

Sentencia C-588/09

ACTO LEGISLATIVO DE INSCRIPCIÓN 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 exceptiona 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 REFORMATARIO 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 reformativos 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 reformativos 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 párrafo 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 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 reformativo 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 reformativo. 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.

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2008-Comprende una suspensión de la Constitución y la modificación tácita de algunos artículos constitucionales

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 REFORMATARIO 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 párrafo 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 párrafo añadido dejó intacto el texto del artículo, y de otro lado, pese a las notables implicaciones del párrafo 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 transformación 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 acompañada 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 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 INSCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA EN CARRERA ADMINISTRATIVA-Efectos retroactivos

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Efectos retroactivos

La Corte Constitucional tiene facultad para dotar de efectos retroactivos a sus sentencias, y en esta oportunidad hará uso de esa facultad, porque 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, 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, 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, y se determina la carencia de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hayan realizado.

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

“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 párrafo”.

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 párrafo 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 párrafo.

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 párrafo 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 desnaturaría 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 reformativo 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 reemplazada 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

De conformidad con lo expuesto, el párrafo que el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 incorporó a continuación del artículo 125 de la Constitución contempla un régimen distinto al previsto en el mencionado artículo superior, ya que crea un derecho de inscripción extraordinaria en carrera administrativa, hace beneficiarios de ese derecho a servidores que ocupan cargos de carrera en calidad de provisionales o de encargados y, en definitiva, interrumpe transitoriamente la vigencia del mencionado artículo 125 superior.

Las modificaciones operadas afectan, según se ha visto, los ámbitos de validez material, personal y temporal del artículo 125 de la Carta y, adicionalmente, toman imposible, durante un lapso determinado, la coexistencia en el mismo espacio de lo establecido en este precepto superior y de lo previsto en el párrafo 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 párrafo 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 acompañada 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, suprime 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 instaure 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 incommunicables 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 párrafo 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.

A fin de solucionar esa cuestión la Corte analizó los conceptos de destrucción, supresión, quebrantamiento o rotura y suspensión de la Constitución, después los comparó con el concepto de sustitución de la Carta y finalmente concluyó que las categorías denominadas supresión, quebrantamiento y suspensión expresan circunstancias susceptibles de adscripción en el concepto de sustitución.

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 párrafo 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 párrafo 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 reformativo”^[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 párrafo 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 4° 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 5°, 6° y 7° del plebiscito. Según el artículo 5°, “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 6° 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 7° 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, trátase 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 7° 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.

Así las cosas, como lo estimó la Corporación, en otra oportunidad, "el Constituyente, al redactar el artículo 125 de la Carta, y consagrar en su texto como regla general de la administración pública, la aplicación del sistema de carrera administrativa a los servidores del Estado, lo que hizo fue hacer compatibles los componentes básicos de la estructura misma del aparato que lo soporta, con los principios y fundamentos del Estado Social de Derecho"¹²⁸.

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 título 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 1° 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 1° 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 1° 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 párrafo 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 párrafo 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 convocatoria 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 convocatoria 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 párrafo 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 inadmisibles 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 párrafo 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 párrafo 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 párrafo 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].

Además, mientras que el derecho de acceder al desempeño de cargos públicos encuentra en la carrera, tal como se previó en el artículo 125 superior, un elemento que propicia su ejercicio por parte de cualquier ciudadano que se considere dotado de las calidades y requisitos exigidos para ejercer un cargo público, el párrafo insertado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 excluye a las personas que no ocupan cargos en el sector público en calidad de provisionales o de encargados de la posibilidad de hacer uso de ese derecho en el supuesto allí regulado.

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 párrafo 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 párrafo 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 inexecutable 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 haberseles 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 inexecutable 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 reformativo de la Constitución, pero, al expedirlo, superpuso un párrafo 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 más 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 párrafo 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 párrafo 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 TREMP, 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

No sobra, por último, una consideración acerca de la técnica utilizada como medio para introducir la modificación a continuación del artículo 125 de la Carta, pues se trata de un “parágrafo” calificado como “transitorio”. Al respecto la Corte señala que, a propósito de reformas constitucionales efectuadas mediante Acto Legislativo, ha estudiado demandas dirigidas contra disposiciones transitorias, que, como su nombre lo indica, suponen un paso o tránsito normativo de una situación anterior a una nueva.

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 “párrafo 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 resolutorio 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 párrafo 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 párrafo 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 inexecutable, 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 sustruía, 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.

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

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 párrafo, 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 párrafo transitorio, añadido al artículo 125 superior dejó intacto el texto de éste, y de otro lado, pese a las notables implicaciones del párrafo 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 párrafo 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 párrafo 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 definitorios 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 resolutoria 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 precisar, 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*”.

SEGUNDO. Esta sentencia tiene efectos retroactivos y, por tal razón, se reanudan los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos y carecen de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hayan realizado.

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