncia que el control de la sustitución de la Constitución no reviste las mismas características de un control material, pero como se verá más adelante esta manifestación pierde cualquier significado precisamente por la manera como se adelante este peculiar juicio de constitucionalidad, en el cual los supuestos elementos estructurales de la Constitución de 1991 terminan por convertirse en parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de la reforma.

En cualquiera de las versiones defendidas por la jurisprudencia constitucional, la figura de los vicios de sustitución de la Constitución implica un control del contenido de las reformas constitucionales y no se entiende como se pueda ejercer un control de esta naturaleza sin la existencia de límites materiales al poder de reforma. Un elemento adicional que sustenta esta afirmación se pone manifiesto cuando comparamos la manera de actuar propuesta por la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Constitucional, con la dinámica del control llevada a cabo por los tribunales constitucionales en aquellos países donde existen cláusulas de intangibilidad: se determina si el contenido del acto legislativo esta dentro de la esfera competencial prevista en la cláusula de intangibilidad y si esto es así, se declara inconstitucional por infringir materialmente la Constitución.

La misma metodología patentada en la sentencia C-1040 de 2005 para examinar la supuesta sustitución de la Constitución deja en claro que se trata de un examen material de la reformas constitucionales. En esta última providencia se plasman los pasos a seguir en esta modalidad de control constitucional de la siguiente manera:

Habiendo acotado el ámbito de la sustitución como el reemplazo total o parcial de la Constitución, es preciso señalar la metodología que debe aplicar la Corte para abordar el

examen de un acto reformatorio de la Constitución cuando se haya planteado un cargo por sustitución de la Constitución.

Reitera la Corte que no se trata, en tales eventos, de un examen de fondo en torno al contenido del acto reformatorio de la Constitución, sino de un juicio sobre la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma. Se trata de un juicio autónomo en el ámbito de la competencia. Si el órgano que expidió la reforma era competente para hacerlo, nos encontraríamos frente a una verdadera reforma constitucional, susceptible de control sólo en relación con los vicios en el trámite de formación del correspondiente acto reformatorio. Si, por el contrario, hay un vicio de competencia, quiere decir que el órgano respectivo, por la vía del procedimiento de reforma, habría acometido una sustitución de la Constitución, para lo cual carecía de competencia, y su actuación habría de ser invalidada.

4.1. Como premisa mayor en el anterior análisis, es necesario enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformatorio. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado.

Se trata de un enunciado específico, que no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad.

4.2. Procede luego el examen del acto acusado, para establecer cual es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control.

4.3. Al contrastar las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado por la Corte, esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia (negrillas fuera del texto original).

Pese a todas las disquisiciones que se formulan para negar el carácter material del control, el examen que implica los numerales 4.2 y 4.3 de la cita anterior supone

precisamente la confrontación del texto normativo acusado –la reforma constitucional- con los "elementos definitorios identificadores de la Constitución", los cuales por muy artificiosamente que se enuncien, no son cosa distinta de aquellas instituciones, principios o valores que sirven de parámetro de control, contenidos a su vez en distintos preceptos constitucionales, negar entonces el carácter material o sustancial del control que se realiza es insostenible.

En efecto, la construcción de la "premisa mayor" del juicio de sustitución no es nada distinto a la elaboración de un parámetro material del control a partir del texto original de la Constitución porque con fundamento en el texto constitucional se edifica un marco normativo que servirá para juzgar el alcance de la reforma. Corresponde entonces al juez constitucional identificar cuales son los elementos esenciales de la Carta de 1991, establecer el alcance de dichos elementos esenciales y justificar su carácter esencial como paso previo a realizar el juicio de sustitución.

Por otra parte resulta cuando menos ingenuo suponer que enunciar las distintas etapas del juicio de sustitución lo despoja de subjetivismo, cuando precisamente toda la descripción del juicio de sustitución es la máxima expresión del subjetivismo judicial. En efecto, es el juez constitucional quien identifica los elementos esenciales, los particulariza y demuestra su naturaleza esencial y definitoria en el texto constitucional, al suscrito Magistrado se le escapan los elementos objetivos comprendidos en esta operación, la cual depende por completo de la voluntad del intérprete y es un típico ejercicio del criticado desicionismo judicial.

La anterior crítica pone de manifiesto un riesgo cierto que implica el examen material de las reformas constitucionales, sobre todo cuando las cartas no establecen límites al poder de reforma, cual es renunciar al carácter jurídico del control constitucional. En efecto, a pesar de todas las discusiones que ha suscitado y aun suscita la naturaleza de la función que realizan los tribunales constitucionales, en todo caso un referente común –el cual de manera simultánea legítima la naturaleza de su labor y permite deslindar la naturaleza de su función de la que desempeñan otros órganos constitucionales- es que realizan un control jurídico sobre los textos normativos, es decir, un control que sigue las modalidades propias de las prácticas judiciales.

Como ha señalado la doctrina existen notables diferencias entre el control político y el control jurídico del texto constitucional. La primera radica en el carácter objetivado del control jurídico, frente al carácter subjetivo del control político. Ese carácter objetivado significa que el parámetro de control es un conjunto normativo preexistente y no disponible para el órgano de control que ejerce el control jurídico. En cambio el carácter subjetivo del control político significa todo lo contrario: que no existe canon fijo y

predeterminado de valoración ya que ésta descansa en la libre apreciación realizada por el órgano controlante, es decir, que el parámetro es de composición eventual y plenamente disponible. La segunda diferencia, consecuencia de la anterior, es que el juicio o la valoración del objeto sometido a control está basado, en el primer caso en razones jurídicas (sometidas a reglas de identificación) y, en segundo, en razones políticas (de oportunidad). La tercera diferencia radica en el carecer necesario del control jurídico, frente al voluntario del control político. "Necesario" el primero no sólo en cuanto al órgano encargado del control ha de ejercerlo, cuando para ello es solicitado, sino también en que si el resultado del control es negativo para el objeto controlado, el órgano de control ha de emitir necesariamente la correspondiente sanción, es decir la consecuencia jurídica de la constatación (anulación o inaplicación del acto controlado). Mientras que el carácter "voluntario" del control político significa que el órgano o el sujeto controlante es libre para ejercer o no el control y que, de ejercerse, el resultado negativo de la valoración no implica, necesariamente, la emisión de una sanción. Finalmente, la última diferencia relevante radica en el carácter de los órganos que ejercen uno u otro tipo de control. El control jurídico es realizado por órganos imparciales, independientes, dotados de especial conocimiento técnico para entender las cuestiones de derecho: en esencia los órganos judiciales; mientras que el control político está a cargo precisamente de sujetos u órganos políticos [209].

De la anterior categorización se desprende que el control que tiene lugar con ocasión de los vicios de competencia reúne casi todos los elementos propios de un control de carácter político. En primer lugar el parámetro de control es indefinido y disponible por el órgano controlador pues determinar cuales son los "elementos estructurales de la Constitución" es una labor que el intérprete realizaría en cada caso concreto. A diferencia de aquellas constituciones que establecen límites al poder de reforma, la Constitución colombiana carece de este tipo de referentes que sirvan de parámetro de control por lo tanto en cada caso concreto correspondería al intérprete identificar los referentes del control. Se trata de un parámetro de control ambiguo, poco preciso y lo que es más peligroso, disponible por parte del órgano de control. A esto se suma que los "elementos definitorios identificadores de la Constitución", por regla general estarían constituidos por normas de estructura abierta, es decir principios o valores, lo que aumenta el grado de incertidumbre del control, pues el juez constitucional podría darles un alcance distinto en cada decisión y dependerían de las cambiantes mayorías al interior del Tribunal Constitucional.

El uso de parámetros de control abiertos e indeterminados, de alto contenido valorativo conduce a una argumentación de naturaleza política. Ahora bien, como es sabido gran parte de la doctrina actual ha puesto de manifiesto el uso de argumentos morales, de conveniencia y políticos en las decisiones judiciales [210], sobre todo en aquellas de los jueces constitucionales. Sin embargo, el riesgo específico que entraña la teoría de los vicios de competencia es que tales argumentos se transformarían en la parte esencial del discurso jurisprudencial, lo que a su vez pondría en tela de juicio del carácter

jurídico de las decisiones adoptadas.

En definitiva, en cualquiera de sus versiones el concepto de vicios de competencias supone siempre un control material de las reformas constitucionales, en el cual el parámetro de control estará conformado por preceptos constitucionales. Este juicio tiene como punto de partida una concepción material de Constitución como expresamente se reconoce en la sentencia C-971 de 2004, cuando se afirma que "… la Constitución es, por definición y en su sentido material, un cuerpo normativo que define la estructura esencial del Estado, los principios y valores fundamentales".

La Constitución tendría entonces, un elemento de imposibilidad absoluta de modificación constituida por su parte esencial, lo que mortati [211] denomina el "elemento constante" o el "límite absoluto de la Constitución", ya que solo se presenta un cambio de Constitución material en el caso eventual de la caída del Estado mismo y de sus principios fundamentadores.

Según esta concepción, la Constitución no es tan sólo el conjunto de las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado, ni tampoco una ley de especiales características formales, sino que tales normas integran una constitución sólo si en ellas se garantizan determinados valores, aquellos supuestamente plasmados por el Constituyente de 1991. Se trata, en consecuencia de un concepto valorativo de Constitución que reproduce respecto de ésta la concepción valorativa del derecho, la concepción según la cual una norma sólo será jurídica si se garantiza determinados valores.

Adicionalmente, este concepto material de Constitución parte de un supuesto errado, cuales el de definir la materia constitucional por su importancia política o jurídica. El concepto material de Constitución no permite identificar unas normas como constitucionales en todo tiempo y en todo lugar, sino que el carácter constitucional depende de cada ordenamiento en concreto. Máxime en las constituciones modernas las cuales tienden a prestar cobertura jerárquica constitucional a una multiplicidad de materias que no revierten en absoluto la importancia y fundamentalidad atribuible a las normas materialmente constitucionales.

Finalmente la tesis bajo examen significa una desvalorización del poder de reforma a la Constitución. El Título XIII de la Constitución Colombiana de 1991 regula los procedimientos de reforma. Tales procedimientos se reducen en el texto constitucional a tres: Reforma por el Congreso, la cual se denomina en nuestro ordenamiento acto legislativo; reforma mediante referendo constitucional y reforma mediante la

utilización de una asamblea constituyente. Son estas tres vías o procedimientos los únicos establecidos para hacer cambios en el articulado constitucional, la mayor o menor intensidad en calidad o cantidad de los temas objeto de la reforma son irrelevantes para efectos del control de constitucionalidad, pues las enmiendas constitucionales son expresión de la voluntad del poder constituyente, y la Corte Constitucional en tanto poder constituido no puede oponerse a la voluntad del poder constituyente expresada en los términos señalados por la Constitución misma.

Estos mecanismos fueron previstos para modificar la totalidad de la Constitución, de ahí que sostener que mediante un acto legislativo elaborado por el Congreso o un referendo constitucional sólo se puede reformar la Constitución mientras que la convocatoria a una asamblea nacional constituyente sería la vía idónea para sustituirla, significa introducir una distinción artificiosa que además carece de cualquier respaldo en el texto constitucional, máxime cuando según el tenor literal del artículo 374 de la Carta los identifica a todos ellos como procedimientos de reforma a la Constitución, lo que constituye paradójicamente el punto de partida de la tesis de la competencia de la Corte Constitucional para examinar la sustitución de la Constitución.

En general todos los procedimientos de reforma constitucional son expresión de un poder constituyente constituido, lo que viene a significar que en definitiva se trata de decisiones tomadas por el titular de la soberanía, por el pueblo, bien sea directamente bien sea a través de cuerpos elegidos popularmente. La existencia de limites o condicionamientos para modificar la Carta Política solo se refiere al procedimiento para la toma de decisiones, no sobre el contenido de las mismas.

2. La inconsistencia de la tesis de los vicios de sustitución en el examen del Acto legislativo 01 de 2008.

Ahora bien, todas las debilidades y contradicciones de la tesis de la sustitución de la Constitución saltan a la vista cuando se aplica a una reforma constitucional sui generis como es la que se pretendía introducir mediante el Acto Legislativo 01 de 2008.

En primer lugar resulta discutible que este Acto Legislativo introdujera una verdadera reforma al texto constitucional, pues se trataba de un enunciado normativo nuevo que introducía una excepción temporal a la aplicación del artículo 125 constitucional, de ahí las abstrusas disquisiciones sobre el concepto de reforma que fue preciso introducir en la sentencia C-588 de 2009 para poder aplicar la tesis de sustitución a la Constitución. A lo que se añade las innecesarias precisiones doctrinales sobre destrucción, supresión, quebrantamiento y suspensión de la Constitución, las cuales pueden tener algún interés teórico pero resultan por completo inoficiosas para resolver

la cuestión examinada en el caso concreto.

Pero donde se manifiesta de manera flagrante el componente subjetivo de la tesis que critico es en la identificación de la carrera administrativa como un elemento estructural de la Constitución de 1991 que resulta sustituido por el Acto Legislativo 01 de 2008. Como he puesto de manifiesto a lo largo de este salvamento, de acogerse que la Corte Constitucional tiene competencia para examinar los vicios de sustitución, esta Corporación en caso concreto identificará cuales son los elementos estructurales de la Constitución afectados por la reforma, lo que en definitiva supone que el juez constitucional determina de manera discrecional el parámetro de control.

Esta discrecionalidad permite que cualquier contenido pueda ser identificado como un elemento estructural de la Carta Política y para la muestra un botón: en esta oportunidad se decidió que la carrera administrativa –y más que la carrera el concurso como mecanismo para acceder a los cargos públicos- tiene tal carácter, esta particularización de los elementos estructurales que no pueden ser alterados mediante una reforma sienta un peligroso precedente, pues por esta vía cualquiera de los componentes de la Constitución puede ser definido como un elemento estructural de la misma y de esta manera vedar cualquier posibilidad de que sea modificado.

Así mismo se trata de un supuesto elemento estructural contenido en un solo artículo de la Constitución, de ahí que esta disposición termina por convertirse en una cláusula pétrea que no puede ser alterada por el poder de reforma constitucional. En esa medida las relaciones que se pretenden establecer en la sentencia C-588 de 2009 entre el concurso como mecanismo para acceder a los cargos públicos y otros contenidos constitucionales no consigue ocultar lo evidente, que en el caso concreto el juicio de sustitución a la Constitución se redujo a comparar la reforma con un solo precepto constitucional, de manera tal que salta a la vista que se adelantó un control material del Acto Legislativo 01 de 2008.

En esa medida todas las objeciones generales expuestas previamente se concretan ejemplarmente en este caso concreto, pues el control de lo vicios de sustitución de la Constitución termina por convertirse en un examen subjetivo del juez constitucional sobre el contenido material de una reforma constitucional.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

[1] El actor señala, como fundamento de su aserto, las siguientes sentencias proferidas por esta Corporación en sede de control abstracto de constitucionalidad: C-551 de 2003, C-1200 de 2003, C-970 de 2004, C-971 de 2004 y C-1040 de 2005.

[2] Consultar, entre otras, la Sentencia C-551 de 2003. En esta providencia, el actor destaca que se pusieron de presente los siguiente criterios: a) Que el poder de reforma definido por la Constitución Política Colombiana está sujeto a límites competenciales; b) Que por virtud de esos límites competenciales, el poder de reforma puede reformar la Constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta; c) Que para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad; d) Que la Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y que, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello; e) Que el poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución; f) Que sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una sustitución.

[3] Para el efecto, el actor cita las Sentencias C-1040 de 2005 y C-757 de 2008.

[4] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

[5] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1200 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

[6] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-970 de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[7] Ibídem.

[8] La actuación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 como Constituyente Primario fue puesta de manifiesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-544 de 1992. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

[9] Al respecto es útil la consulta de la obra de Alessandro PACE, "La 'natural' rigidez de las constituciones escritas", contenida en el libro La rigidez de las constituciones escritas, elaborado junto con Joaquín Varela quien escribe un segundo

apartado “Sobre la rigidez constitucional” y publicado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, páginas 68 y siguientes.

[10] La expresión es de Manuel ARAGON REYES, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional” en Revista Española de Derecho Constitucional, número 17, 1986, página 107.

[11] Las citas son tomadas de la traducción de la sentencia realizada por Miguel BELTRAN DE FELIPE y Julio V. GONZALEZ GARCIA, que aparece en el libro Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, páginas 117 a 119.

[12] Cfr. Konrad HESSE, Escritos de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, páginas 17 y 45.

[13] Cfr. Georg JELLINEK, Reforma y mutación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, página7.

[14] Cfr. Karl LOEWENSTEIN, Teoría de la Constitución, Editorial Ariel, Barcelona, 1982, página 165.

[15] Cfr. Konrad HESSE, Escritos…Ob. Cit., página 24.

[16] Cfr. Klaus STERN, Derecho del Estado de la República Federal Alemana, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, página 335.

[17] Véase el libro de Sergio M. DIAZ RICCI, Teoría de la Reforma Constitucional, Universidad nacional Autónoma de México, Universidad Complutense de Madrid, EDIAR, Buenos Aires 2004, página 356.

[18] La versión en castellano ha sido tomada la traducción que aparece como apéndice del Manual de Derecho Constitucional, elaborado por BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, editado por Marcial Pons, Madrid, 2001, página 885.

[19] Cfr. Karl LOEWENSTEIN, Teoría…Ob. Cit., página 186.

[20] Ibídem.

[21] Cfr. Klaus STERN, Derecho…Ob. Cit., páginas 333 y 334.

[22] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[23] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1200 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

[24] Ibídem.

[25] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra

Porto, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

[26] Ibídem.

[27] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-293 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[28] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

[29] Ibídem.

[30] Ibídem.

[31] Ibídem.

[32] Véase Hans KELSEN, Teoría pura del derecho, Editorial Porrúa, México, 1993, páginas 23 y siguientes. Aunque la Corte se vale de las categorías kelsenianas, ello no significa que siga estrictamente el planteamiento del autor respecto de las mismas; además, hace uso de la exposición que, basada en KELSEN, realiza Eduardo GARCIA MAYNEZ en su libro Introducción al estudio del derecho, Editorial Porrúa, México D. F., 1975, páginas 80 y siguientes.

[33] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

[34] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-546 de 1993. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[35] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

[36] Ibídem.

[37] Ibídem.

[39] Ibídem.

[40] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1200 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

[41] Ibídem.

[42] Ibídem.

[43] Ibídem.

[44] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

[45] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

[46] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-757 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[47] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005.

[48] Ibídem.

[49] Ibídem.

[50] Véase, por ejemplo, el texto de Enrique ALVAREZ CONDE, Curso De derecho Constitucional. Volumen I., Tecnos, Madrid, 1992, página 150.

[51] Cfr. Carl SCHMITT, Teoría de la Constitución, Alianza Editorial, Madrid, 1992, páginas 115 y siguientes.

[52] Sobre la recepción del pensamiento de SCHMITT en la teoría constitucional posterior, son ilustrativas las afirmaciones de don Manuel GARCIA PELAYO, quien reconoce haber "mantenido posiciones distintas a las de Carl Schmitt", pero también haber "recepcionado muchos de sus conceptos", tratándose, según sostiene, "de un frecuente fenómeno: hubo hegelianos de izquierda y de derecha, y ha habido ejércitos en pugna uno y otro inspirados, en mayor o menor medida, en Clausewitz". Véase su "Epílogo" a la Teoría de la Constitución citada, página 377, así como el comentario de Francisco TOMAS Y VALIENTE, que subraya la preferencia de GARCIA PELAYO por el pensamiento de SCHMITT, en sus Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, páginas 243 y 244. De igual modo GARCIA PELAYO pone de manifiesto esta influencia en su "Autobiografía intelectual" que precede a sus Obras completas y en la que indica, entre otras muchas cosas, que del pensamiento schmittiano proviene la noción de garantía institucional, "hoy recogida en el derecho positivo y en la doctrina constitucionales". Tomo I. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, página 8.

[53] Cfr. Carl SCHMITT, Teoría….Ob. Cit., página 115.

[54] Cfr. María Victoria GARCIA-ATANCE, Reforma y permanencia constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, páginas 78 y 79.

[55] Cfr. Carl SCHMITT, Teoría….Ob. Cit., página 115.

[56] Cfr. María Victoria GARCIA-ATANCE, Reforma…Ob. Cit., páginas 79 y siguientes.

[57] Cfr. Carl SCHMITT, Teoría….Ob. Cit., página 115.

[58] Cfr. Giuseppe DE VERGOTTINI, Derecho Constitucional Comparado, Espasa-Calpe, Madrid, 1985, página 173.

[59] Cfr. María Victoria GARCIA-ATANCE, Reforma…Ob. Cit., página 89.

[60] Cfr. Carl SCHMITT, Teoría….Ob. Cit., páginas 116 y 117.

[61] Cfr. Néstor Pedro SAGÜES, Teoría de la Constitución, Astrea, Buenos Aires, 2001,

páginas 351 y 352.

[62] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005.

[63] Ibídem.

[64] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

[65] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1200 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

[66] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-970 de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[67] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

[68] Ibídem.

[70] Cfr. Giuseppe DE VERGOTTINI, Derecho…Ob. Cit., página 173.

[71] Cfr. Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, Introducción al derecho constitucional comparado, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, página 548.

[72] Cfr. Carl SCHMITT, Teoría….Ob. Cit., página 116.

[73] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1200 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

[74] Cfr. Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, Introducción…Ob. Cit., página 548.

[75] Cfr. Karl LOEWENSTEIN, Teoría…Ob. Cit., página 187.

[76] Cfr. Pablo LUCAS VERDU, Curso…Ob. Cit., página 658 y en idéntico sentido María Victoria GARCIA-ATANCE, Reforma…Ob. Cit., página 90.

[77] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1200 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

[78] Cfr. Giuseppe DE VERGOTTINI, Derecho…Ob. Cit., página 174.

[79] Cfr. Giuseppe DE VERGOTTINI, voz “Constitución”, en Norberto BOBBIO, Nicola MATTEUCCI y Gianfranco PASQUINO, Diccionario de política (a-j), Siglo XXI Editores, México, página 327.

[80] Cfr. María Victoria GARCIA-ATANCE, Reforma…Ob. Cit., página 90.

[81] Ibídem.

[82] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1200 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

[83] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-970 de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[84] Ibídem.

[85] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005.

[86] Ibídem.

[87] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1200 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

[88] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[89] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[90] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-405 de 1995. M. P. Fabio Morón Díaz.

[91] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[92] Ibídem.

[93] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 1994. M. P. Fabio Morón Díaz.

[95] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 1994. M. P. Fabio Morón Díaz. También Sentencia C-714 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[96] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 1994. M. P. Fabio Morón Díaz.

[97] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[98] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[99] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[100] Cfr- Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[101] Ibídem.

[102] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-334 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero y Julio César Ortiz Gutiérrez.

[103] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-405 de 1995. M. P. Fabio Morón Díaz.

[104] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[105] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-405 de 1995. M. P. Fabio Morón Díaz.

[106] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-292 de 2001. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[107] Véanse, por ejemplo, las Sentencias C-514 de 1994. M. P. José Gregorio Hernández Galindo, C-599 de 2000. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y 1177 de 2001. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

[108] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[109] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[110] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

[111] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[112] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C.1122 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[113] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 2007. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

[114] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[115] Ibídem.

[116] Ibídem.

[117] Ibídem.

[118] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[119] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[120] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

[121] Sobre los distintos tipos de carrera véase la Sentencia C-308 de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[122] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1230 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[123] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-954 de 2001. M .P . Jaime Araujo Rentería.

[124] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

[125] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

[126] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

[127] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz. Estos criterios han sido reiterados en las Sentencias C-1230 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil y C-532 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

[128] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 1996. M. P. Fabio Morón Díaz.

[129] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2001. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

[130] Ibídem.

[131] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-954 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería.

[132] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[133] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

[134] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 1994. M. P. Fabio Morón Díaz.

[135] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[136] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[137] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1263 de 2005. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[138] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

[139] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-517 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

[140] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2001. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

[141] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[142] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[143] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-954 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería.

[145] Ibídem.

[146] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[147] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1265 de 2005. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[148] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-773 de 2005. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

[149] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-266 de 2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[150] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1265 de 2005. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[151] Ibídem.

[152] Ibídem.

[153] Ibídem.

[154] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-942 de 2003. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[155] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-733 de 2005. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

[156] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 2005. M. P. Jaime Araujo Rentería.

[157] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[158] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

[159] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1241 de 2001. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[160] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 1997. M. P. Jorge Arango Mejía.

[161] Ibídem.

[162] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

[163] M. P. Mauricio González Cuervo. En la sentencia C-942 de 2003 la Corte estimó que se consagra un privilegio cuando a las personas se les exime "de cumplir requisitos que si se les exigen a los demás concursantes, por el sólo hecho de haber desempeñado el cargo de carrera". (M. P. Alfredo Beltrán Sierra) y en la Sentencia C-733 de 2005 se precisa que quienes ocupan cargos en provisionalidad no pueden, por esa sola circunstancia, ser tratados "con privilegios o ventajas", ni tampoco con desventajas. (M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

[164] Así por ejemplo, en la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo se indicó que los empleados provisionales "tienen un amplio conocimiento de los aspectos relacionados con el cargo, lo desempeñan ejemplarmente y por no superar las pruebas (muchas veces mal elaboradas) quedan por fuera de la entidad". Cfr. Gaceta del Congreso No. 78 del 13 de marzo de 2008, página 2. Igualmente, en la Ponencia para primer debate en el Senado se lee que "el empleado provisional tiene la destreza que un nuevo

servidor sólo empieza a adquirir, independientemente que tenga el conocimiento y hasta la experiencia, pero el procedimiento y la actuación transversal sólo la conoce quien está desempeñando el cargo". Cfr. Gaceta del Congreso No. 257 del 15 de mayo de 2008, página 9.

[165] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 1997. M. P. Jorge Arango Mejía.

[166] Ibídem.

[167] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-317 de 1995. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[168] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[169] Ibídem.

[170] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-942 de 2003. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Es de importancia señalar que en la Sentencia T-808 de 2007, M. P. Catalina Botero Marino, se hizo una síntesis de la jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad del ingreso automático a carrera administrativa.

[171] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

[172] Ibídem.

[174] Ibídem.

[175] Cfr. Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, Introducción…Ob. Cit., página 548.

[176] Cfr. Giuseppe DE VERGOTTINI, Derecho…Ob. Cit., página 174.

[177] Cfr. Carl SCHMITT, Teoría….Ob. Cit., página 116.

[178] Cfr. Giuseppe DE VERGOTTINI, Derecho…Ob. Cit., página 174.

[179] Cfr. Carl SCHMITT, Teoría….Ob. Cit., página 116.

[180] Cfr. Mario Justo LOPEZ, Introducción a los estudios políticos. Volumen II, Depalma, Buenos Aires, 1987, página 92.

[181] Cfr. María Victoria GARCIA-ATANCE, Reforma…Ob. Cit., página 79.

[182] Ibídem, página 88.

[183] Ibídem, página 78

[184] Cfr. Giuseppe DE VERGOTTINI, Derecho…Ob. Cit., página 174.

[185] Cfr. Pablo PEREZ TREMPS, "La reforma de la Constitución 25 años después (La apertura del 'melón'), en Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ y Miguel Angel RAMIRO

AVILES, La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después, Marcial Pons, Madrid, 2004, página 802.

[186] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-074 de 2004. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

[187] Cfr. GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa), La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa, Bosch, Barcelona, 1986, página 142.

[188] Ibídem, página 155.

[189] Cfr. Corte Cosntitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

[190] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

[191] Ibídem.

[192] Ibídem.

[193] Ibídem.

[194] Sobre la reserva de ley en materia de carrera administrativa, pueden ser consultadas las Sentencias C-570 de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz, C-372 de 1999. M. P. José Gregorio Hernández Galindo, C-837 de 2003. M. P. Alfredo Beltrán Sierra y C-532 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

[195] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-532 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

[196] Ibídem.

[197] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

[198] Ibídem.

[199] Ibídem.

[200] Ibídem.

[201] Ibídem.

[202] Ibídem.

[203] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 20 de mayo de 2009. Radicación No. 66001-23-31-000-2009-00004-01. C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

[204] Véanse, por ejemplo, las Sentencias C-064 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-951

de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[205] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

[206] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-230 A de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[207] Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-007 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[208] Ver sobre este tema las aclaraciones de voto a las sentencias C-888, C-970, C-971 y C-1124 (todas de 2004), C-242 y C-1040 (ambas de 2005) y C-740 de 2006.

[209] Ibídem, p. 26-27.

[210] Defendida por autores tan opuestos como R.Ddworkin y D. Kennedy al respecto pueden consultarse. R.Dworkin, los derechos en serio, op. cit., p 61 y s.s. Duncan Kennedy. Libertad y restriccion en la decision judicial. el debate con la teoria critica del derecho. Bogota, siglo del hombre, 1999

[211] constantino mortati. La Constitución en sentido material, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000.