

Sentencia C-249/12

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

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

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

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

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

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

JUICIO DE SUSTITUCION-Metodología

TEST DE EFECTIVIDAD-Objeto

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

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

PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL-Límites

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

Después de realizar un análisis pormenorizado de la jurisprudencia constitucional que se ha establecido sobre los límites competenciales al poder de reforma en la Sentencia C- 574 de 2011 se sintetizaron los siguientes presupuestos que debe tener en cuenta la Corte para el análisis de las demandas contra reformas constitucionales por vicios competenciales o de sustitución: 1. Que por tratarse de una demanda por un vicio formal relacionada con la competencia, la Corte tiene que verificar que no se haya sobrepasado el término de caducidad de un año establecido en los artículos 242.3 e inciso final del artículo 379 de la C.P, y que la competencia en el análisis de la demanda estará únicamente determinada por los cargos establecidos en ella. 2. Que el juicio de sustitución no es un juicio de intangibilidad ni tampoco un juicio de un contenido material de la Constitución, ya que el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario, ni verificar si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad. Por tal razón, la Corte debe comprobar que este elemento esencial es irreductible a un artículo de la Constitución o un límite material intocable por el poder de reforma, lo cual supone evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. 3. Que el concepto de sustitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido sentar unas premisas para avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. En este sentido se trata de un control de tipo inductivo y no deductivo, porque la Corte analizará en cada caso concreto si el principio estructural fue sustituido, pero al mismo tiempo el precedente en torno a la definición del principio servirá para resolver si se presentó o no la sustitución de la Constitución en casos posteriores. 4. Que la sustitución de la Constitución puede ser total, parcial, temporal o definitiva. En todos los casos se debe analizar si la sustitución es de tal magnitud que se ha producido un cambio o reemplazo de la Constitución existente. 5. Que para determinar si la Constitución fue sustituida por otra -parcial, total, transitoria o permanentemente- se debe realizar el llamado 'juicio o metodología de la sustitución' que está compuesto de tres premisas. En primer lugar la Premisa mayor (i) en donde se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución; en segundo término la Premisa menor (ii) en

donde se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, finalmente, la Premisa de síntesis (iii) en donde se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles. 6. Que para la verificación del cumplimiento de la Premisa mayor, la Corte debe comprobar a través de una lectura transversal e integral de la Constitución de 1991, si dicho elemento que se establece como sustituido es un elemento estructural o axial de la Constitución. Este elemento estructural puede estar reflejado o contenido en varios artículos de la Constitución o en elementos del bloque de constitucionalidad, que se pueden determinar a través del análisis histórico o sistemático de la Constitución. Para construir dicha premisa es necesario para el demandante en su acción y para la Corte en su estudio: (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. 7. Que mediante el llamado test de la eficacia el juez constitucional puede comprobar: (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular, (ii) que el cambio no dio lugar a que se establecieran normas ad hoc o particulares, y (iii) que no se hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la Constitución. 8. Teniendo en cuenta lo anterior se puede afirmar que dentro de la clasificación de los límites al poder de reforma constitucional, la Corte Constitucional a través de la teoría de la inconstitucionalidad por sustitución ha reconocido que existen unos límites intrínsecos al poder de reforma, ya que estos se encuentran reflejados en la Constitución misma o en los elementos del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, estos límites intrínsecos al poder de reforma no deben confundirse con elementos intangibles ni inmanentes, como en las Constituciones que establecen cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas, ya que el análisis de sustitución que se realiza a través de la metodología planteada en la jurisprudencia descrita tiene como finalidad comprobar que se produjo evidentemente una sustitución de la Constitución so pretexto de la reforma. Esta sustitución como se ha dicho, puede ser total, parcial, temporal o permanente y se refiere a principios estructurales o axiales que hacen parte de la arquitectura constitucional de la Constitución de 1991.

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

FUNCION ADMINISTRATIVA-En ausencia del mérito y eficiencia, no puede estar al servicio de los intereses generales, ni desarrollada con

base en principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad

CARRERA ADMINISTRATIVA-Titularidad

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

REPRODUCCION DE CONTENIDO DE UN ACTO JURIDICO DECLARADO INEXEQUIBLE-Prohibición

COSA JUZGADA MATERIAL-Contenido normativo

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

DERECHO VIVIENTE-Subreglas

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Desbordamiento en el ejercicio de la competencia

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

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

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

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

Magistrado Ponente:
JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

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

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Texto normativo demandado

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

ACTO LEGISLATIVO 4 DE 2011

(julio 7)

Diario Oficial No. 48.123 de 7 de julio de 2011

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA:

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

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

| | |
|--------------|-----------|
| 5 o más años | 70 puntos |
|--------------|-----------|

| | |
|--------------------|--|
| <i>de servicio</i> | |
|--------------------|--|

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quedan exceptuados los procesos de selección para jueces y magistrados que se surtan en desarrollo del numeral 1 del

artículo 256 de la Constitución Política, relativo a la carrera judicial y docentes y directivos docentes oficiales.

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

2. Demanda de inconstitucionalidad

2.1. Pretensiones

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

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

2.2. Concepto de inconstitucionalidad

2.2.1. Las demandas indican que la expedición del Acto Legislativo No 04 de 2011 constituye una sustitución temporal y parcial de la Constitución, razón por la cual debe declararse su inconstitucionalidad por haberse excedido el Congreso de la República en sus competencias constitucionales que solo le permiten reformar, pero no sustituir la Constitución.

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

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

que tiene que ver con el logro de los fines del Estado Social y los principios de la función pública y administrativa.

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

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

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

2.2.7. Finalmente hay que anotar que las tres demandas coinciden en afirmar que el Acto legislativo No 4 de 2011 desconoció la razón de la decisión (*ratio decidendi*) contenida en la Sentencia C-588 de 2009 que se ocupó de examinar la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2008. Sobre este punto se dice que los propósitos del Acto Legislativo declarado inconstitucional en la referida sentencia eran los mismos del presente acto legislativo “*bajo un ropaje distinto*”, dado que “*establecía condiciones relacionadas a la*

provisionalidad de la función pública” (demanda D-8679). Señalan además que el vicio competencial que dio lugar a la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008 se fundamenta en las mismas razones que justificarían la declaratoria de inconstitucionalidad del Acto Legislativo 04 de 2011 (expediente D-8673). Concluyen diciendo que el Acto Legislativo, ahora demandado, tiene “*el mismo fondo del acto legislativo 01 de 2008*” y, en consecuencia, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución conforme al cual “*ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución*” (expediente D-8680).

3. Intervenciones

3.1. Comisión Nacional del Servicio Civil

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

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

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

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

3.2. Universidad Externado de Colombia

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

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

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

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

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

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

3.3.3. Igualmente en escrito presentado ante esta Corporación el día 13 de diciembre de 2010 la ciudadana Luz Mary Suárez Ortiz expone su preocupación a raíz de las decisiones adoptadas por la Comisión Nacional del

Servicio Civil a través del Acuerdo 162 de 2011 dado que, en su opinión, la referida entidad alteró el texto del Acto Legislativo ahora demandado.

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

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

4. Procuraduría General de la Nación¹

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

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

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

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

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

² M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

automática, se elimina la necesidad de practicar y aprobar las pruebas de conocimiento propias del concurso.

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

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

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

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

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

1.3. Por otra parte se tiene que decir que en el tema de los vicios formales que tiene que revisar la Corte cuando se trata de reformas a la Constitución, se estableció a partir de la Sentencia C-551 de 2003⁵ y que una de las razones para que se constituya un vicio formal es la falta de competencia del órgano reformador. Dicha posibilidad se dio a partir de la diferenciación entre

³ Negrilla fuera del texto.

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

⁵ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

reformular, revisar o modificar la Constitución, que es una competencia propia del poder de reforma, poder de revisión o poder constituyente constituido, y la competencia del poder constituyente para cambiar, derogar, subvertir, sustituir o remplazar una Constitución por otra⁶.

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

⁶ Dicha doctrina se empezó a desarrollar especialmente en los fundamentos jurídicos 29 a 40 de la Sentencia C-551 de 2003. Igualmente se dijo en dicha Sentencia que a nivel doctrinal se puede consultar los textos de Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1986, pp. 192 y ss.; Alf Ross. “Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional” en: *El concepto de validez y otros ensayos*, México: Fontanamara, 1993, pp. 49 y ss.; Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934, Punto 3, pp. 27 y ss., y punto 11, pp. 119 y ss.; Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, Paris: LGDJ, 1969, Tomo IV, pp. 250 y ss.; Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 267 y ss. Germán Bidart Campos, *Historia e ideología de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1969, pp. 148 y ss. y Carl Friedrich, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946 y Reinaldo Vanossi, *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1975, Tomo I. Igualmente sobre la diferenciación entre poder de reforma y poder constituyente se puede consultar la obra de Marie – Françoise Rigaux, *La Théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985. Sobre la diferenciación en la doctrina alemana el texto de Horst Ehmke, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, Bonn, Athenäum, 1981. La diferenciación también se ha tenido en cuenta en Italia especialmente con el texto de Stefano Maria Ciconetti, *La Revisione della costituzione*, Padova, Cedam, 1972. Dentro de la doctrina colombiana explica la diferenciación Gonzalo Ramírez en sus textos, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, y *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. A nivel jurisprudencial en Colombia, se puede encontrar como antecedente las sentencias de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 5 de mayo de 1978, Sentencia del 9 de junio de 1987 y Sentencia del 9 de octubre de 1990 y las Sentencias de la Corte Constitucional: C-544 de 1992 y C-339 de 1998. Dentro de la jurisprudencia constitucional comparada se puede citar sentencias de la Corte Suprema de India caso *Kesavananda Bharati vs. State Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461, *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain.*, A.I.R. 1975 S.C. 2299. Sobre el tema del control de constitucionalidad de reformas constitucionales en países que carecen de cláusulas pétreas se puede consultar el texto de Roberto Rodríguez Gaona, *El control de constitucionalidad de la reforma a la Constitución*, Madrid, Dykinson, 2007. También se puede estudiar la diferenciación a través del tratamiento jurisprudencial que se ha dado en países como la India, Alemania, Suráfrica, Italia, Bosnia – Herzegovina, Turquía y Francia en el texto publicado por el Consejo Constitucional francés titulado “Le controle de constitutionnalité des lois constitutionnelles”, en: *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, No 27, Paris, Dalloz, 2009.

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

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

⁹ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

o juicio de la sustitución” pero también puede ser llamado juicio de “inconstitucionalidad por sustitución”¹⁰.

1.5. Por otra parte se debe resaltar que en la Sentencia C-551 de 2003 se dijo que cuando la Constitución le asigna el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional, “*no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia*”¹¹. Esta doctrina que se había establecido en un primer lugar para el control de los referendos constitucionales (Art. 376 de la C.P.)¹² se empezó a implementar también en el control de los Actos Legislativos del artículo 375 de la C.P., en la Sentencia C- 1200 de 2003¹³. En dicha jurisprudencia se estableció que el parámetro para hacer el control de los actos reformativos de la Carta está conformado por las disposiciones del Título XIII de la Constitución, así como por los preceptos constitucionales y orgánicos pertinentes y por “*las normas constitucionales que regulan la competencia en materia de reforma constitucional*”¹⁴.

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

2. Problema jurídico y esquema de resolución

2.1. El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el Acto Legislativo 04 de 2011, sustituye temporal y parcialmente la Constitución de 1991, por haber excedido el Congreso su competencia y haberse configurado

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

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

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

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

¹⁴ Sentencia C-1200 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil. En la Sentencia C-588 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) se dijo que, “*La Corporación ha explicado que los límites relativos a la competencia tienen su origen en las cláusulas que regulan los diferentes procedimientos para la reforma constitucional. Así por ejemplo, el artículo 376 superior prescribe que la ley que convoque a una asamblea constituyente para reformar la Carta, debe determinar la ‘competencia’ de ese cuerpo y fijar un periodo para que la asamblea cumpla sus funciones, luego la competencia es temporal e indica que, a partir de la elección de la asamblea, se suspende la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución, de lo cual se desprende que, mientras dura la asamblea, el Congreso carece de competencia para reformar la Carta (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-970 de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil)*”.

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

una inconstitucionalidad por sustitución por el quebrantamiento de los principios de mérito o de “meritocracia”, de carrera administrativa y el derecho a la igualdad para el acceso a los cargos públicos que identifican la Constitución de 1991. Del mismo modo se debe comprobar si la vocación de permanencia de los preceptos constitucionales y la pretensión de universalidad y generalidad que deben tener las disposiciones que integran la Constitución se vio vulnerada con esta reforma.

2.2. Para solucionar dicho problema la Corte analizará previamente si desde el punto de vista formal la demanda cumplió con los requisitos para ser estudiada, es decir, si se presentó dentro del término de caducidad de un año después de promulgado el Acto Legislativo como se establece en el artículo 242.3 de la C.P¹⁶. Por otro lado se estudiará cada uno de los cargos expuestos por los demandantes para verificar si cumplen con las condiciones constitucionales y legales para ser analizados¹⁷. Una vez verificados estos aspectos, y de ser pertinente, la Corte procederá a realizar el análisis de fondo que como quedó visto consiste en estudiar si se presentaron los defectos competenciales establecidos por los demandantes, es decir si so pretexto de la reforma con el Acto Legislativo No 4 de 2011 se sustituyó la Constitución de 1991 por una integralmente diferente.

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

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

3.2. En el caso en estudio se comprueba que se cumple con el término de caducidad, ya que el Acto Legislativo 04 de 2011 fue promulgado el día 7 de julio de 2011¹⁹, y las demandas de inconstitucionalidad contra dicho acto reformatorio de la Constitución fueron presentadas con anterioridad al

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

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

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

¹⁹ Diario Oficial No. 48.123.

vencimiento del término de caducidad ya que fueron acumuladas el 24 de agosto de 2011 es decir²⁰, antes de cumplirse el año exigido para las demandas de inconstitucionalidad por falta de competencia del órgano reformador o por inconstitucionalidad por sustitución.

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

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

4.1.1. El demandante del Expediente 8680²¹, específicamente considera que el Acto Legislativo No 4 de 2011, *“tiene el mismo fondo del Acto Legislativo 1/08”*, y en consecuencia, transgrede el inciso segundo del artículo 243 de la C.P. que prohíbe *“reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”*.

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

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

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

²⁰ La demanda del ciudadano Miguel Ángel González Ocampo fue presentada ante la Corte el 10 de agosto de 2011, la del ciudadano Giovany Alexander Gutiérrez Rodríguez fue presentada ante la Corte el 16 de agosto de 2011 y la demanda del ciudadano Rafael Cañón González fue presentada el 17 de agosto de 2011.

²¹ Rafael Cañón González.

²² M.P. Manuel José Cepeda.

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

4.2.2. Para los demandantes, la carrera administrativa y la exigencia del mérito para acceder a ella, constituye un principio constitucional esencial al modelo constitucional de Estado Social de Derecho que fue tutelado en la Sentencia C-588 de 2009. Estiman que la sustitución de este eje constitucional fundamental se produce cuando el Acto Legislativo demandado acoge criterios de experiencia en el cargo y formación académica adicional, como factores de homologación de las pruebas de conocimiento en la calificación de los aspirantes y su ubicación en la lista de elegibles, sin que tales factores respondan al criterio de mérito que debe presidir la incorporación de servidores públicos a la carrera administrativa.

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

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

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

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

4.3.2. Según los demandantes esta particularidad del Acto Legislativo demandado desconoce la vocación de permanencia de los preceptos constitucionales y la pretensión de universalidad y generalidad que deben

tener las disposiciones que integran la Constitución ya que están dirigidas a beneficiar a un grupo especial de personas por un lapso de tiempo limitado y circunstancial que iría en contra del carácter permanencia, de universalidad y de generalidad de las reformas constitucionales.

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

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

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

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

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

posibles conflictos o tensiones que se presenten entre el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución²³.

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

Dice el constitucionalista español que para solucionar dicho dilema Aristóteles en su obra *la Política*²⁵, diferencia entre la *democracia legal* y la *democracia no legal*²⁶. En la **democracia legal**, se establece la idea de limitación del poder popular con base en la diferenciación entre los *Nomoi*, aquellas normas naturales y racionales en donde se asienta la vida de la comunidad, y aquellas normas *Psefismata* que por no tener un rango superior podían ser objeto de discusión en la asamblea. Para Aristóteles el problema de la democracia no legal o que no se sujeta a limitaciones normativas se presenta cuando a través del uso de herramientas de la retórica como el paralogismo y el razonamiento

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

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

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

²⁶ Explica el profesor español que, “Cuando sobre la experiencia de la democracia directa ateniense, - institucionalizada a través de las cuatro grandes reformas legales de Solón, Clístenes, Efiltes y Pericles - plantea Aristóteles en *La Política* una especie de taxonomía de las diferentes formas de democracia, establece la distinción entre la *democracia legal* y la *democracia no legal*. Con lo cual suscitó el problema que, como caballo de batalla, habría de recorrer después toda la historia del pensamiento político. El pronunciamiento aristotélico fue contundente en favor de la *democracia legal*, al considerar que, como en cualquiera de las otras formas de gobierno (Monarquía o Aristocracia), el poder democrático del pueblo también debe estar sometido a los imperativos de la ley. Ahora bien, y he aquí el problema: ¿si el pueblo hace la ley, y en consecuencia la ley depende de la voluntad del pueblo, cómo se puede predicar que el pueblo aparezca supeditado a la voluntad de una norma aprobada por él mismo, y que de igual forma que tiene capacidad para crearla la tiene también para derogarla?” (DE VEGA GARCÍA, Pedro, Prólogo, Op. cit. 23).

erístico en la discusión asamblearia, los *Psefismata* terminan invadiendo el campo de los *Nomoi*. Dice Aristóteles que cuando se presenta esta situación la democracia se distorsiona, y se acaba convirtiendo en el peor de los regímenes políticos posibles de la taxonomía aristotélica de los regímenes políticos, que es la demagogia. Por otro lado explica que aunque estos *Nomoi* no fueron definidos con exactitud por los griegos, se entiende que son el conjunto de leyes que fundamentaban la vida comunitaria y el orden de una sociedad y que para no corromper la democracia legal se colocan por encima de la voluntad del pueblo.

Los *Nomoi* que se implementaron en la democracia ateniense tenían relación íntima con una serie de leyes que provenían de la costumbre y de las tradiciones, que se referencian algunas veces en las tragedias griegas, como la Antígona de Sófocles²⁷. En dicha tragedia Antígona arguye que tiene el derecho a enterrar a su hermano Polinices a pesar de la prohibición decretada por Creonte, ya que existen unas leyes inveteradas e inmodificables -*Nomoi*- que “*no son de hoy ni son de ayer, sino que se encuentran en todos los tiempos y nadie sabe cuándo aparecieron*”.

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

5.1.4. Igualmente se debe destacar que durante el período de entreguerras (1918 – 1939) se presenta nuevamente en la doctrina constitucional europea la preocupación para la solución del dilema de la tensión entre democracia y principio de supremacía constitucional, ante el advenimiento de partidos con

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

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

un amplio respaldo mayoritario que a través de la utilización de los mecanismos de reforma destruyeron, eliminaron, sustituyeron o derogaron los elementos propios del constitucionalismo democrático. Este tipo de constitucionalismo se había empezado a definir en el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en donde se dice que, “*una sociedad que no divida los poderes y proteja los derechos carece de Constitución*”.

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

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

5.1.6. Esta serie de reflexiones teóricas fueron retomadas una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, en donde se cuestionó la idea de la democracia como el poder de la mayoría, para establecer que ésta significa el poder de la mayoría, pero con el respeto de los derechos de la minoría y los más vulnerables a través de la salvaguarda de los derechos fundamentales. De este modo se empiezan a fortalecer los tribunales constitucionales y las acciones de

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

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

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

inconstitucionalidad de las leyes que puedan limitar dichos derechos y a establecer acciones directas para la protección o tutela de los derechos fundamentales de las personas. Así mismo, en los países en donde se habían utilizado los mecanismos de reforma a la Constitución para destruir el sistema democrático mismo, como el caso de Alemania e Italia, se empezaron a establecer cláusulas de intangibilidad expresas, en donde se introdujeron límites formales al poder de revisión relacionado con el respeto del principio democrático y el principio de la dignidad de la persona humana³².

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

³² Posteriormente estas cláusulas se utilizaron en los países que habían sufrido dictaduras como Portugal y Grecia. Ver el artículo 79.3 de la Constitución alemana (Ley Fundamental de Bonn) en donde se prohíbe mediante su cláusula de eternidad (*Ewigkeitsklausel*) que “3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”. Los artículos del 1 al 20 se refieren a los Derechos Fundamentales. En Italia (art. 139) y en Francia (art. 89) no se puede reformar el carácter republicano del Estado. Las cláusulas de intangibilidad de la Constitución griega se encuentran en el numeral primero del artículo 110 que establece “Serán susceptibles de revisión los preceptos de la Constitución, excepto aquellos que establecen el fundamento y la forma del régimen como República parlamentaria, así como las disposiciones del artículo 2., párrafo 1 (El respeto y el valor de la persona humana constituyen la obligación primordial del Estado); del artículo 4, párrafos 1, 4 y 7 (1. Los helenos son iguales ante la ley, 4. Sólo los ciudadanos helenos serán admitidos al ejercicio de poderes públicos, 7. No se otorgarán, ni reconocerán títulos de nobleza o de distinción a los ciudadanos helenos); del artículo 5., párrafos 1 y 3 (1. Cada uno tendrá derecho a desarrollar libremente su personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país con tal que no atente a los derechos de los demás ni viole la Constitución ni viole las buenas costumbres, 3. La libertad individual es inviolable. Nadie podrá ser perseguido, detenido, encarcelado ni privado de libertad en forma alguna sino en los casos y con arreglo a las modalidades que la ley determine); del artículo 13, párrafo (La libertad de conciencia religiosa es inviolable. El goce de los derechos individuales y políticos no están condicionados a las creencias religiosas de la persona); y del artículo 264º”. Por su parte, la Constitución portuguesa en el artículo 288 establece catorce limitaciones a la reforma a la Constitución. El artículo 288 dice: “De los límites materiales de la revisión: Las leyes de revisión constitucional deberán respetar: a) La independencia nacional y la unidad del Estado; b) La forma republicana de gobierno; c) La separación de las Iglesias y el Estado; d) Los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; e) Los derechos de los trabajadores, de las comisiones de trabajadores y de las asociaciones sindicales; f) La coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción; g) La existencia de planes económicos en el ámbito de una economía mixta; h) El sufragio universal, directo, secreto y periódico en la designación de los titulares electivos de los órganos de soberanía, de las regiones autónomas y del gobierno local, así como el sistema de representación proporcional; i) El pluralismo de expresión y organización política, incluyendo los partidos políticos, y el derecho de oposición democrática; j) La separación y la interdependencia de los órganos de soberanía; l) La fiscalización de la constitucionalidad por acción o por omisión de normas jurídicas; m) La independencia de los Tribunales; n) La autonomía de las entidades locales; o) La autonomía político-administrativa de los archipiélagos de las Azores y de Madeira”.

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

³⁴ Ibid.

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

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

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

³⁵ Daryl L. Levinson en un reciente artículo publicado en *Harvard Law Review* titulado “Parchment and Politics: the positive Puzzle of constitutionalism commitment”, hace un recuento de la principal paradoja de la democracia constitucional que se refiere a los límites que tiene la democracia de mayorías con base a los elementos más importantes de la Constitución. Es decir el enfrentamiento de la democracia de mayorías frente a la democracia constitucional o el enfrentamiento entre “El Pergamino” (La Constitución) y la Política (LEVINSON, Daryl L., “Parchment and Politics: the positive Puzzle of constitutionalism commitment”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 124, No. 3, January 2011, pp. 659 – 746). Este conflicto ha sido resuelto muchas veces por los Tribunales Constitucionales, sobre la idea que las mayorías o la popularidad de un Presidente no pueden eliminar el juego democrático mismo que se establece en la Constitución, por ejemplo perpetuarse en el poder, o eliminar los derechos fundamentales de las minorías y es la base teórica de los presupuestos de extralimitación de la competencia del poder de reforma que se dio en la Sentencia C-141 de 2010, que declaró inconstitucional el referendo reeleccionista, porque este eliminaba principios propios de la democracia constitucional como la alternancia del poder, el principio de separación de poderes, el principio de igualdad, y el control o limitación entre poderes (*Checks and balances*).

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

aquellos elementos del bloque de constitucionalidad que son axiales o consustanciales a ésta.

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

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

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

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

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

³⁹ Negrilla fuera del texto. Como afirma Néstor Osuna, en la Sentencia C-551 de 2003 se dieron cuatro argumentos que utilizó la Corte para sostener la tesis de los límites competenciales del poder de reforma. En

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

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

5.1.16. De este modo en las Sentencias C- 970 y C- 971 de 2004 se dispuso que el **principio de separación de poderes** era un elemento consustancial o axial de la Constitución de 1991 que no podría derogarse, cambiarse o eliminarse íntegramente⁴⁰ ya que al hacerlo el poder de reforma se abrogaría

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

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

competencias propias del poder constituyente que no le eran propias constituyéndose de este modo un vicio de competencia de carácter insubsanable.

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

porque ese es, precisamente, el contenido del poder de reforma constitucional que, como tal, tiene capacidad para alterar principios fundamentales. Una cosa es alterar un principio fundamental y otra distinta sustituir un elemento definitorio de la identidad de la Constitución” (Sentencia C-970 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

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

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

⁴³ Sobre el particular se estableció en la Sentencia que, “*El parágrafo acusado es una disposición transitoria, por medio de la cual, con carácter supletorio y transitorio, se confieren facultades extraordinarias a un órgano distinto del Congreso, para que, en determinados supuestos, expida las normas de desarrollo necesarias para permitir la entrada en vigencia, en un horizonte temporal preestablecido, de la reforma adoptada por el constituyente derivado. Sobre esa materia, existen claros precedentes de constitucionalidad en las sentencias C-970 y C-971 de 2004. Conforme a tales precedentes, no se produce una sustitución de Constitución cuando de manera transitoria, y con el propósito de permitir la puesta en marcha de una reforma constitucional, se atribuye a órganos distintos del Congreso de la República, la capacidad de expedir normas de ordinario sometidas a reserva de ley, incluidas las que tienen reserva de ley estatutaria. En el presente caso, sin embargo, concurren en el Acto Legislativo demandado unos elementos diferenciadores que imponen una conclusión distinta. En lo pertinente el parágrafo transitorio del artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2004 dispone que si el Congreso no expide antes del 20 de julio de 2005 la ley estatutaria que regule la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República, el Consejo de Estado, en un plazo de dos meses, reglamentará la materia. Observa la Corte, en primer lugar, que la habilitación al Consejo de Estado se orienta a la regulación de un específico proceso electoral, que debe cumplirse en breve término y de cuya configuración, por consiguiente, quedaría excluido el legislador. Como se pone de presente en la demanda, tal situación afecta la supremacía de la Constitución, porque esa regulación, que de manera excepcional se confía al Consejo de Estado, no estaría sometida a control político alguno y carecería de un efectivo control de constitucionalidad. Dicho poder legislativo fue atribuido a un órgano de la rama judicial, que no es elegido por el pueblo de manera directa o indirecta, que no es*

En esta ocasión la Corte declaró la inconstitucionalidad de una reforma a la Constitución por falta de competencia del órgano reformador ya que conferir competencias legislativas a un órgano jurisdiccional – el Consejo de Estado – daba lugar a un cambio o sustitución de la Constitución de 1991 por otra integralmente diferente subvirtiendo de esta manera el poder de reforma constitucional al abrogarse competencias del poder constituyente originario.

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

5.1.19. Del mismo modo en la Sentencia C-588 de 2009⁴⁶ que resolvió el Acto Legislativo No 1 de 2008 que adicionaba al artículo 125 de la C.P un párrafo transitorio estableciendo que durante un tiempo de tres (3) años la Comisión Nacional de Servicio Civil implementaría mecanismos para que los servidores públicos en provisionalidad se inscribieran en la carrera sin necesidad del concurso⁴⁷, la Corte después de implementar el “**Test de**

representativo de la sociedad y que habrá de expedir las normas legales sin participación de los ciudadanos obligados y afectados, sin sujetarse a un procedimiento legislativo predefinido y público, y sin control parlamentario, ni judicial de constitucionalidad, que actúen de manera oportuna antes de las elecciones de 2006. estima la Corte que el Congreso excedió su competencia como reformador de la Constitución al expedir la disposición anteriormente transcrita, por virtud de la cual se sustituye el principio de supremacía de la Constitución por el de la supremacía del legislador transitorio. Por lo tanto, sustituye un elemento esencial definitorio de la Constitución por otro integralmente diferente. El hecho de que ello suceda durante un lapso breve -el tiempo que requiera el Consejo de Estado para legislar cada vez que sea necesario para que indefectiblemente existan normas que regulen la próxima campaña presidencial- no es óbice para constatar que evidentemente durante ese lapso la Constitución dejará de ser suprema en el ámbito que el legislador decida regular y que las normas incontrolables de manera efectiva que ese legislador adopte se aplicarán a las elecciones que determinarán quien gobernará a Colombia entre 2006 y 2010”.

⁴⁴ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁵ En dicha jurisprudencia se estableció sobre el punto que, “*El cambio introducido por el Acto Legislativo 01 de 2007 en la operación de la moción de censura es un cambio importante que flexibiliza el ejercicio de este instrumento de control político e inclina en este sentido la balanza a favor del legislativo, pero no puede decirse que el mismo suprime un principio definitorio de la identidad de la Carta de 1991, como es el de la separación de poderes que, de hecho, en cuanto hace a una de sus expresiones, cual es la del bicameralismo, no estaba configurado de un modo absoluto, sino matizado, por la iniciativa de cada una de las cámaras para proponer la moción de censura y la decisión de la misma en el congreso reunido en pleno”.*

⁴⁶ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza

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

efectividad” estableció que el **principio estructural de carrera administrativa**, que **contiene el principio de mérito o “meritocracia”**, se había sustituido temporal y parcialmente abrogándose de este modo el poder de reforma competencias propias del poder constituyente⁴⁸. Del mismo modo se dijo en aquella Sentencia que dicha reforma había modificado de manera tácita, **el principio de igualdad** contenido en el artículo 13 de la Constitución⁴⁹.

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

servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa. Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular”.

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

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

⁵⁰ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵¹ Sobre la sustitución de dichos principios en la Ley 1354 de 2009 que convocaba a un referendo constitucional para una segunda reelección del Presidente de la República se estableció que, “*El principio democrático constituye un elemento esencial de la Constitución de 1991 y se desprende del texto constitucional que Colombia es una democracia participativa, representativa y pluralista, rasgos definitorios éstos ligados indisolublemente a la realización de elecciones transparentes, periódicas, inclusivas, competitivas e igualitarias, de donde la idea misma de representación va ligada por lo tanto a los períodos fijos y a las elecciones periódicas, en que la alternación cobra una doble dimensión: (i) como eje del esquema democrático en la que toda autoridad es rotatoria y no hay previstos cargos de elección popular vitalicios; y (ii) como límite al poder político, y si bien la reelección inmediata introducida por el Acto legislativo 02 de 2004 no configuraba una sustitución a la Constitución, porque, en todo caso, se contemplaba un límite absoluto al término del ejercicio del poder por parte del Presidente de la República y se mantenían las elecciones periódicas para la provisión de este cargo, un tercer período en el ejercicio del poder, que fuera el resultado de una segunda reelección presidencial, desvirtuaría el principio de alternación, ya que mantendría en el poder a una persona e impondría la reproducción de una misma tendencia política e ideológica durante un lapso mayor al que es juzgado razonable de acuerdo con las reglas de funcionamiento de un régimen presidencial típico y al que el propio constituyente colombiano estableció, tanto en la versión original de la Carta de 1991, como en la reforma válidamente introducida mediante el Acto Legislativo No. 02 de 2004. Esta afectación del principio de alternación proyectaría consecuencias sobre las finalidades de índole constitucional que mediante él se persiguen y, en concreto, las posibilidades de las minorías y de la oposición sufrirían notable menoscabo, pues tendrían que aplazar sus legítimas expectativas por un período adicional, en el que, de nuevo, se impondrían los equipos y las tesis ya ensayadas a lo largo de ocho años”.*

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

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

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

5.2.2. Teniendo en cuenta lo anterior estableció que la Corte debe analizar si el órgano que expidió la reforma era competente para hacerlo y por ende debe verificar como **premisa mayor** “... *los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo*”, ya que ello permite establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado. Sobre esta

⁵² Fundamento Jurídico 4.4.

primera parte de la metodología de la sustitución señaló la Corte en la Sentencia C- 970 de 2004 que se trata de verificar un enunciado específico y *“no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad”*.

5.2.3. Por otra parte y en segundo lugar, la Corte estableció que la metodología de la sustitución de la Constitución supone a su vez el análisis de la **premisa menor** que consiste en analizar el contenido del acto reformativo *“para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control”*.

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

5.2.4. Esta misma metodología de los límites competenciales del poder de reforma o “test de la sustitución” fue acogida en la Sentencia C- 1040 de 2005 en donde se dijo que los tres pasos descritos tienen como finalidad: (i) verificar si la reforma constitucional introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución; (ii) analizar si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, finalmente, (iii) comparar el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles⁵⁴.

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

“El método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por

⁵³ Fundamento Jurídico 4.3 de la Sentencia.

⁵⁴ Fundamento Jurídico 7.10.3.

otro integralmente distinto. Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior... ”⁵⁵.

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

5.2.7. Finalmente sobre la metodología de la sustitución se dijo en la Sentencia C- 141 de 2010 que, “*Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución del juicio de intangibilidad y del juicio de violación de un contenido material de la Constitución, consisten en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los*

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Fundamento Jurídico 7.10.3, parte final.

elementos esenciales que definen su identidad”. En el mismo sentido se estableció en dicha sentencia que, “(...) *el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni se verifica si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad-, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles*”. Del mismo modo en esta jurisprudencia se estableció que el concepto de sustitución de la Constitución “*no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido a la Corporación sentar unas premisas a partir de las cuales avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional*”⁵⁷.

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

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

⁵⁷ Folio 133 de la Sentencia.

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

de personas, violarían el presupuesto de generalidad o universalidad que deben tener los preceptos constitucionales⁵⁹.

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

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

5.2.12. Por otra parte se debe destacar que después de realizar un análisis pormenorizado de la jurisprudencia constitucional que se ha establecido sobre los límites competenciales al poder de reforma en la Sentencia C- 574 de

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

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

2011⁶¹ se sintetizaron los siguientes presupuestos que debe tener en cuenta la Corte para el análisis de las demandas contra reformas constitucionales por vicios competenciales o de sustitución:

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

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

3. Que el concepto de sustitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido sentar unas premisas para avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. En este sentido se trata de un control de tipo inductivo y no deductivo, porque la Corte analizará en cada caso concreto si el principio estructural fue sustituido, pero al mismo tiempo el precedente en torno a la definición del principio servirá para resolver si se presentó o no la sustitución de la Constitución en casos posteriores.

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

5. Que para determinar si la Constitución fue sustituida por otra -parcial, total, transitoria o permanentemente- se debe

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

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

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

7. Que mediante el llamado test de la eficacia el juez constitucional puede comprobar: (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular, (ii) que el cambio no dio lugar a que se establecieran normas ad hoc o particulares, y (iii) que no se hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la Constitución.

8. Teniendo en cuenta lo anterior se puede afirmar que dentro de la clasificación de los límites al poder de reforma constitucional, la Corte Constitucional a través de la teoría de la inconstitucionalidad por sustitución ha reconocido que existen unos límites intrínsecos al poder de reforma, ya que estos se encuentran reflejados en la Constitución misma o en los elementos del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, estos límites intrínsecos al poder de reforma no deben confundirse con elementos intangibles ni inmanentes, como en

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

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

Se reitera que el juicio de sustitución de la Constitución tiene por objeto evaluar la constitucionalidad de un Acto Legislativo, lo cual comporta la confrontación entre lo modificado y la Carta anterior, no para determinar si hay diferencias, que siempre las habrá, sino para establecer si, en realidad, se produjo un reemplazo de un eje axial del ordenamiento superior o de principios provenientes del bloque de constitucionalidad. Sobre este punto hay que subrayar que la sustitución es un reemplazo de la Constitución e implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra completamente distinta, ya que cuando se produce la sustitución se incorpora a la Constitución un nuevo elemento que reemplaza originalmente al adoptado por el Constituyente. Como quedo visto para establecer si se ha presentado o no una sustitución de la Constitución, es necesario tener en cuenta los principios y valores vertebrales que la Constitución contiene, así como aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma mediante la comparación de un artículo reformativo con una regla, norma o principio constitucional, sino para determinar si los principios estructurales anteriores y los introducidos opuestos o integralmente diferentes resultan incompatibles.

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

principios o valores consustanciales de la Constitución de 1991 y si se trata de una reforma que no cumple con los presupuestos de generalidad y universalidad que deben tener las normas constitucionales como lo proponen los demandantes.

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

En este apartado estudiará la Corte en primer lugar (6.1) si el Acto Legislativo No 4 de 2011 *“Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia”* sustituyó principios consustanciales a la Constitución relacionados con la carrera administrativa para el acceso, permanencia y ascenso en los cargos públicos que contiene el principio de mérito o “meritocracia” y el principio de igualdad. En dicho punto se utilizará la metodología o test de la sustitución analizada anteriormente. Del mismo modo, y en segundo lugar (6.2) analizará la Corte si la reforma demandada no cumplió con los presupuestos propios del “Test de efectividad” y si como dicen los demandantes se estableció una reforma temporal y particular que favoreció a un grupo especial de personas que son destinatarios únicamente de éstas normas. Finalmente (6.3) la Corte verificará si con la presente reforma constitucional se vulneró la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 243 de la Constitución que establece que, *“Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”*.

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

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

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

6.1.3. En otras palabras dispuso la Corte en aquella ocasión que, la carrera administrativa, con sus componentes de concurso público, de mérito y de

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

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

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

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

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

constituyéndose el concurso en un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impedir que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios subjetivos e irrazonables. La jurisprudencia constitucional, también ha manifestado que se quebranta la igualdad cuando se permite el acceso automático a la carrera administrativa, esto es, cuando a determinadas personas se les autoriza el ingreso a la carrera sin necesidad de pasar por un proceso orientado a valorar sus capacidades o méritos y con fundamento en la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera, y se quebranta por cuanto no tienen adquirido un derecho de ingreso a la carrera, ni siquiera por el simple hecho de haber ejercido el cargo por un periodo largo de tiempo”.

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

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

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

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

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

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

6.1.9. Del mismo modo se dijo en dicha sentencia que la Constitución de 1991 ha reconocido el principio constitucional de carrera administrativa y que dicho principio se encuentra contenido en artículos constitucionales como el 125⁶⁶, el 209⁶⁷, el 130⁶⁸ y el numeral 10° del artículo 268⁶⁹. En el mismo sentido se dijo que dicho principio se constituye en un elemento transversal que estructura y caracteriza a la Constitución de 1991 como un elemento axial y definitorio. Por otra parte hay que tener en cuenta que en la jurisprudencia constitucional se ha puntualizado que existe “*una relación intrínseca*” entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, “*la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales, ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*”⁷⁰.

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

⁶⁶ “Art. 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.

⁶⁷ “Art. 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

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

⁶⁹ “Art. 268.10. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: 10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Ésta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho”.

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

⁷¹ Dicho numeral consagra que “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La

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

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

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

6.1.14. En este mismo sentido se ha dicho que para garantizar el principio estructural de la carrera administrativa y sus elementos consustanciales de mérito e igualdad se prohíbe, *“...prever condiciones que impiden la determinación objetiva del mérito de cada concursante, de incluir ítems de evaluación cuya aplicación proceda para algunos concursantes y no para todos, de disponer distintos criterios para evaluar a los aspirantes vinculados a la respectiva entidad y a los que no lo están y de establecer una regulación más restrictiva para el ingreso a la carrera que la prevista para el ascenso de la misma”⁷⁶.*

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

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

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

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

⁷⁵ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁶ Sentencia C- 588 de 2009.

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

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

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

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

6.1.19. Para los demandantes el Acto Legislativo No 4 de 2011 que establece que con el fin de determinar las calidades de los aspirantes a ingresar y actualizar los cargos de carrera, la Comisión Nacional de Servicio Civil

homologará y otorgará puntajes adicionales por la experiencia y estudios de postgrado a quienes en la actualidad estén ocupando el cargo en calidad de provisionales o en encargo, sustituye de manera temporal y parcial la Constitución de 1991, en el principio estructural de carrera administrativa y sus componentes de concurso público, mérito o “meritocracia” e igualdad.

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

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

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

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

6.1.24. Aunque se puede establecer que en este caso se está valorando para el ingreso al cargo público no solamente la permanencia en el cargo, sino también los estudios de postgrado como especialización, maestría y doctorado, en este caso se constata que se otorga un puntaje mucho mayor que equivale a setenta (70) puntos para los empleados en provisionalidad o en

encargo que haya permanecido cinco (5) o más años de servicio dando lugar a una valoración injustificada y desproporcionada de la permanencia en el cargo.

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

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

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

⁷⁷ En el numeral 5.2.13. de este proyecto.

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

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

6.2.3. De otra parte el establecimiento por parte del órgano reformador de una norma transitoria dirigida a regular la situación particular de los servidores públicos que actualmente ocupan cargos de carrera en calidad de provisionales o en encargo, con el propósito de otorgar un mayor puntaje por el hecho de la permanencia o los estudios adicionales va en contra del test de efectividad de las reformas constitucionales, ya que están estableciendo normas constitucionales *ad-hoc* o de carácter particular que benefician a un grupo especial de personas, en este caso a los empleados de provisionalidad que a 31 de diciembre de 2010 tengan cinco (5) o más años de servicio, a los cuales se les otorga setenta (70) puntos en la homologación del concurso por el hecho de la permanencia. En virtud de esta homologación, los servidores que logren acreditar experiencia o estudios adicionales, no tendrían que realizar la prueba de conocimiento, lo que rompe abiertamente con el principio de igualdad de oportunidades para acceder a los cargos públicos.

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

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

6.2.6. Así mismo se comprueba que con dicho Acto Legislativo se estarían sustituyendo los principios de mérito e igualdad para el ingreso, permanencia y ascenso sin que se aprecie una justificación constitucionalmente legítima para otorgar dicho privilegio. A juicio de la Corte, la permitida homologación de la prueba de conocimientos por experiencia o estudios adicionales, coloca en una desventaja evidente a los demás concursantes, más aún cuando a los servidores en provisionalidad o encargo, por el sólo hecho de tener cinco (5) o

más años de servicio –no se señala que en el mismo cargo- se les otorga una calificación de setenta (70) puntos, lo cual desarticula temporalmente el sistema de carrera administrativa e impone un contenido normativo que desconoce abiertamente el postulado vertebral de carrera administrativa establecido en la Constitución.

6.2.7. En **conclusión** sobre este punto la Corte estima que con la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No 4 de 2011 se presenta la violación de los postulados del “test de la eficacia”, ya que se está presentando una reforma temporal de carácter *ad-hoc* o particular que beneficiaría de manera injustificada a un grupo de personas, los empleados en provisionalidad o en encargo, a quienes se les otorga un puntaje adicional que homologarán para el concurso. Al mismo tiempo comprueba la Corte que se estaría presentando una reforma que tácitamente anularía de manera temporal artículos constitucionales como los artículos 125, 209, 130 y numeral décimo del artículo 268 de la C.P. en donde se encuentra reflejado el principio estructural de la carrera administrativa, del concurso, del mérito y de la igualdad. Finalmente se constata que con el Acto Legislativo No 4 de 2011 el Congreso de la República quebrantó un principio axial de la Constitución, sustituyéndolo temporalmente por uno integralmente diferente, con el único propósito de imponer una decisión particular que desnaturaliza el poder de reforma constitucional dando lugar a una ruptura o quiebre temporal o incidental de la Constitución de 1991⁷⁹ que produce un fraude a la Constitución.

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

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

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

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

“De conformidad [con] el inciso segundo del artículo 243 de la Carta Política, para determinar si se esta (sic) en presencia del fenómeno de la cosa juzgada material, es preciso examinar cuatro elementos: 1) Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexecutable. 2) Que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca ya que el contenido material del texto demandado es igual a aquel que fue declarado inexecutable. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción. 3) Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la ‘reproducción’ haya sido declarado inconstitucional por ‘razones de fondo’, lo cual significa que la ratio decidendi de la inexecutableidad no debe haber reposado en un vicio de forma. 4) Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexecutableidad. Cuando estos cuatro elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, en consecuencia, la norma reproducida, también debe ser declarada inexecutable por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues éste limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental”

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

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

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

6.3.5. Por otra parte se debe tener en cuenta que una vez se haya tomado una decisión de inconstitucionalidad o constitucionalidad de una norma ésta decisión tiene el carácter de fuerza vinculante. En este sentido se han venido creando dentro de la jurisprudencia y la doctrina técnicas de interpretación y de comprensión de la jurisprudencia como fuente del derecho, como la teoría sobre el precedente constitucional, la vinculatoriedad horizontal y vertical a éste, y la verificación de si la vinculación por parte de las instancias jurídicas inferiores fue acertada o no mediante las subreglas del derecho viviente⁸³.

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

6.3.7. Por ejemplo, desde la perspectiva de la rigidez constitucional Ferreres Comellas⁸⁴ considera que la flexibilidad o la rigidez de las Constituciones depende no solamente de si se establecen sistemas procedimentales mucho más rigurosos en la Constitución para posibilitar la reforma que lo diferencie de la aprobación de la ley, como estableciera Bryce en su estudio sobre

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

⁸² Auto 27A de 1998.

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

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

Constituciones rígidas y flexibles⁸⁵, sino que se debe tener en cuenta el sistema político y la organización de los partidos políticos y el sistema de mayorías en el Congreso. Sobre esta relación entre mayorías en el Congreso y la posibilidad de reforma indica Ferreres que en cuanto más disciplinados sean los partidos, y cuanto más arraigada esté la cultura de la coalición (como ocurre en las llamadas “democracias consociativas”), tanto más fácil será satisfacer la exigencia de alcanzar una supermayoría parlamentaria necesaria para la reforma constitucional⁸⁶.

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

6.3.9. Igualmente expone que otra forma de eludir o neutralizar el control de constitucionalidad de las leyes, es establecer con detalle aspectos que tendrían que tener rango legal, para concretar de este modo en la Constitución la interpretación de un principio o regla constitucional. Del mismo modo se evidencia la práctica de algunos países en los que el Congreso, como respuesta a un fallo de inconstitucionalidad de una norma legal, decida mediante la técnica de la reforma constitucional aprobar la misma legislación invalidada como norma de rango constitucional, defraudando de esta manera la potestad de control que tienen las Cortes y Tribunales Constitucionales.

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

⁸⁵ BRYCE, James, *Constituciones flexibles y rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 229

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ *Ibíd.*, caso citado en la nota al pie de página No 26, p. 243.

United States v. Eichman, 11 S.Ct.2402 (1990), decisión por la que la Corte protegió la quema de la bandera nacional como ejercicio de la libertad de expresión⁸⁹.

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

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

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

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

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ Esta problemática también ha sido constante en países como la India en donde se ha utilizado la potestad de reforma a la Constitución para introducir programas políticos de cada gobierno, dando lugar a que desde los años setenta la Corte Constitucional de dicho país haya implementado la diferenciación entre poder constituyente y poder de revisión, para declarar la inconstitucionalidad de reformas que vulneraban principios estructurales.

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

6.3.16. En el caso concreto le corresponde a la Corte verificar si el Acto Legislativo No 1 de 2008 tiene el mismo contenido normativo que el Acto Legislativo No 4 de 2011 y así establecer si en el presente caso se presentó la cosa juzgada material que alegan los demandantes. Para realizar dicha verificación se expondrá en el siguiente cuadro el contenido de los Actos legislativos:

| Acto Legislativo No 1 de 2008 | Acto Legislativo No 4 de 2011 |
|--|---|
| <p><i>“ARTICULO 1º. Adiciónese un parágrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así: Parágrafo Transitorio. Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo</i></p> | <p><i>“DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia.</i> EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA: ARTÍCULO 1o. <i>Adiciónese un artículo transitorio a la Constitución Política, así</i> Artículo transitorio. <i>Con el fin de determinar las calidades de los aspirantes a ingresar y actualizar a los cargos de carrera, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, de quienes en la actualidad los están ocupando en calidad de provisionales o en encargo, la Comisión Nacional del Servicio Civil, homologará las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público, preservando el principio del mérito, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo, para lo cual se calificará de la siguiente manera:</i></p> |

cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción. Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente parágrafo. La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa. Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular”.

| | |
|---------------------------------|------------------|
| <i>5 o más años de servicio</i> | <i>70 puntos</i> |
|---------------------------------|------------------|

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para los empleados que se

| | |
|--|--|
| | <p><i>encuentren inscritos en carrera administrativa y que a la fecha estén ocupando en encargo por más de tres (3) años de manera ininterrumpida un cargo que se encuentre vacante definitivamente, y que hayan obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año, al momento de realizar los concursos respectivos se le calificará con la misma tabla establecida en el presente artículo transitorio.</i></p> <p><i>Quedan exceptuados los procesos de selección para jueces y magistrados que se surtan en desarrollo del numeral 1 del artículo 256 de la Constitución Política, relativo a la carrera judicial y docentes y directivos docentes oficiales.</i></p> <p><i>ARTÍCULO 2o. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación”.</i></p> |
|--|--|

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

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

ejercer el cargo”. Es decir que mientras en el caso del Acto Legislativo No 1 de 2008 se establece la inscripción automática de los empleados en provisionalidad o en encargo que cumplan con las condiciones referidas, en el caso del Acto Legislativo No 4 de 2011 se establece un sistema de homologación mediante puntajes adicionales por la experiencia y la permanencia y los estudios realizados.

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

VII. DECISION

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

RESUELVE:

- 1- Declarar **INEXEQUIBLE** el Acto Legislativo 4 de 2011.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Presidente

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada