COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/077/21

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/077/21
Expediente	—
Fecha	2021-03-25
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	DIANA FAJARDO RIVERA
Partes	el artículo 36.2 del Decreto

Temas que titula la Corte Constitucional

- Principio De Igualdad De Oportunidades En Acceso A Cargos Publicos
- Juicio De Proporcionalidad De Intensidad Intermedia
- Libertad De Configuracion Legislativa En Carrera Administrativa
- Libertad De Configuracion Legislativa En Carrera Admimnistrativa

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La Sala Plena se ocupó de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Guillermo Arellano Castillo contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 1960 de 2019, “ [p] or el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones” , a través del cual se modificó el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, “ [p] or la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones” , por la presunta violación de los principios del mérito e igualdad. 135.

Texto completo

C-077-21 NOTA DE RELATORÍA: Mediante constancia secretarial del diecinueve (19) de julio de dos mil veintiuno (2021), la cual se anexa en la parte final, se certifica que el magistrado Alejandro Linares Cantillo no intervino en la decisión de la presente sentencia.

Sentencia C-077/21 COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL- Elementos El análisis de la cosa juzgada constitucional, exige la configuración de (i) identidad de objeto, (ii) identidad de causa o cargo y (iii) subsistencia del parámetro de control de constitucionalidad. El estudio del primer requisito implica verificar la existencia de una decisión previa sobre la misma disposición o una con idéntico texto normativo (cosa juzgada formal), o de una disposición que, aunque con diferente tenor literal, tenga un contenido análogo a aquél que se extrae de la que ahora es examinada (cosa juzgada material). En cuanto al segundo requisito, el análisis de contrastación exige identificar si el cargo o las razones de inconstitucionalidad aducidas para justificar la inexistencia de ajuste entre una norma infraconstitucional y el parámetro de control son o no iguales. Esta indagación conduce a inferir la materialización de la cosa juzgada absoluta o relativa (implícita o explícita).

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL- No configuración SISTEMA DE CARRERA- Mérito como elemento esencial [E]l Constituyente de 1991 consideró como elemento fundamental del ejercicio de la función pública el principio del mérito y que previó a la carrera, sistema técnico de administración del componente humano, como un mecanismo general de vinculación; en el marco del cual el concurso público se constituye en un instrumento adecuado para que, bajo parámetros objetivos, no discriminatorios, transparentes y claros, se garantice la selección de las personas mejor cualificadas integralmente. Además, fijó aspectos normativos precisos sobre las excepciones al régimen de carrera y los criterios relevantes para el ingreso, ascenso y desvinculación del servicio, y reservó otros al margen de configuración del Legislador, habilitación que debe leerse en

concordancia con lo establecido en el artículo 150.23 de la Constitución y, en todo caso, con aquellos límites sustantivos que derivan de la Carta Política.

CONCURSO CERRADO DE ASCENSO- Evolución jurisprudencial Entre aquellos aspectos reservados a la configuración legislativa está la estipulación de los requisitos y condiciones para determinar el mérito y las calidades de los aspirantes al ingreso y ascenso a los cargos de carrera. Sobre el ascenso, y la razonabilidad y proporcionalidad de que existan disposiciones diferenciales, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades, evidenciando una primera etapa en la que el concurso de ascenso cerrado fue considerado válido dentro de nuestra configuración constitucional. No obstante, a partir del 2002 la Corporación varió su jurisprudencia, dando lugar a una segunda etapa, en vigencia de la cual ha proscrito la existencia de concursos cerrados, fundamentalmente en protección del principio de igualdad, y ha permitido configuraciones mixtas.

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN ACCESO A CARGOS PUBLICOS- Instrumentos internacionales De conformidad con los enunciados e interpretaciones mencionadas, es claro que desde los instrumentos internacionales y regionales vinculantes para el Estado colombiano existe un mandato sobre el acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad, y la prohibición de establecer tratos discriminatorios. También debe advertirse que el Estado es competente para establecer las regulaciones que estime adecuadas, siempre que no se desconozca, por ejemplo, la prohibición de no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD- Pasos JUICIO DE PROPORCIONALIDAD- Niveles de intensidad JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE INTENSIDAD INTERMEDIA- Aplicación CARRERA ADMINISTRATIVA- Mérito tanto para ingreso como para ascenso CONCURSO MIXTO- Legitimidad El concurso de ascenso mixto se dirige a la satisfacción de fines constitucionalmente importantes. Al respecto, tras la regulación del acceso al empleo público se encuentra la finalidad de que el Estado cumpla adecuadamente con los objetivos a su cargo, tales como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, y garantice la prevalencia del interés general (Arts. 1 y 2 de la CP). Con idéntica inspiración, el artículo 209 de la Carta establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y su desarrollo implica la sujeción a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En tal dirección, la selección del talento humano es una condición necesaria, por lo cual, desde la Constitución de 1991 la vinculación de personas con las máximas calidades personales y profesionales ha sido un objetivo claro y decidido, encontrando en los procesos de selección un instrumento de apoyo a partir de las variadas pruebas que allí se pueden adelantar.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CARRERA ADMINISTRATIVA- Autonomía para clasificación de concursos, señalamiento de trámites y requisitos LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CARRERA ADMIMNISTRATIVA- Límites en regulación de ingreso, ascenso y retiro Referencia:

expediente D-13784 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 1960 de 2019, “[p] or el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones ” Demandante: Guillermo Arellano Castillo Magistrada ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA [1] Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021). La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones Constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA I.

Antecedentes [2] 1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, el ciudadano Guillermo Arellano Castillo presentó, vía electrónica, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 1960 de 2019, “ [p] or el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones” , a través del cual se modificó el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, “ [p] or la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.” 2. Mediante Auto del 21 de julio de 2020 [3] el Magistrado sustanciador admitió parcialmente la demanda de inconstitucionalidad frente a los cargos por desconocimiento del derecho a la igualdad (Art. 13 de la CP) y al principio del mérito (Art. 125 de la CP), e inadmitió los cargos por el posible desconocimiento de los derechos inalienables de la persona, el derecho al trabajo y el acceso a la función pública, así

como por la presunta lesión de las competencias constitucionales conferidas a la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la cosa juzgada material, frente a lo decidido en la Sentencia C-1262 de 2005.

3. Mediante esta providencia se dispuso, además, (i) correr traslado al Procurador General de la Nación, [4] (ii) fijar en lista las disposiciones acusadas y (iii) comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República [5] y a la Nación - Ministerio del Interior.

De igual forma, con el objeto de emitir concepto sobre la demanda de la referencia, [6] (iv) se invitó al proceso a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC;

Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP; Academia Colombiana de Jurisprudencia; Instituto Colombiano de Derecho Procesal; a la facultad de Derecho de las universidades de los Andes, Caldas, Externado, Javeriana, Libre, Militar Nueva Granada y Nacional de Colombia; y, a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

4. Dentro del término de ejecutoria del Auto del 21 de julio de 2020, el accionante no allegó escrito de corrección dando lugar a la expedición del Auto del 5 de agosto de 2020, [7] que rechazó los cargos inicialmente inadmitidos.

5. Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. Norma demandada 6. A continuación, se transcribe la disposición parcialmente demandada, destacando el aparte cuestionado: “ LEY 1960 DE 2019 (junio 27) Diario Oficial No. 50.997 de 27 de junio 2019 CONGRESO DE LA REPÚBLICA Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

(…) ARTÍCULO 2o. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así: Artículo 29. Concursos. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.

El concurso de ascenso tiene como finalidad permitir la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad, del mismo sector administrativo o dentro del cuadro funcional de empleos.

El concurso será de ascenso cuando: 1. La vacante o vacantes a proveer pertenecen a la misma planta de personal, las plantas de personal del sector administrativo o cuadro funcional de empleos, en los niveles asesor, profesional, técnico o asistencial.

2. Existen servidores públicos con derechos de carrera general o en los sistemas específicos o especiales de origen legal, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.

3. El número de los servidores con derechos de carrera en la entidad o en el sector administrativo que cumplen con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso el treinta (30%) de las vacantes a proveer. El setenta (70%) de las vacantes restantes se proveerán a través de concurso abierto de ingreso.

Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto.

Quienes se hayan inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuarán en el concurso abierto de ingreso sin requerir una nueva inscripción.

PARÁGRAFO. La Comisión Nacional del Servicio Civil determinará, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el procedimiento para que las entidades y organismos reporten la Oferta Pública de Empleos, con el fin de viabilizar el concurso de ascenso regulado en el presente artículo.

” III. La demanda 7. El actor afirma que la configuración del concurso de ascenso prevista en la disposición parcialmente demandada desconoce los principios de igualdad y mérito (Arts. 13 y 125 de la CP), razón por la que solicita declarar su

inconstitucionalidad. Inició su escrito afirmando que el texto original de la Ley 909 de 2004 estuvo vigente por más de catorce años, sin ser objeto de modificaciones relevantes. A su juicio, el propósito principal de la Ley 1960 de 2019 es "generar oportunidades de movilidad para el ascenso de los empleados públicos inscritos en carrera " , no obstante, precisa que este objetivo se satisface a través de otros mecanismos, pues "en Colombia existe el nombramiento en encargo (ascenso) y el nombramiento en Comisión para el desempeño de cargos de libre nombramiento (ascenso-nivel directivo) ", por lo tanto, a diferencia de lo sostenido por el Congreso de la República en la exposición de motivos de la reforma a la Ley 909 de 2004, en la carrera administrativa existe oportunidad de movilidad, concluyendo que el modelo de gestión pública ahora cuestionado es " lesivo de las garantías fundamentales, al preceptuar un trato discriminatorio o diferenciado, sin razón alguna ." [8] 8. El promotor de la acción indica que se sacrificó la expectativa de quienes no pertenecen a la carrera administrativa, en favor de quienes pertenecen a ella. Por esta razón, la norma es excluyente, "en el sentido de priorizar el concurso de ascenso cerrado, convirtiendo el concurso de méritos abierto, en un proceso residual, en el que se ofertan solo el 70% de las vacantes, no apetecidas por los empleados de carrera y que no fueron ofertadas en el concurso cerrado ." [9] Por tal motivo, el accionante considera que esta exclusión es un trato diferente no admisible ni soportable por quienes no se encuentran inscritos en el régimen de carrera, de manera que se desconocen sus derechos humanos y los principios de la función administrativa.

9. Para el demandante el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 infringe el principio de igualdad (Art. 13 de la CP) porque, al autorizar la realización de dos tipos de concursos (abierto de ingreso y cerrado de ascenso), estableció una distinción entre dos categorías de ciudadanos, a saber, " (i) quienes no hacen parte de la carrera administrativa, y que en algunos casos tampoco gozan de un empleo y (ii) quienes ya disfrutan del empleo digno y se encuentran inscritos en la carrera administrativa." [10] En esos términos, la norma privilegia injustificadamente al segundo grupo:

"(…) quienes no gozan de inscripción en carrera administrativa, ahora deben soportar una afectación o restricción en su derecho de participar en igualdad de condiciones, en beneficio de las personas que ya gozan del trabajo digno. Tal es la desproporción, planteada en la norma, que en aquellos eventos en donde la entidad aplique el concurso cerrado, los aspirantes inscritos en carrera podrán participar por el 100% de las vacantes, en ambos procesos de selección (abierto y cerrado), gozando de una doble aspiración." [11] 10. El ciudadano destaca que las personas que no se encuentran inscritas en el régimen de carrera administrativa -nombradas en provisionalidad o vinculadas mediante contrato de prestación de servicios o desempleadas- no pueden acceder a la totalidad de las vacantes, sino solo "al 70% por ciento de las vacantes, en un proceso residual de selección abierto, con las vacantes no ofertadas en el concurso cerrado de ascenso." [12] De conformidad con lo anterior, afirma que:

"La Ley 1960 de 2019 introduce de forma caprichosa, y sin justificación un concepto violatorio de los derechos humanos, como lo es el concurso de ascenso cerrado, privilegiando a quienes ya gozan del vínculo laboral, por encima de quienes no lo tienen. Concesión realizada a los empleados inscritos en Carrera que, en un país con grandes desigualdades y problemáticas sociales, no es aceptable ni justificable. Más evidente es la afectación al derecho a la igualdad, si se contempla que, dentro de las entidades públicas, además de existir empleados de carrera administrativa, también encontramos personal nombrado en provisionalidad, y por contrato de prestación de servicios, con gran antigüedad, que del mismo fueron excluidos del concurso de ascenso cerrado, exclusión o diferenciación que no tiene sustento." [13] 11. Con apoyo en la jurisprudencia constitucional construida en torno al derecho a la igualdad de oportunidades en el ámbito de la carrera administrativa, infiere que el concurso cerrado de ascenso quebranta fehacientemente el derecho a la igualdad, pues materializa un trato diferencial injustificado que recae sobre un grupo de personas, restringe la posibilidad de acceso al empleo público y cercena la aspiración de quienes no pertenecen al régimen de carrera. Además, el actor indica que esta limitación genera una "clara involución o retroceso, en la garantía del derecho a la igualdad de oportunidades, y en las prácticas administrativas de gestión de personal." [14] 12. Adicionalmente, señala que la disposición examinada transgrede el principio del mérito (Art. 125 de la CP), pues, de conformidad con lo sostenido -en su concepto- por esta Corporación, no es dable "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." [15] Agrega que el Legislador, no solo no atendió al criterio del mérito, sino que duplicó el desgaste institucional en la aplicación de los instrumentos de selección de personal. Asimismo, al referirse a la Sentencia C-1262 de 2005 [16] resalta que:

“(…) el nombramiento de funcionarios en cargos de carrera debe hacerse, salvo excepciones constitucionales o legales, mediante concurso público. La disposición constitucional no distingue si se trata de nombramientos para ingresar o ascender en la carrera al establecer el concurso público como condición del nombramiento del funcionario que pretende ocupar un cargo de carrera. Si la Constitución no distingue entre el ingreso a la carrera y el ascenso a la misma –sino que por lo contrario impone, en ambos casos, que se cumplan (art. 125 C.P.)–, no corresponde al intérprete distinguir entre estas dos eventualidades para efectos de determinar el alcance de la regla general sobre el nombramiento por concurso público. El concurso público tiene como función no sólo la escogencia según los méritos y calidades del aspirante (arts. 125 y 209 C.P.), sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) en el acceso a las funciones y cargos públicos (art.40 núm. 7 C.P.).” [17] 13. Finalmente, el demandante enfatiza que la jurisprudencia ha reiterado que el derecho a la igualdad y el mérito prohíben imponer requisitos diferentes entre los aspirantes. De manera que están proscritos tanto el concurso de selección cerrado como la evaluación de los aspirantes en donde se establecen requisitos que aplican solo para algunos aspirantes.

IV. Síntesis de las intervenciones 14. En el término de fijación en lista se recibieron las siguientes intervenciones: (i) de entidades estatales, en concreto del Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP y de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, quienes pidieron declarar la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 parcialmente cuestionado; (ii) de ciudadanas, por Jeiny Julieth Castro Vega y Camila Andrea González Castillo, que acompañaron las pretensiones de la acción de inconstitucionalidad; y, (iii) del Sindicato de Trabajadores Defensores del Mérito - Sintramérito, que acompañó la solicitud de inexequibilidad.

A continuación, se sintetizan sus consideraciones. Intervenciones con petición de exequibilidad 15. El Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP , [18] a través de su Director Jurídico, afirma que la configuración del concurso de ascenso que ahora se cuestiona se estudió en la Sentencia C-034 de 2015, [19] pues, aunque en dicha oportunidad se analizó la sujeción al ordenamiento superior del artículo 24 del Decreto ley 020 de 2014, entre la norma allí prevista y el contenido de la disposición ahora cuestionada, existe identidad. Por este motivo, en su concepto, se presenta el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, por ende, debe declararse la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019.

16. Precisa que, de acuerdo con esta Corporación, los concursos mixtos desarrollan múltiples finalidades de la carrera, al tener en cuenta el mérito de los funcionarios que ya han ingresado a la misma mediante concurso. Aunado a ello, el ascenso es considerado como una fase fundamental que valora la experiencia, el estímulo, la promoción y la estabilidad de los trabajadores para garantizar, a través de una capacitación y evaluación permanente, una mejor administración pública.

[20] 17. Continúa su exposición afirmando que la carrera administrativa tiene un doble significado: “(…) para el empleado escalonado constituye una garantía de que va a poder progresar hacia mejores puestos de trabajo, sabiendo de este modo que su esfuerzo continuado en el trabajo y su consecuente evaluación del desempeño van a ser recompensados con la posibilidad de participar, confrontar y superar a otros empleados inscritos en la carrera en desarrollo de concursos de ascenso autorizados por el Legislador para los cuales cumpla requisitos (30%). Para la Administración supone que va a poder contar de un contingente laboral altamente motivado, capacitado y, además, especializado en las labores estatales, que puede asumir de manera inmediata las riendas de sus nuevos roles institucionales.” 18.

Señala que a través del concurso de ascenso se libera la plaza del empleado promovido para que sea ocupada mediante el concurso público de ingreso a la carrera, de manera que se garantiza el acceso de nuevos aspirantes al ejercicio de cargos públicos. Concluye aseverando que la carrera administrativa debe asegurar la movilidad, promover la capacitación y el rendimiento laboral, con el fin de mejorar las condiciones laborales del empleado ya inscrito y, a la vez, optimizar los resultados del servicio público.

19. La Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC , [21] por intermedio d e su Presidente, considera que los preceptos demandados no comportan ninguna irregularidad ni contradicción con la Constitución, por lo que solicitó que fueran declarados exequibles. Señala que el sistema meritocrático (Art. 125 de la CP) presupone unos límites dentro de los cuales el legislativo debe enmarcar sus actuaciones, sin que esto implique que “el legislador no pueda configurar tratamientos diferentes más no discriminatorios a la hora de establecer el tipo de concursos que resultan constitucionalmente admisibles.” [22] 20.

Argumenta que, conforme a lo resuelto en la Sentencia C-034 de 2015 [23] “los concursos de méritos cerrados para el ingreso a la Función Pública son inconstitucionales. Sin embargo, son admisibles cuando se reserva un número mínimo de cargos para

funcionarios de carrera, los que dan lugar a los concursos mixtos pues la mayoría de vacantes se ofertan a través de concurso público y abierto y un número inferior mediante concurso de ascenso.” [24] 21.

Más adelante, el representante de la Comisión hace un breve análisis de los cargos presentados por el demandante y concluye que “la modificación que realizó el legislador al artículo 29 de la Ley 909 de 2004 a través del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 se realizó con fundamento en la sentencia C- 034 de 2015 en virtud de la cual se consagró el sistema de concurso de ascenso mixto.” [25] Al respecto, explicó que:

“(…) las personas que no se encuentran vinculadas a la entidad por el sistema de mérito, así como también los provisionales y contratistas tienen un cupo equivalente al 70% por ciento o más, según la cantidad de servidores con derechos de carrera en cada entidad, para participar en el concurso mixto, razón por la cual no es posible considerar que exista un tratamiento sospechoso o discriminatorio tal como lo proclama la acusación.” [26] 22.

Manifiesta que la norma acusada contempla unos requisitos especiales sobre el perfil previsto en los manuales de funciones, estudio y experiencia adicional, además de la exigencia de superar las pruebas eliminatorias, que evitan los ascensos automáticos o la discrecionalidad del nominador. Por último, anota que “las normas consagradas en el inciso final del numeral 3º del memorado artículo 2º, no hacen cosa diferente que salvaguardar el principio de la meritocracia en beneficio del interés general.” [27] Intervenciones con petición de inexequibilidad 23.

La ciudadana Jeiny Julieth Castro Vega [28] solicita declarar la inexequibilidad de la disposición parcialmente acusada pues, en su criterio, quebranta los pilares del Estado social de derecho al apartarse de los artículos 1 y 2 de la Constitución, así como del artículo 54 en lo que respecta al deber del Estado de “propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud” , [29] ya que se están generando mayores restricciones para el acceso al empleo.

24. Considera que el contenido de la norma acusada es inaplicable, en tanto “al existir más de una lista de elegibles vigente respecto de un mismo empleo, perdería validez el claro criterio meritocrático (posición en la lista) que se viene adoptando para proveer las vacantes que surjan durante la vigencia de la lista de elegibles (2 años), respecto de los empleos ofertados, o respecto de las plantas temporales.” [30] Tal situación, a su juicio, configura un “estado de cosas inconstitucional” conforme lo señalado en la Sentencia SU-913 de 2009 por “imposibilidad de la cabal implementación de la meritocracia” [31] y por vulnerarse el derecho a la igualdad.

25. La ciudadana Camila Andrea González Castillo [32] solicita la declaratoria de inexequibilidad de la norma parcialmente acusada. Inicia su intervención afirmando que el concurso cerrado de méritos “ constituye una restricción al ejercicio de los derechos y garantías, limitación al ejercicio de derecho que en este caso restringe la oportunidad de acceso al empleo público de unos, mejorando con ello la oportunidad de acceso de los otros (empleados de carrera).” [33] Advierte además que “en vigencia de la Constitución de 1991 no es posible generar tratamientos que atenten contra los postulados del estado social de derecho, o que signifique un RETROCESO en el reconocimiento de las garantías fundamentales, tal y como lo instauró la Ley 1960 de 2019.” [34] 26.

En su escrito, la interviniente especifica que el modelo de concurso cerrado de méritos de la Fiscalía General de la Nación, contemplado en el Decreto ley 020 de 2014 “es un modelo fallido” en tanto, a la fecha, “no se ha logrado desarrollar ningún concurso de méritos.” [35] También argumenta que “el concurso cerrado no puede desplazar el concurso abierto, como se pretende, pues con ello se desplaza también el derecho a la igualdad y la meritocracia.” [36] A su juicio, es importante recordar que en la Sentencia C-034 de 2015, [37] la Procuraduría General de la Nación solicitó la inexequibilidad del Decreto ley 020 de 2014, luego de considerar que el concurso cerrado de ascenso vulnera el derecho a la igualdad para acceder a los cargos a proveer, en cuanto otorga beneficios a los empleados escalafonados, lo que constituye un trato discriminatorio frente a los aspirantes nuevos. Destacó que en la mencionada sentencia cuatro magistrados salvaron el voto por coincidir con la postura del Ministerio Público y consideró que estos salvamentos deben ser estudiados.

27. El Sindicato de Trabajadores Defensores del Mérito - Sintramérito , [38] a través de su representante legal, solicita a la Corte declarar la inexequibilidad de la norma parcialmente acusada. En su concepto, los fines del Estado solo se concretan en tanto “los

servidores públicos estén obligados a encajar con precisión en ese molde meritocrático.” [39] Sostiene que “el ingreso al sector público no puede estar supeditado a la satisfacción de intereses personales o de un grupo de ciudadanos en particular, sino a una verdadera igualdad, mérito y oportunidad como componentes de la carrera administrativa.” [40] En estos términos, afirma que:

“ [e] l concurso cerrado es una transgresión a la meritocracia y un burlesco del legislativo hacia el conglomerado social, que exige igualdad de participación a quienes por sus estudios y experiencia laboral cumplen los requisitos mínimos exigidos, pero que, en vez de eso, recibe más restricciones a las garantías fundamentales, así como la repartición selectiva e inequitativa de las oportunidades.” [41] 28.

Además, se refirió a la sentencia C-288 de 2014 que, en su criterio, estableció “ (…) los límites de la libertad de configuración legislativa en materia de carrera administrativa, dejando claro que ésta tiene que tener la “garantía de la igualdad de oportunidades” , lo cual desconoce abiertamente la norma demandada en este proceso al cerrar la participación del concurso de méritos a un grupo de ciudadanos que ni siquiera merecen una discriminación positiva al no estar en una situación de debilidad manifiesta.” [42] V. Concepto del Procurador General de la Nación 29. En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación [43] solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de los enunciados demandados del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019. A su juicio, en la disposición bajo revisión no se configura la cosa juzgada respecto de la Sentencia C-034 de 2015, [44] dado que:

“Si bien existe alguna identidad entre los enunciados normativos que fueron estudiados en aquella ocasión y los que son ahora objeto de control, y se advierte la similitud en los cargos planteados en ambas oportunidades, la figura de la cosa juzgada constitucional se desvanece por la evidente diferencia en el ámbito de aplicación de los artículos: el Decreto 020 de 2014 constituye un régimen específico de carrera aplicable únicamente a la Fiscalía General de la Nación, mientras que la Ley 1960 de 2019 sub examine representa una modificación a las normas que regulan el sistema general de carrera administrativa (L.909/04).” [45] 30. El Ministerio Público sostiene que existe reserva legal en materia de empleo público. Precisa que la carrera, que se basa en el mérito, “es el mecanismo general y preferente definido por el artículo 125 superior para el ingreso de los ciudadanos al servicio público.” [46] Explica que “el concurso [surge] como aquel procedimiento abierto y meritocrático que ubica a los aspirantes en un plano de igualdad en el que los únicos factores relevantes son aquellos basados en requisitos de conocimientos y calidades necesarias para el buen desempeño del cargo ofertado, aspectos que se evalúan con parámetros objetivos que impiden circunstancias constitutivas de discriminación.” [47] 31. En su concepto, en virtud de la reserva legal, el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 modificó el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, de manera que ahora “la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso.” [48] Se presenta entonces un cambio relevante, pues el concurso para el ingreso es abierto, con el ánimo de que participen todas las personas interesadas y que cumplan las condiciones exigidas para el cargo; y, el concurso de ascenso supone una previa inscripción en la carrera y además el cumplimiento de una serie de requisitos para ocupar una plaza más alta.

[49] El Procurador explicó que: “(…) el derecho al ascenso no basta con el hecho de pertenecer a la carrera, pues, además de los requisitos operativos descritos (…), los funcionarios interesados deberán demostrar su mérito en un concurso con fórmulas de evaluación de requerimientos que apliquen para todos los aspirantes en paridad de condiciones, y desde luego satisfacer plenamente los requisitos exigidos para el empleo; criterios que se mantienen como únicos en la incorporación y permanencia de funcionarios al servicio público.” [50] 32. Finalmente, tras destacar los porcentajes estipulados en la norma, precisa que éstos no desconocen la aplicación del mérito, dado que el ascenso no opera automáticamente sino que depende de la satisfacción de una serie de requisitos. En este sentido, siguiendo la jurisprudencia constitucional establecida en la sentencia C-034 de 2015, [51] el Procurador se refiere a las múltiples finalidades constitucionales de la carrera que permiten desarrollar los concursos internos de ascenso, en tanto se dirigen a promover los funcionarios “mejor calificados, con mayor experiencia adquirida y cumplidores de las metas trazadas, para así contribuir a la realización de los fines del Estado.” [52] Concluye afirmando que el concurso de ascenso mixto contenido en la disposición acusada es un medio idóneo y razonable que respeta el mérito como factor diferencial y evita la vulneración de la igualdad.

VI. Consideraciones de la Corte Constitucional 1. Competencia de la Corte 33. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral, 4 de la Constitución Política, este Tribunal es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de

inconstitucionalidad de la referencia, pues los enunciados normativos demandados hacen parte de una ley proferida por el Congreso de la República, en concreto, de la Ley 1960 de 2019.

2. Presentación del caso, problema jurídico y esquema de decisión 34. La Corte Constitucional estudia la demanda presentada por el ciudadano Guillermo Arellano Castillo contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 1960 de 2019, " [p] or el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones" , quien considera que la regulación sobre el concurso de ascenso allí prevista es incompatible con la Carta, dado que desconoce los principios de igualdad y mérito, razón por la que solicita su inexequibilidad (fundamentos jurídicos Nos. 7 a 13).

35. En el transcurso del trámite constitucional, el Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP (fundamento jurídico No. 15) estimó que debía declararse la cosa juzgada constitucional debido al pronunciamiento realizado en la Sentencia C-034 de 2015 sobre el concurso de ascenso en el régimen de carrera específico de la Fiscalía General de la Nación. En criterio del Ministerio Público, pese a algunas similitudes entre el objeto de decisión abordado en la providencia mencionada y éste, no debe concluirse la configuración de dicho fenómeno (fundamento jurídico No. 29). Por su parte, en otras intervenciones se mencionó la providencia proferida respecto a la carrera especial de la Fiscalía, pero con el ánimo de sostener que debía tenerse como precedente, bien para seguirlo o para separarse de él.

36. En cuanto al fondo del asunto, las entidades estatales que intervinieron y el Ministerio Público solicitaron declarar la exequibilidad de los enunciados sometidos a examen, por considerar, en síntesis, que los concursos mixtos son posibles en nuestro ordenamiento en la medida en que el mérito no se desconoce y se pretende la satisfacción de finalidades constitucionales. Por su parte, las ciudadanas y el sindicado que allegaron sus memoriales a este trámite dentro de la oportunidad legal, acompañaron la pretensión incoada por el promotor de la acción.

37. En este marco, la Sala Plena deberá analizar como cuestión previa si se configuran los elementos que la jurisprudencia de la Corporación han definido para afirmar la configuración de la cosa juzgada, específicamente formal o material dados los alcances invocados. A continuación, y solo en caso de responder negativamente al anterior asunto, corresponde abordar el siguiente problema jurídico: ¿la regla que permite la realización de concursos de ascenso respecto del 30% de las vacantes a proveer en carrera administrativa es inconstitucional, por la presunta lesión de los principios de igualdad y mérito (Arts. 13 y 209 de la CP)? 38. Para su resolución, se (i) reiterará la línea jurisprudencial sobre la constitucionalidad de los concursos mixtos de ascenso, evidenciando las dos etapas existentes al respecto, (ii) mencionará las disposiciones del sistema universal y regional de derechos humanos relevantes para el estudio de este caso, y (ii) resolverá el problema jurídico a partir de la metodología del juicio integrado.

39. Antes de iniciar el plan propuesto, es necesario precisar que ninguno de los intervinientes puso en tela de juicio la satisfacción de los requisitos argumentativos a los que ha hecho referencia esta Corte como condiciones de aptitud de del cargo general formulado, por lo cual, la Sala Plena no considera necesario realizar un análisis diferente al que se dio en la etapa de admisión.

3. Cuestión previa. De la inexistencia de cosa juzgada en este asunto 3.1. Principio de cosa juzgada. Reiteración de jurisprudencia 40. El artículo 243 de la Constitución Política prevé que los fallos proferidos por esta Corte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada , [53] agregando una prohibición dirigida a todas las autoridades de reproducir, en tanto persista el mismo marco constitucional que sirvió de parámetro de control, contenidos declarados inexequibles por razones de fondo.

[54] Por virtud de este principio, las decisiones de mérito ostentan carácter inmutable, vinculante y definitivo, cumpliendo así dos funciones, una positiva , consistente en proveer de seguridad jurídica las relaciones jurídicas, y una negativa , en virtud de la cual los funcionarios judiciales no pueden conocer, tramitar y fallar un asunto ya resuelto.

[55] 41. Ahora bien, la aplicación de este principio concede eficacia a la supremacía constitucional, en la medida en que evita que después de una decisión sobre la incompatibilidad de una norma con la Constitución, esta pueda regresar al orden jurídico; desarrolla la interpretación autorizada de los mandatos constitucionales, dotándolos de precisión; y previene sobre interpretaciones abiertamente incompatibles con la Carta, evitando que sean asumidas por el Legislador al momento de concretar los mandatos superiores. De otro lado, se garantiza la seguridad jurídica exigiendo, en caso de solicitarse un nuevo examen, la acreditación de las circunstancias específicas y calificadas que fueron sintetizadas en la Sentencia C-007 de 2016 [56] en los siguientes términos: (i)

modificación del parámetro de control, (ii) cambio de significación material de la Constitución y (iii) variación del contexto normativo objeto de control.

42. El análisis de la cosa juzgada constitucional, [57] exige la configuración de (i) identidad de objeto, (ii) identidad de causa o cargo y (iii) subsistencia del parámetro de control de constitucionalidad.

[58] El estudio del primer requisito implica verificar la existencia de una decisión previa sobre la misma disposición o una con idéntico texto normativo (cosa juzgada formal), o de una disposición que, aunque con diferente tenor literal, tenga un contenido análogo a aquél que se extrae de la que ahora es examinada (cosa juzgada material).

[59] En cuanto al segundo requisito, el análisis de contrastación exige identificar si el cargo o las razones de inconstitucionalidad aducidas para justificar la inexistencia de ajuste entre una norma infraconstitucional y el parámetro de control son o no iguales. Esta indagación conduce a inferir la materialización de la cosa juzgada absoluta [60] o relativa [61] (implícita o explícita).

43. Finalmente, para efectos de este análisis particular, debe repararse en que al momento de analizar la identidad normativa cobra relevancia no solo la identidad entre los textos y/o contenidos prescriptivos, sino que se precisa razonar acerca del contexto en el que se inscribe la norma, dado que, con independencia de la identidad de lo que un enunciado ordena, prohíbe o permite, su consideración respecto del ámbito de aplicación puede determinar que en un caso específico no sea adecuado declarar la configuración de la cosa juzgada. Al respecto, en la Sentencia 100 de 2019 [62] se precisó:

“Esta identidad normativa debe apreciarse desde el punto de vista de la redacción de las disposiciones demandadas, como desde el punto de vista del contexto dentro del cual ellas se ubican, de tal forma que si la redacción es diversa, pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que existe identidad. Por el contrario, pese a que el texto sea el mismo, si el contexto normativo en el que se reproduce es diferente, no cabe hablar de cosa juzgada material.” 44. A partir de los anteriores supuestos, a continuación se expondrán las razones por las cuales no se configura en este caso la cosa juzgada constitucional.

3.2. Inexistencia de cosa juzgada respecto de la Sentencia C-034 de 2015 45. De conformidad con lo sostenido en el curso de este trámite de control abstracto, en opinión del Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP se configura la institución de la cosa juzgada constitucional dado que una disposición similar ya fue analizada por esta Corporación en la Sentencia C-034 de 2015.

[63] En dicha providencia la Corte resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra varios artículos del Decreto ley 020 de 2014 [64] que, en el escenario del régimen especial de la Fiscalía General de la Nación, [65] configuran el concurso de ascenso en dicha Entidad. Ahora bien, a partir de los cargos formulados en esa oportunidad, el problema jurídico se enunció en los siguientes términos:

“3.2.1. El accionante considera que los artículos 24, 25, 26 y 30 del Decreto 020 del 9 de enero de 2014 son contrarios a los artículos 125 , numeral 7 del artículo 40 y al artículo 13 de la Constitución , así como a los artículos 156 y 158 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), por cuanto desconocen las reglas de la carrera al consagrar un concurso cerrado para el ascenso en la Fiscalía General de la Nación.” (Negrilla fuera de texto).

46. Por su parte, la demanda que ahora conoce la Sala Plena se dirige contra una disposición de la Ley 1960 de 2019, que modifica parcialmente la regulación que sobre los procesos de selección de personal contiene la Ley 909 de 2004, por desconocer, presuntamente, los principios de igualdad y mérito (Arts. 13 y 125 de la CP). A continuación se transcriben en un cuadro comparativo los enunciados involucrados en uno y otro caso:

Disposición objeto de este estudio Disposición juzgada en la Sentencia C-034 de 2015 sobre el concurso de ascenso [66] ARTÍCULO 2o. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:

Artículo 29. Concursos. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.

El concurso de ascenso tiene como finalidad permitir la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad, del mismo sector administrativo o dentro del cuadro funcional de empleos.

El concurso será de ascenso cuando: 1. La vacante o vacantes a proveer pertenecen a la misma planta de personal, las plantas de personal del sector administrativo o cuadro funcional de empleos, en los niveles asesor, profesional, técnico o asistencial.

2. Existen servidores públicos con derechos de carrera general o en los sistemas específicos o especiales de origen legal, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.

3. El número de los servidores con derechos de carrera en la entidad o en el sector administrativo que cumplen con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso el treinta (30%) de las vacantes a proveer. El setenta (70%) de las vacantes restantes se proveerán a través de concurso abierto de ingreso.

Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuarán en el concurso abierto de ingreso sin requerir una nueva inscripción.

PARÁGRAFO. La Comisión Nacional del Servicio Civil determinará, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el procedimiento para que las entidades y organismos reporten la Oferta Pública de Empleos, con el fin de viabilizar el concurso de ascenso regulado en el presente artículo.

ARTÍCULO 24. CONCURSO DE ASCENSO. Para la provisión definitiva de los empleos de la Fiscalía General de la Nación y de las entidades adscritas se podrán adelantar concursos de ascenso con la finalidad de reconocer la capacitación y desempeño de los servidores escalafonados en la carrera especial y permitirles la movilidad a un cargo o categoría inmediatamente superior dentro del mismo grupo o planta de personal.

El concurso será de ascenso cuando: 1. La vacante o vacantes a proveer pertenezcan a un mismo grupo o planta de personal y a los niveles profesional y técnico.

2. Existan servidores públicos escalafonados en la carrera especial, en el grado salarial inferior, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.

3. El número de los servidores escalafonados en carrera que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso sea igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso hasta el 30% de las vacantes a proveer. Los demás empleos se proveerán a través de concurso de ingreso.

PARÁGRAFO. Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe como mínimo el doble de servidores escalafonados en carrera por empleo a proveer, el concurso se declara desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso. Quienes se hayan inscrito inicialmente continuarán en el concurso de ingreso sin requerir una nueva inscripción.

47. Una contrastación inicial permite evidenciar que, en lo sustancial, estas dos configuraciones son muy similares, dado que en los dos casos se establece la posibilidad de convocar a concurso de ascenso el 30% de las vacantes existentes, bajo la satisfacción de una serie de requisitos que, asimismo, ostentan parecidos importantes. Aunado a lo anterior, en este caso se invoca la lesión de los principios de igualdad (Art. 13 de la CP) y del mérito (Art. 125 de la CP), mandatos que fueron objeto de reparo y valoración por la Corte en la Sentencia C-034 de 2015.

48. No obstante lo anterior, tal como se enunció en el fundamento jurídico No. 46, la Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004, normativa que, en concreto, se encarga de estipular las reglas generales de la carrera administrativa, esto es, aplicables directamente y en principio a las entidades que no cuentan con un régimen especial constitucional -como sería el caso de la Fiscalía General de la Nación- ni específico legal. Sobre esto último, los artículos 3 y 4 de la Ley 909 establecen algunos criterios de aplicación temporal y/o supletoria para los regímenes constitucionales y legales diferenciales. No obstante tal remisión, sin lugar a

dudas es imperioso sostener que el artículo 2 (parcialmente) demandado, que modificó el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, no se aplica a la Fiscalía General de la Nación, dado que esta entidad ostenta en su régimen especial una regulación expresa sobre los concursos de ascenso.

49. A partir de la anterior verificación, se concluye que el contexto normativo involucrado en la expedición de la Sentencia C-034 de 2015 es diferente al implicado en este caso;

y que dicha distinción puede ser determinante al momento de considerar la constitucionalidad de medidas de la carrera administrativa y el empleo público, pues, como lo ha reiterado esta Corporación en su jurisprudencia, las necesidades particulares presentes en algunas instituciones pueden justificar, a partir de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, algunas medidas que en otro sector no lo estarían. Si esto es así, en consecuencia, la Corte debe analizar si el concurso de ascenso , con independencia de que se haya juzgado constitucional en el escenario de un régimen especial constitucional de carrera como el de la Fiscalía, es constitucional o no en el marco del régimen de carrera previsto en la Ley 909 de 2004, pues no podría trasladar conclusiones de sujeción normativa a la Constitución de un escenario al otro, dadas, se insiste, las características de cada uno. Por supuesto, esto es así con independencia de que la Sentencia C-034 de 2015 constituya un precedente importante a tener en cuenta para la resolución del problema jurídico que actualmente valora la Corte.

50. Por lo anterior, contrario a lo afirmado por el DAFP, se concluye que en el presente caso no se configura la cosa juzgada constitucional y, por lo tanto, debe estudiarse de fondo el problema jurídico previamente formulado (fundamento jurídico No. 37).

4. Análisis de constitucionalidad por la presunta violación de los principios de igualdad y mérito 51. Le corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional decidir sobre la constitucionalidad de la norma que modificó el régimen general de la carrera en relación con los concursos de ascenso y la posibilidad de establecer un porcentaje de vacantes (el 30%) para garantizar la movilidad de los funcionarios ya inscritos en el escalafón. El juicio de contraste constitucional se basará en los principios de igualdad y del mérito, estudio que se hará conjuntamente dada la estrecha relación de estos dos mandatos en la materia. Para ello se hará referencia a los precedentes sobre los concursos de ascenso abiertos y cerrados y al estándar del derecho internacional de los derechos humanos sobre la igualdad en el acceso y promoción dentro de los cargos públicos.

4.1. Línea jurisprudencial sobre la constitucionalidad de los concursos mixtos de ascenso 52. En el marco de la regulación de la función pública , como parte del componente institucional diseñado por el Constituyente de 1991, el artículo 125 de la Constitución contiene algunos de los mandatos aplicables a la relación entre el Estado y los servidores públicos, con el objetivo de procurar la satisfacción de los fines establecidos en el Preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución, entre otros.

[67] En concreto, el artículo 125 establece (i) el régimen de carrera como regla general de vinculación con el Estado, [68] (ii) el concurso público como instrumento de clausura o cierre para acreditar el mérito cuando la Constitución o la ley no establezcan otro sistema de nombramiento, [69] (iii) la obligación de satisfacer las condiciones y requisitos previstos en la ley como indicativos del mérito y las calidades personales, para el ingreso y ascenso en el régimen de carrera, y la garantía de que el retiro del servicio se produce por calificación insatisfactoria, violación al régimen disciplinario y las demás causales constitucionales y legales, y (iv) la prohibición de que la filiación política influya en el nombramiento, ascenso o remoción de un empleado de carrera.

53. A partir de tales contenidos, es válido afirmar que el Constituyente de 1991 consideró como elemento fundamental del ejercicio de la función pública el principio del mérito y que previó a la carrera , sistema técnico de administración del componente humano, [70] como un mecanismo general de vinculación; en el marco del cual el concurso público se constituye en un instrumento adecuado para que, bajo parámetros objetivos, no discriminatorios, transparentes y claros, se garantice la selección de las personas mejor cualificadas integralmente. Además, fijó aspectos normativos precisos sobre las excepciones al régimen de carrera y los criterios relevantes para el ingreso, ascenso y desvinculación del servicio, y reservó otros al margen de configuración del Legislador, habilitación que debe leerse en concordancia con lo establecido en el artículo 150.23 de la Constitución [71] y, en todo caso, con aquellos límites sustantivos que derivan de la Carta Política.

54. Entre aquellos aspectos reservados a la configuración legislativa está la estipulación de los requisitos y condiciones para determinar el mérito y las calidades de los aspirantes al ingreso y ascenso a los cargos de carrera. Sobre el ascenso, y la razonabilidad y proporcionalidad de que existan disposiciones diferenciales, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas

oportunidades, evidenciando una primera etapa en la que el concurso de ascenso cerrado fue considerado válido dentro de nuestra configuración constitucional. No obstante, a partir del 2002 la Corporación varió su jurisprudencia, dando lugar a una segunda etapa , en vigencia de la cual ha proscrito la existencia de concursos cerrados, fundamentalmente en protección del principio de igualdad, y ha permitido configuraciones mixtas. A continuación, se reconstruirá esta jurisprudencia.

4.1.1. Primera etapa: permisión constitucional de los concursos de ascenso totalmente cerrados 55. En esta línea, la primera decisión proferida en control abstracto de constitucionalidad es la Sentencia C-011 de 1996 , [72] oportunidad en la cual se analizó la sujeción al ordenamiento superior de dos disposiciones del Decreto ley 3492 de 1986 que preveían, en el marco de la carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil, un derecho de preferencia para que las personas ya vinculadas a este sistema de administración de personal ascendieran a través de un concurso cerrado y solo ante la imposibilidad de dicha provisión, la vacante se sometiera al concurso público.

[73] Para la demandante, esta regla desconocía el libre acceso a cargos públicos (Art. 40.7 de la CP) y el derecho a la igualdad de oportunidades (Art. 13 de la CP) 56. La Corte Constitucional concluyó que esta regulación (i) reconocía la estabilidad y permanencia, el ascenso y los derechos adquiridos de quienes demostraron previamente su mérito para acceder al empleo público, por lo cual se encontraba en armonía con los mandatos constitucionales “en la medida en que los funcionarios que pertenecen a la carrera administrativa son acreedores de los derechos adquiridos (artículo 58 de la C.P.), que en ningún momento se oponen al derecho de todas las personas de participar en la gestión pública y de acceder, en consecuencia, al servicio público a través de la modalidad de la carrera administrativa, sino que se complementan, por cuanto el ingreso a ésta dio lugar a la misma protección de los derechos de los empleados inscritos, siempre que reúnan los requisitos establecidos por la Constitución y la Ley, que como ya se anotó, tienen su fundamento principal en el mérito de unos y otros.” Agregó que (ii) tampoco se evidenciaba una lesión al principio de igualdad, dado que los empleados con derecho de preferencia para el ascenso ingresaron por un concurso público, tras lo cual se reconocen algunas garantías, destacando que la igualdad “ no puede consistir en dar un tratamiento semejante a quienes son en esencia desiguales.” 57. La Sentencia C-063 de 1997 [74] atendió una demanda incoada contra una disposición de la Ley 106 de 1993, sobre el régimen de carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República, según la cual todos los concursos eran públicos y en ellos podían participar personas integrantes de la carrera o ajenas a la misma.

[75] El accionante consideró que esta regulación desconocía el artículo 125 de la Constitución porque daba un trato igual a quien accedía y a quien ascendía dentro de la carrera, pese a que la Carta distinguía las dos situaciones, con lo cual se desconocían los derechos de preferencia de las personas que integraban el escalafón.

58. La Corte juzgó que dicha regla era exequible, a partir de las siguientes premisas: (i) el ingreso a la carrera debe darse por concurso público de méritos, en garantía de la igualdad de oportunidades para acceder a la función pública y de los principios de eficiencia y eficacia del servicio público, (ii) mientras que para el ascenso el Legislador cuenta con un margen de configuración más amplio, en el que debe realizar una ponderación entre los bienes constitucionales involucrados, esto es, aquellos mencionados previamente y la garantía de los derechos subjetivos de quienes ya están inscritos en la carrera. En este escenario, los concursos pueden ser mixtos , esto es, dispuestos para cualquier persona que desee participar y también para quienes ya están en el escalafón, caso en el cual el Legislador privilegia la igualdad de oportunidades y los principios de eficiencia y eficacia. Al respecto precisó:

“(…) el estatus de carrera confiere ciertos derechos, como la estabilidad, pero no obliga a la Administración a ascender a todos sus servidores, ya que éstos deben demostrar su mérito y eficiencia para tal efecto. Por ende, ninguna objeción constitucional se puede aducir contra una regulación legal que ordene que para la provisión de los cargos en una determinada entidad siempre se realice concurso abierto, en el cual los aspirantes externos puedan demostrar que reúnen mejores condiciones para acceder a un cargo que quienes se encuentran ya escalafonados, pues de esa manera se potencia la igualdad de oportunidades y se mejora la calidad de la función pública.” 59. En esta providencia se afirmó, además, (iii) que la decisión previa en sede de constitucionalidad (la Sentencia C-011 de 1996) no podía interpretarse en el sentido de que el concurso de ascenso cerrado materializara la única configuración posible bajo el marco constitucional, “ pues la Corte simplemente señaló que el Legislador puede establecer un concurso cerrado para el ascenso, no que tenga que hacerlo en todos los casos de ascenso en la administración .” Finalmente, (iv) se precisó que era posible, sin desconocer la igualdad, la existencia de regímenes con particularidades en su regulación, siempre que tuvieran una justificación constitucional.

60. Posteriormente, en la providencia C-045 de 1998 [76] se declaró la inexequibilidad de dos enunciados de la Ley 344 de 1996 que ordenaban a las entidades territoriales no incorporar docentes a través de concurso público, mientras subsistieran contratos de prestación de servicios para el desarrollo de dicha función, celebrados antes del 8 de febrero de 1994, pues las personas en esta situación tendrían prioridad para la incorporación a través de la realización de un concurso cerrado .

[77] Una vez realizado lo anterior, sí era valido el proceso de selección público. Para el demandante esta regla desconocía el artículo 125 de la Constitución.

61. Para la Sala Plena los enunciados cuestionados, además de desconocer el principio de unidad de materia, eran contrarios a la Carta porque la regla de acceso al empleo, en garantía de la igualdad y el acceso a cargos públicos, es el concurso abierto. Afirmó que, " dentro de ciertos límites ", la Corte admite concursos de ascenso cerrados para quienes hacen parte de la carrera, con el ánimo de dar efectividad al derecho a la estabilidad laboral, situación que no se presentó en este caso porque los destinatarios del concurso cerrado no hacían parte aún del régimen de carrera de los docentes.

[78] 62. Luego, al resolverse una demanda de inconstitucionalidad contra una disposición que dentro del régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación preveía la existencia de concursos de ascenso para las personas escalafonadas, [79] la Corte Constitucional juzgó en la Sentencia C-110 de 1999 [80] la sujeción al ordenamiento superior de esta regla. El cargo invocado por el ciudadano demandante se fundó en el artículo 13 de la Constitución, argumentando que, aunque podía evidenciarse que la finalidad de la medida era proteger el trabajo y garantizar el reconocimiento del mérito, no era adecuada, necesaria ni proporcional.

63. En esta ocasión se destacó, de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación, que a la carrera administrativa subyacía la satisfacción de varios mandatos constitucionales, en concreto (i) el funcionamiento adecuado del servicio público, en los términos previstos en el artículo 209 de la Constitución; (ii) la garantía del derecho a acceder a cargos públicos en aplicación del principio de igualdad de tratamiento y oportunidades, según el artículo 40 de la Carta; y, (iii) " [l] a protección de los derechos subjetivos derivados de la estabilidad en el cargo, del ascenso por méritos y de las posibilidades de capacitación profesional (arts. 53, 54 y 125) ." En esta dirección señaló que, teniendo como criterio irrenunciable el mérito, el artículo 125 de la Constitución distinguía el ingreso, por un lado, del ascenso, por el otro, y que "[e] n tales circunstancias corresponde al legislador, dentro de la competencia y la libertad política de que es titular para configurar la norma jurídica y atendiendo a las finalidades constitucionales que se persiguen con la carrera administrativa, señalar las reglas que han de observarse para calificar objetivamente los referidos méritos y calidades." Así, dado que la Constitución Política no prevé el tipo de concurso a realizar, el Legislador tiene competencia para su regulación, siempre que lo haga "dentro de los criterios de razonabilidad y racionalidad y observando no sólo los principios y valores, sino las finalidades constitucionales que el Constituyente tuvo en mente al instituir la carrera administrativa." 64. En el anterior escenario, continuó la Corte, el ingreso a la carrera, en principio, debe efectuarse a través de concurso abierto, pues este mecanismo es el que garantiza de manera adecuada los principios involucrados;

sin embargo, el margen de competencia del Legislador es más amplio respecto del concurso de ascenso. En este último marco, en consecuencia, una previsión como la analizada es constitucional dado que atiende a la garantía " del derecho subjetivo constitucional de ascender por méritos ", sin que se lesione la posibilidad del libre ingreso a la carrera, pues para este efecto sí se establece el concurso abierto. Agregó que la regla del concurso cerrado tampoco era la única posibilidad para el ascenso, pues por razones asociadas al buen servicio, la Procuraduría podía optar por un concurso mixto de ascenso, en el que participen también personas no escalafonadas:

"La Procuraduría goza, en consecuencia, de un razonable poder discrecional para determinar, según lo demanden las necesidades del buen servicio administrativo, el tipo de concurso de méritos que en un momento dado debe llevarse a cabo para atender dichas necesidades, de modo que bien puede convocar a un concurso de mérito de ascenso si hay fundamento para ello, atendiendo no sólo a la capacidad e idoneidad de los posibles convocados, según la calificación objetiva que de los mismos haya hecho, sino a la necesidad de asegurar la máxima participación y competencia en el concurso. Si tales circunstancias no se dan, lo procedente es acudir al concurso público." 65. Finalmente, en la providencia C-486 de 2000 [81] la Corte declaró la exequibilidad del enunciado del artículo 15 de la Ley 443 de 1998 que preveía la realización de concursos de ascenso en los que podrían participar los empleados de carrera administrativa de cualquier entidad. La demanda se originó en razones similares a las expuestas en los casos precedentes, esto es, la presunta desigualdad generada en perjuicio de quienes sin pertenecer a la carrera contaban con los

requisitos y deseaban ocupar un empleo público. No obstante, en la providencia mencionada se reiteró el ámbito más amplio de configuración legislativa respecto del concurso de ascenso, precisando lo siguiente:

“Resulta justo, en criterio de la Corte, que, para los ascensos, la ley se refiera únicamente a aquellos empleados que están en carrera administrativa, como una forma de proteger precisamente a las personas que ya se sometieron al proceso de selección. Una regla absoluta, de apertura invariable en cualquier concurso y siempre -como lo pretende el actor- podría afectar a los empleados actuales en su igualdad, si se permitiera que para el ascenso a un cargo de carrera desapareciese por completo el reconocimiento de que ellos ya han sido aprobados y evaluados en el servicio, dando lugar, en toda ocasión y sin límites, a la escogencia de quienes, en cuanto son ajenos a estos antecedentes, están en otras condiciones. Ello podría hacer imposible el ascenso como forma de estímulo por el mérito demostrado.” 66. Durante esta primera etapa, en conclusión, (i) se valoró que el artículo 125 de la Constitución permitía distinguir la competencia de configuración del Legislador frente a dos momentos, el ingreso y el ascenso, enfatizando que en este último caso era mucho más amplia, dado que (ii) una vez superado el ingreso a través del mérito y sin desconocer la igualdad, era válido dar prevalencia a la protección de los derechos subjetivos de los integrantes del escalafón. No obstante, debe precisarse que en esta primera etapa la Corte Constitucional (iii) avaló disposiciones legales de ascenso que establecían reglas absolutas de concurso plenamente cerrado, como ocurrió en la Sentencia C-011 de 1996 [82] (fundamento jurídico No. 55), sin que una configuración en tal sentido, (iv) fuera vinculante para el legislador -ordinario o extraordinario, dada la existencia de varias posibilidades, principalmente del establecimiento del concurso de ascenso público, como se precisó en la Sentencia C-063 de 1997 [83] (fundamento jurídico No. 57), o de concursos mixtos, en los que pudieran participar tanto miembros de la carrera como personas aún ajenas a la misma.

4.1.2. Segunda etapa: proscripción del concurso totalmente cerrado de ascenso y validez del concurso de ascenso mixto 67. En la Sentencia C-266 de 2002 [84] se analizó la demanda de inconstitucionalidad presentada por una ciudadana contra el numeral 2 del artículo 192 del Decreto 262 de 2000, sobre el régimen de carrera administrativa en la Procuraduría General de la Nación, según el cual los concursos podían ser de ascenso, con la participación exclusiva de quienes estuvieran inscritos en la carrera.

[85] La decisión de esta acción, a partir de los cargos invocados por la promotora, estuvo determinada por la formulación del siguiente problema jurídico:

“ ¿ Vulnera la Constitución -particularmente el valor de la justicia, el principio de igualdad de oportunidades, el derecho a acceder a cargos públicos y la regla general según la cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y se proveen por concurso de público- la disposición legal que establece un concurso cerrado exclusivamente para los ya inscritos en la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación para el ascenso a un cargo de carrera de mayor jerarquía ? ” 68. La Sala Plena concluyó que el concurso de ascenso cerrado era inconstitucional. Precisó que la regla de decisión de la Sentencia C-110 de 1999 se sintetizaba en la constitucionalidad de este tipo de concursos siempre que, de un lado, fuera posible por razones de buen servicio convocar un concurso mixto y, del otro, el jefe de la entidad determinara cuándo se opta por el cerrado y cuándo por el mixto, “ [d] e esta forma se aseguraría el principio de igualdad de oportunidades, así como la calidad de la función pública.” Agregó que, a diferencia de la disposición estudiada en la anterior oportunidad, el numeral ahora analizado no permitía en ningún caso la celebración de concursos de ascenso mixtos. A continuación precisó que esta línea de decisión debía modificarse:

“4.2. La Corte comparte con la línea jurisprudencial antes referida que, de conformidad con la Constitución y en particular con los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, no debe haber exclusión de ciudadanos en la provisión de empleos en los órganos y entidades del Estado.

Pero considera que la conclusión que se desprende de esa premisa es que no puede haber concursos cerrados, ni en el ingreso a los cargos de carrera ni en el ascenso a los mismos. Los concursos cerrados están proscritos en los cargos de carrera del Estado.” 69. Esta tesis se justificó en las siguientes premisas: (i) el concurso cerrado de ascenso desconoce los artículos 13, 125 y 209 de la Constitución. En esta dirección precisó que el artículo 125 no distingue formas de provisión para el ingreso, por un lado, y el ascenso, por el otro, por lo cual no le es dado al intérprete hacerlo, pues una restricción “así sea parcialmente” llevaría a la lesión de esta disposición y de los derechos a la igualdad de oportunidades y al acceso a cargos públicos. Agregó que la finalidad de la norma, consistente en estimular y reconocer los esfuerzos de quienes pertenecen a la carrera, es legítima e importante, y la medida es adecuada para la consecución de dichos objetivos; no obstante, no es necesaria pues existen otros medios no solo menos lesivos

de los derechos comprometidos sino adecuados para asegurar el reconocimiento del mérito y garantizar la función pública, como sería el otorgamiento de puntajes adicionales en el marco de los procesos de selección. Así, " [e] l medio alternativo del concurso abierto (o mixto) además de valorar la dedicación de los servidores de carrera, no excluiría a otros potenciales participantes con mayores calidades y méritos. Con ello se deja a salvo, además, el derecho a la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) en el acceso a los cargos públicos (art. 47 num. 7 C.P.), se optimiza la calidad de la función pública y se promueve el principio de imparcialidad como fundamento de la función administrativa (art. 209 C.P.)." 70. Aunado a lo anterior, afirmó que (ii) la línea jurisprudencial que juzgó ajustada a la Constitución la celebración de concursos cerrados era opuesta incluso a sus propias premisas. Indicó que la Corte venía considerando la constitucionalidad de tal posibilidad dado que satisfacía la igualdad de oportunidades y reconocía la competencia del Legislador en la materia, no obstante, "se había abstenido de analizar la razonabilidad de la diferenciación entre los inscritos y los no inscritos en carrera como criterio de diferenciación al momento de determinar quiénes pueden tomar parte en el concurso de ascenso, esto es, si tal exclusión es razonable y proporcionada o por el contrario viola la igualdad de oportunidades y representa una limitación innecesaria del derecho político a acceder a cargos públicos." Esta abstención obedecía al hecho de que, según las decisiones de constitucionalidad previas, con el concurso abierto se desconocería por completo el mérito de las personas inscritas, afirmación infundada, afirmó ahora la Corte, si se tiene en cuenta que es dable reconocerlo mediante medidas menos restrictivas. También se observó que no era tan cierto que se garantizara la competencia del Legislador al regular el tipo de concurso para el ascenso pues, según la Sentencia C-110 de 1999, quien determinaba en últimas si el proceso sería cerrado o mixto era el jefe de la entidad.

71. Finalmente, señaló que la tesis sostenida por la Corporación antes de esta decisión no era ajustada a la línea más general sobre la garantía y prevalencia del principio del mérito, citando para el efecto las decisiones contenidas en las sentencias C-292 de 2001, [86] sobre el ascenso en la carrera diplomática y consular; C-725 de 2000, [87] respecto a lo participación de personas escalafonadas en cargos superiores en la carrera de la DIAN; C-097 de 2001, [88] relacionada con las calidades requeridas para ser titular de una notaría; y, C-973 de 2001, [89] en cuanto a los méritos en la carrera docente.

[90] En síntesis, el cambio de precedente expresamente realizado a través de esta decisión se formuló en los siguientes términos: " 4.3. Se justifica el cambio de precedente cuando éste contradice la Constitución, es incompatible con las premisas de las que parte para decidir y no es consistente con otras sentencias de la propia Corte sobre la materia.

En el presente caso tal cambio – v.gr. excluir totalmente la posibilidad de concursos cerrados para ingresar o ascender a cargos de carrera en la Procuraduría General de la Nación - se justifica porque de otra forma se desconocen los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y al acceso a las funciones y cargos públicos, así como la regla general según la cual los empleos en las entidades y órganos del Estado son de carrera y deben ser provistos mediante concurso público." 72. Así, por quebrantar los artículos 13, 40.7 y 125 de la Constitución se declaró la inexequibilidad del término " solo " del artículo 192, numeral 2, del Decreto 262 de 2000, dado que era este vocablo el que indicaba la participación exclusiva de las personas integrantes de la carrera en los concursos de ascenso, dejando de esta manera tales procesos de selección abiertos.

73. En la Sentencia C-1079 de 2002 [91] la Corte Constitucional reiteró el análisis realizado en la anterior decisión, afirmando que con la Sentencia C-266 de 2002 "la Corte Constitucional modificó el precedente existente en torno a la legitimidad de los concursos cerrados, para dejar en claro que es el concurso público, abierto o mixto, el único mecanismo idóneo para regular el ingreso al servicio público y el ascenso en el escalafón, constituyéndose este último en el criterio imperante de interpretación constitucional que debe aplicarse a futuro, y que fija un límite a la libertad de configuración política del legislador cuando se trata de regular los distintos regímenes de carrera." Al respecto, luego de sintetizar la evolución de la comprensión de esta materia en la jurisprudencia de la Corporación, advirtió que el concurso cerrado era inconstitucional por violar los artículos 13, 40.7 y 125 de la Constitución.

74. En tal contexto analizó la constitucionalidad del artículo 115 del Decreto ley 261 de 2000 que, en concepto de la demandante, estipulaba que la provisión de los cargos vacantes de la carrera de la Fiscalía General de la Nación se realizaría con funcionarios o empleados inscritos en la carrera. Para la Corte, sin embargo, una interpretación sistemática de dicho enunciado no permitía arribar a dicha conclusión, esto es, a sostener que preveía un concurso de ascenso cerrado, pues los dos pilares fundamentales de este régimen especial eran la garantía del principio de igualdad de oportunidades y la realización de concursos públicos y abiertos, [92]

por lo cual, lo que a través de esta regulación se configuraba era el concurso mixto, cuya compatibilidad con la Constitución se avaló en la providencia C-266 de 2002.

Por esta razón se declaró la exequibilidad de la disposición cuestionada. 75. Posteriormente en la Sentencia C-1262 de 2005 [93] la Corte analizó la constitucionalidad de varias disposiciones del régimen especial de carrera de la DIAN, contenidas en el Decreto 765 de 2005, que, en concepto de la demandante, establecían una serie de privilegios en favor de las personas ya pertenecientes a la carrera que, en últimas, implicaban la configuración de un concurso cerrado de ascenso, pese a que los mismos estaban proscritos en los cargos de carrera del Estado. La Corte reiteró nuevamente la línea de decisión vigente para dicho momento, indicando que " [p] ara que las disposiciones normativas que regulan la forma de proveer los cargos de carrera en las entidades públicas se ajusten a la Constitución deben diseñar los concursos de tal manera que no se establezca una regulación y unas condiciones para quienes pretenden ingresar a la carrera y otras para quienes pretenden ascender dentro de la mencionada carrera. La disposición normativa deberá ser en este aspecto igualitaria." 76. Agregó que, dado que el principio fundante del ingreso público es el mérito, el Legislador no puede regular condiciones para ocupar empleos públicos que no atiendan a su valoración objetiva; concluyendo que "las regulaciones de los sistemas de concursos no pueden establecer criterios de selección, cuya evaluación no sea susceptible de ser aplicada a todos los concursantes, incluyendo tanto a los inscritos en carrera como a los no-inscritos. El establecimiento de factores que pretenden incentivar a los empleados de carrera mediante la oportunidad de promoción, incorporados como elementos constitutivos de la selección de personal para cargos de carrera mediante el concurso, es contrario a la Constitución en tanto privilegia injustificadamente a algunos participantes en detrimento de otros." 77. A partir de estos mandatos generales, que se predican también de las carreras específicas creadas por el Legislador, [94] se declaró la inexequibilidad de las reglas que establecían el concurso de ascenso y privilegios en el marco de los concursos de méritos para quienes ya pertenecieran a la carrera de la DIAN. En este sentido, por ejemplo, se expulsaron del ordenamiento enunciados contenidos en la regulación prevista en el artículo 36 del Decreto ley estudiado, dado que estipulaba las dos modalidades de concurso y la procedencia del proceso abierto solamente en caso de no poderse proveer mediante concurso cerrado. Como consecuencia de esta decisión, la única modalidad posible para el ingreso y el ascenso fue la abierta y pública. Por el contrario, entre las reglas que se consideraron ajustadas a la Carta Política, se encuentra la que favorecía a quien prestara o hubiera prestado sus servicios en la Entidad en caso de empate en la lista de elegibles, pues se reiteró que esta es una medida que garantiza "la promoción en la carrera como incentivo y reconocimiento al buen desempeño." [95] 78. Por razones similares a las expuestas anteriormente, en la providencia C-1263 de 2005 [96] se declaró la inexequibilidad de la expresión " [e] n los procesos de ascenso se tendrá en cuenta adicionalmente la experiencia específica comprobada y la evaluación de desempeño laboral ", prevista en el numeral 4.3. del artículo 17 del Decreto ley 790 de 2005 que regula el régimen de carrera de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, pues los concursos cerrados de ascenso están prohibidos y, además, en este caso "no sólo se tiene en cuenta el mérito de quien pretende acceder al régimen de carrera, si no (sic) que por el contrario se valora una serie de acreditaciones… violatorias del derecho a la igualdad, del acceso a cargos públicos y del artículo 125 de la Constitución que consagra como regla general la realización de concursos públicos abiertos como el mecanismo idóneo para promover un empleo en la administración." 79. Por último, en la Sentencia C-034 de 2015 [97] la Corte estudió la constitucionalidad de varias disposiciones del Decreto ley 020 de 2014, que regularon el concurso cerrado de ascenso en la Fiscalía General de la Nación. En síntesis, el reparo formulado por el promotor de la acción consistió en advertir la lesión de los artículos 125, 40.7 y 13 de la Constitución. En esta oportunidad, la Corporación concluyó que el proceso de selección cuestionado se ajustaba al ordenamiento superior.

80. Para sustentar tal conclusión, destacó que: (i) a través de la carrera administrativa se satisfacían varios objetivos, entre ellos el cumplimiento de los fines estatales (Arts. 1, 2 y 209 de la CP); la garantía de derechos fundamentales (Arts. 2, 13, 25, 40 y 53 de la CP); la estabilidad laboral de los servidores con resultados positivos en el desempeño de los fines estatales (Arts. 2, 13, 25, 40 y 53 de la CP); y la erradicación de la corrupción. En cuanto a la estabilidad laboral, la Corporación señaló que:

"(…) a través de la carrera se puede garantizar la protección de los derechos de quienes estén vinculados a la carrera y que tienen unos derechos subjetivos adquiridos que el Estado tiene la obligación de respetar y proteger [98] , si los mismos ejercen su derecho al trabajo con estabilidad y teniendo la opción de ser promovidos de acuerdo a la eficacia con que desempeñen el cargo [99] y con la opción de contar con una capacitación profesional y los demás beneficios a los que tienen derecho por ser escalafonados conforme a los artículos 2º, 40, 13, 25, 53 y 54 de la Carta.

[100] ” 81. También precisó que (ii) el Legislador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta y siguiendo los parámetros constitucionales exigibles, ostenta un amplio margen de configuración para diseñar el sistema de carrera y establecer incluso regulaciones específicas o especiales que, en todo caso, no inviertan el orden constitucional, pues la búsqueda de la eficiencia y eficacia del servicio, la garantía de la igualdad de oportunidades y la protección de los derechos subjetivos son pilares irrenunciables; y, (iii) los instrumentos de derechos humanos de los sistemas universal y regional “reconocen y evidencian la necesidad de la existencia de sistemas transparentes, equitativos y eficientes para el ingreso a la función pública.” 82. A continuación, (iv) la Sala Plena abordó de manera concreta el alcance de los principios de la función pública ; la igualdad , destacando en este caso que los tratos diferentes son posibles en la medida en que a través de ellos el Legislador pretenda la satisfacción de objetivos constitucionales legítimos y se cumplan los subprincipios del juicio de proporcionalidad;

el mérito , como “ una condición esencial para ingresar, permanecer y ser promovido en la función pública ” y respecto del cual el Legislador cuenta con un “ razonable margen de libertad ” para indicar -entre otros aspectos- el sistema de nombramiento, y las condiciones y requisitos para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y, por último, la estabilidad , que si bien no es objeto de protección directa como faceta fundamental del derecho al trabajo, puede ser objeto de amparo cuando de por medio se encuentran circunstancias de protección reforzada. Agregó que luego de Sentencia C-266 de 2002 su garantía se matizó en el marco de los concursos de ascenso, sin desconocer que se “ha reconocido la posibilidad de que existan concursos mixtos que concilien los objetivos de brindar igualdad en el acceso y otorgar la posibilidad de promover a quien previamente ha ingresado a la carrera y ha cumplido eficientemente sus funciones.” 83. A partir de las anteriores premisas, la Sala Plena concluyó que la regulación demandada se ajustaba a la Carta, dado que no desconocía los derechos y principios constitucionales invocados y, por el contrario, desarrollaba los principios de la carrera. Para empezar, se destacó que (i) el tipo de concurso que estipulan las disposiciones demandadas es mixto, “pues permite que la mayoría de cargos se distribuya a través de concurso abierto” y que la Corporación no ha prohibido el reconocimiento de la experiencia de las personas pertenecientes a la carrera para valorar el mérito y tampoco que, para estimular el ascenso y la permanencia, “se asigne un porcentaje de algunos cargos para funcionarios que hayan ingresado a la entidad pública a través de un concurso de méritos .” Para este análisis resultó relevante que la provisión del 70% de los cargos, o más si no se acreditan las circunstancias por las personas interesadas en el ascenso, se da a través de concursos abiertos y que se exige para la procedencia del concurso de ascenso una serie de requisitos que garantizan el mérito.

84. En la misma dirección, juzgó que las disposiciones demandadas (ii) no lesionan el principio de igualdad pues lo que hacen es reconocer la experiencia, “la cual no puede contradecir el principio de igualdad porque no se predica como una prerrogativa o una carga particular para determinadas personas, sino por el contrario, constituye una exigencia general y necesaria para establecer la idoneidad de los candidatos a seleccionar” ; (iii) no quebrantan el derecho al acceso a cargos públicos, pues lo que está proscrito es la existencia de concursos cerrados en los que sólo puedan participar los integrantes de la carrera, agregó que “ [l] o contemplado en las normas y expresiones demandadas es distinto a lo señalado en el artículo 192 del Decreto Ley 262 de 2000, pues no se impide la participación de otros ciudadanos, sino que simplemente se reserva un treinta por ciento (30%) para funcionarios de carrera, lo cual no constituye ni la tercera parte de los cargos a proveer” ; y, (iv) no vulneran el principio del mérito porque, como se mencionó previamente, la viabilidad de los concursos de ascenso están condicionados, entre otros requisitos, a que los participantes hayan obtenido dentro del año anterior una calificación sobresaliente y no hayan sido sancionados disciplinaria y fiscalmente en los 5 años anteriores a la convocatoria.

85. Aunado a lo anterior, indicó la Sala Plena que los concursos de ascenso regulados para la carrera administrativa especial de la Fiscalía General de la Nación (v) permiten contar con un talento humano con mayor experiencia y dedicación, aspectos que promueven mejores resultados; y, (vi) motivan el ejercicio eficaz de las labores a quienes pertenecen a la carrera, “la propia Constitución no ha circunscrito la carrera al ingreso, sino que ha incluido también el ascenso en su artículo 125, pues una de las finalidades de la carrera es tener a su disposición servidores que cuenten con experiencia, conocimiento y dedicación que garanticen los mejores índices de resultados. De esta manera, en la carrera es esencial realizar una motivación a los funcionarios que permita garantizar mejores resultados incentivándolos para permanecer y ascender a la misma, sin que ello implique impedir que otros ciudadanos también puedan participar en los concursos.” 86. En esta configuración de concurso de ascenso, también se (vii) valora la permanencia y concede estabilidad, lo que repercute en un mejor servicio público; (viii) posiciona a quienes ya han acreditado su mérito en un concurso abierto de méritos; y, (viii) asegura que la inversión del Estado en la capacitación de sus

empleados y empleadas se refleje en la mejora de la función estatal, “la capacitación es uno de los aspectos esenciales en el mejoramiento de la calidad de los servicios prestados en las entidades públicas y resulta esencial para garantizar la eficacia en el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, este gran esfuerzo quedaría estéril si los servidores públicos de carrera más eficientes no están suficientemente motivados para permanecer y ascender en la entidad pública a la cual ingresaron. Por lo anterior, preservar un porcentaje razonable de cargos para ser asignados por concurso al interior de la entidad pública permite garantizar un mejoramiento continuado del correcto funcionamiento de la administración pública.” 87. En esta segunda etapa, con síntesis, la Corte puntualizó que (i) del artículo 125 de la Constitución no se derivaba una distinción en el ámbito de configuración del Legislador respecto de los concursos de ingreso, por un lado, y ascenso, por el otro -como presuponía la primera etapa de la jurisprudencia-, por lo cual, en los dos casos debía existir completa sujeción a los principios del mérito e igualdad de oportunidades; (ii) en este escenario, por supuesto, los derechos de las personas ya inscritas en el escalafón en términos de estabilidad, así como el reconocimiento de promociones en su favor, son de cumplimiento imperioso, siempre que la materialización de esta garantía no implique el sacrificio del derecho a la igualdad. En este marco, en consecuencia, (iii) los concursos plenamente cerrados de ascenso, como el analizado en la Sentencia C-1262 de 2005, [101] son inconstitucionales.

88. Conservando la misma dirección prohibitiva de los concursos de ascenso plenamente cerrados, en la Sentencia C-034 de 2015 [102] se estudió un caso aún no valorado por la jurisprudencia de la Corporación, consistente en la previsión de concursos de ascenso que, en un porcentaje del 30% de las vacantes y bajo la satisfacción de algunos requisitos, estaban configurados solo para las personas pertenecientes a la carrera, materializando una ponderación de los principios y derechos en juego diferente pero sin sacrificar el derecho a la igualdad de oportunidades, principal reparo que condujo a la modificación de la línea jurisprudencial inicial en el año 2002.

Como consecuencia de esta decisión, entonces, esta segunda etapa de la jurisprudencia se complementa con una regla -inicialmente emitida frente a una carrera especial de orden constitucional- según la cual (iv) están permitidos los concursos mixtos de ascenso, en los que un porcentaje del 30% de las vacantes puede proveerse con personal perteneciente a la carrera administrativa.

89. Con posterioridad a estas decisiones, la Corte ha reiterado las premisas fundamentales de la prohibición de los concursos de ascenso plenamente cerrados sin ocuparse específicamente de la materia que ahora es objeto de análisis.

4.2. Disposiciones del sistema universal y regional de derechos humanos sobre el acceso al empleo en condiciones de igualdad 90. Desde la perspectiva del Sistema Universal de Derechos Humanos, el artículo 21.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé que “toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país” ; mientras que el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [103] establece que todos los ciudadanos gozarán, sin restricción alguna, del derecho y oportunidad a “tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.” [104] Sobre el contenido de este derecho el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la Observación General No. 25 de 1996, [105] afirmó la prohibición de distinguir “entre los ciudadanos en lo concerniente al goce de esos derechos por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” [106] Asimismo, en el numeral 4 de la misma Observación General, reiteró que cualquier limitación a su ejercicio debía corresponder a condiciones objetivas y razonables.

[107] 91. En el Sistema Regional, el artículo 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [108] prevé que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos políticos y oportunidades:

“ c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” , y el artículo 23.1 ibídem , prevé que “ 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.” 92. Sobre el alcance del derecho a la igualdad en el acceso a cargos públicos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado principalmente en el escenario judicial, en eventos en los que se han dado destituciones de administradores del servicio público de justicia -especialmente en situación de provisionalidad-; sin embargo, no lo ha hecho en asuntos que guarden parecido específico con la configuración de un concurso de ascenso mixto como el que ahora está sometido a análisis por esta Corporación.

El primer caso es Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela , [109] en el que se discutió la destitución de tres exjueces de una Corte de lo Contencioso Administrativo por haber incurrido en error judicial inexcusable, invocando varios derechos, entre ellos la protección a las garantías judiciales. Pese a que no se verificó violación del artículo 23.1.c), [110] se precisó que “el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando “los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean] razonables y objetivos” y que “las personas no sean objeto de discriminación” en el ejercicio de este derecho.” [111] 93. Posteriormente, en el caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela , [112] al discutirse una destitución de una funcionaria judicial se retomó el alcance de la garantía prevista en el artículo 23.1.c), [113] destacando que el acceso a la administración pública, como lo ha afirmado el Comité de DDHH, se da a través del mérito y la igualdad de oportunidades, máxime en un escenario en el que la independencia judicial es un imperativo, por lo cual, “ [l] os procedimientos de nombramiento tampoco pueden involucrar privilegios o ventajas irrazonables. La igualdad de oportunidades se garantiza a través de una libre concurrencia, de tal forma que todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en la ley deben poder participar en los procesos de selección sin ser objeto de tratos desiguales arbitrarios. Todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones aún respecto de quienes ocupan los cargos en provisionalidad, los que por tal condición no pueden ser tratados con privilegios o ventajas, así como tampoco con desventajas, en relación con el cargo que ocupan y al cual aspiran.” [114] 94. En el caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela [115] el asunto analizado fue similar a los anteriores y se expusieron las mismas reglas hasta ahora afirmadas; y, finalmente, en la sentencia del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador de 2013, [116] la Corte Interamericana resolvió el caso del cese arbitrario de ocho jueces del Tribunal Constitucional de Ecuador. La Corte IDH reiteró el estándar interamericano y la protección que deriva del artículo 23.1.c de la Convención Americana respecto al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad. Para el tribunal interamericano, estas premisas “garantizan la libertad frente a toda injerencia o presión política.” [117] 95.

Otros instrumentos internacionales, como la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, prevé en su artículo 4, literal j, el derecho de toda mujer a “ a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones ”; y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en el artículo 7 establece el deber de los estados parte de tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública, garantizando “ en igualdad de condiciones con los hombres ”, entre otros, el derecho a “ … ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales.” 96. De conformidad con los enunciados e interpretaciones mencionadas, es claro que desde los instrumentos internacionales y regionales vinculantes para el Estado colombiano existe un mandato sobre el acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad, y la prohibición de establecer tratos discriminatorios. También debe advertirse que el Estado es competente para establecer las regulaciones que estime adecuadas, siempre que no se desconozca, por ejemplo, la prohibición de no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. No obstante, se reitera, no se ha efectuado un pronunciamiento sobre el tipo de concurso que ahora se estudia ni existe una prohibición que impida su consideración.

4.3. Análisis del problema concreto de constitucionalidad: compatibilidad del concurso de ascenso mixto regulado en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 con los principios de igualdad y mérito 97. Para adelantar este análisis, en un primer momento, se precisará el alcance de la disposición objeto parcial de cuestionamiento así como sus antecedentes legislativos y el marco general de política de empleo en el que se inscribe. A continuación, se procederá a realizar un juicio integrado a partir de la línea jurisprudencial antes sintetizada y de los parámetros de estricto cumplimiento que en esta materia derivan de los instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

4.3.1. Alcance y contextualización de la disposición demandada 98. El artículo 2 parcialmente demandado prevé las formas de provisión definitiva de los empleos públicos en la esfera de aplicación de la Ley 909 de 2004, [118] estableciendo que el ingreso debe darse a través de concursos abiertos, y el ascenso mediante concursos mixtos. En este último caso, el 30% de las vacantes se sujetará a un proceso que está dirigido a quienes ya pertenecen a la carrera administrativa, y en relación con el 70% restante, la selección está abierta a cualquier persona que cumpla con los requisitos para su aspiración. Aunado a lo anterior, la convocatoria a los concursos de ascenso con personal de carrera está sometida a una serie de condiciones, a saber (i) que la vacante del nivel asesor, profesional, técnico o asistencial pertenezca a la planta de personal de la entidad o a las plantas de personal del mismo

sector administrativo o cuadro funcional, y (ii) que existan personas en el escalafón con los requisitos para ascender y que su número sea equivalente o superior al de los empleos a proveer.

99. Con el objeto de comprender las razones del Legislador en la adopción de esta reforma a la Ley 909 de 2004, es ineludible acudir a los antecedentes legislativos. Esta verificación es muy importante dado que, como se verá más adelante, la regulación examinada se enmarca en la potestad que el artículo 125 de la Constitución le reconoce al Congreso de la República, o a quien asuma sus funciones en los casos y bajo las condiciones normativas, para fijar " los requisitos y condiciones (…) para determinar los méritos y calidades de los aspirantes." A su turno, dado el ámbito de competencia conferido a la Corte en control abstracto de constitucionalidad, dichas razones juegan un papel relevante, pues tras ellas están las ponderaciones que se realizaron al aprobar la respectiva norma y, por tanto, deben ser tenidas en cuenta seriamente por esta Corporación al realizar el juzgamiento pertinente.

100. Con tal objetivo, se encuentra que la Ley 1960 de 2019, " [p] or la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones" , fue tramitada en el Congreso de la República luego de su radicación por el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública, [119] con el objeto no solo de regular el concurso de ascenso sino, entre otros aspectos, promover la profesionalización del servicio público a través de la capacitación de sus servidores.

101. El eje central alrededor del cual giró la justificación de la propuesta legislativa consistió en advertir que a la carrera administrativa subyace la movilidad porque, de lo contrario, se trataría simplemente del ingreso a un cargo público.

[120] Con apoyo en el informe de consultoría " Movilidad salarial horizontal y vertical en el sector público colombiano" , [121] se indicó la existencia de, por un lado, un "sistema de empleo" o de "puestos de trabajo" y, por el otro, un "sistema de carrera" , precisando que aunque nuestro modelo presuntamente se inscribía en el segundo, sus características llevaban a identificarlo con el primero, pues la regulación permite ingresar simplemente a un cargo específico y los derechos derivados del mérito se predican con exclusividad del mismo:

"Solo detallar que en el empleo público actual no hay ningún sistema o régimen de movilidad salarial horizontal ni vertical, pues el "ascenso" por concurso externo no puede catalogarse dentro de esa noción, ya que no es propiamente hablando un sistema de promoción interna. Colombia, como se viene señalando, se aleja, así, notablemente de otros países de la región y asimismo de los países de la OCDE, incluso de aquellos que encuadran su función pública dentro de los "sistemas de empleo." (…) Ello implicaría reconocer que, sin perjuicio de la caracterización constitucional y legal, el sistema colombiano no es actualmente de carrera administrativa, sino de empleo o de puesto de trabajo, dado que se accede no a una estructura o agrupación de puestos a partir de cuyo ingreso se hace carrera profesional, sino a su puesto de trabajo o empleo en el que el empleado público se inserta no pudiendo ascender a otros puestos o empleos sino a través de concurso externo en libre concurrencia con los demás aspirantes que quieran competir por ese empleo." [122] 102. También se advirtió en la exposición de motivos que el alto índice de provisionalidad , [123] era evidencia de la insuficiencia e inadecuación de los procesos actuales de reclutamiento para el ingreso, promoción y evaluación, por lo cual se requería una reforma que, basada en el mérito, permitiera la referida movilidad. Respecto al concurso de ascenso, en particular, se señaló que (i) el artículo 125 de la Constitución le concede al Legislador la competencia de determinar los requisitos y límites de la carrera, en un marco en el que el concurso público no es el único posible;

(ii) con el acceso a la carrera y, por lo tanto, la pertenencia al escalafón se adquieren derechos adquiridos, como la estabilidad y la capacitación; (iii) el ascenso permite a la persona trabajadora mejorar la retribución y adquirir mayores responsabilidades, fomentando la capacitación y el interés por su permanencia en el servicio, al tiempo que se logra la satisfacción de los principios que guían la función pública, pues se cuenta con personal capacitado y experto en el manejo propio de las entidades.

[124] Aunado a lo anterior, se reseñaron (iv) los sistemas de carrera específicos y especiales en los que el concurso de ascenso es válido, como la carrera diplomática y consular, la del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la carrera docente; (v) experiencias de derecho comparado sobre los concursos de ascenso, [125] concluyendo que éstas daban cuenta de la admisión del concurso de ascenso "como mecanismo de escalar dentro de la respectiva carrera administrativa, pues la movilidad y la promoción por méritos son asuntos coyunturales a su existencia y desarrollo" y, (vi) las decisiones de esta Corporación que se han proferido al respecto, dando un lugar preeminente a la Sentencia C-034 de 2015.

[126] 103. En el curso del proceso legislativo las ponencias positivas a la propuesta reiteraron los aspectos antes relatados y enfatizaron en que la Corte Constitucional prohibió los concursos cerrados, pero no ha rechazado la posibilidad de reconocer la experiencia de los servidores públicos, “ ni que, para efectos de estimular el ascenso y la permanencia, se reserven algunos cargos para funcionarios que ya hacen parte de la carrera .” [127] Antes de adelantarse el primer debate en la Cámara, [128] la Comisión Nacional del Servicio Civil allegó un concepto que tuvo como premisa fundamental la defensa de la competencia constitucional de dicho órgano y, por lo tanto, la necesidad de una regulación que garantice su independencia y neutralidad. Frente al concurso de ascenso, la CNSC consideró que debía estudiarse si el modelo aplicable en la Fiscalía General de la Nación era apropiado para las demás carreras, así como los requisitos que debían acreditarse para su convocatoria.

[129] Las dudas planteadas, motivaron la petición de una audiencia especial en la que se escucharan las directivas del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la misma Comisión.

[130] 104. Dicha audiencia se llevó a cabo en la Comisión Séptima de la Cámara en sesión del 4 de abril de 2018, oportunidad en la que la CNSC sostuvo que la estipulación de los concursos de ascenso era relevante porque, en vigencia de la Ley 909 de 2004, “la carrera quedó reducida a concursos de ingreso (…) muchos estudios en el mundo demuestran, que uno de los bienes más importantes para un ser humano es la seguridad laboral, es levantarse y saber qué va a hacer todos los días, pero la carrera además de dar esa seguridad, debe dar una expectativa de movilidad laboral, es decir, de progreso tanto en responsabilidades como en salario (…).” Se agregó que, en promedio, actualmente los concursos públicos llevan a la renovación de la planta de personal en un 70% y 80%, “por esa razón es tan importante comenzar a hablar de los concursos de ascenso, entre otras cosas, para que todos los concursos no signifiquen una expulsión altamente probable de los que vienen desempeñando los empleos.” [131] 105.

Por su parte, en la intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública se realizó un recorrido histórico a través de la jurisprudencia de este Tribunal, para dar cuenta de la comprensión del concurso de ascenso, señalando que en la decisión proferida sobre el régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación se “le da gran relevancia al concurso de ascenso ” pues permite valorar la experiencia, “ tiene en cuenta a funcionarios que previamente han ingresado a través de un proceso de selección público y abierto, y garantiza que la inversión que el Estado ha hecho en capacitación, se vea reflejada en el mejoramiento y promoción continua.” De igual manera, puso de presente que la principal apuesta de este proyecto de ley era la promoción del ascenso, con un alcance mixto , previamente avalado por la Corte Constitucional.

[132] 106. Con posterioridad a dicho debate, las discusiones que se adelantaron en el trámite legislativo dan cuenta de los mismos tópicos aquí advertidos, evidenciando, entonces, que en la configuración propuesta por el Ejecutivo y avalada por el Congreso estuvo de por medio la necesidad de establecer un sistema más acorde con la idea de “carrera”, que, sin desconocer la prohibición constitucional de establecer concursos plenamente cerrados de ascenso por ser violatorios del principio de igualdad de oportunidades, valorara la experiencia de los empleados ya inscritos en el escalafón, motivara su permanencia y cualificación, diera eficacia a la capacitación brindada por el Estado a sus funcionarios y brindara una herramienta que promoviera una mayor provisión de los cargos en vacancia -aún con una alta ocupación de personas en situación de provisionalidad.

107. Ahora bien, vale la pena destacar que esta apuesta por una línea de política pública en materia de empleo público no es ajena a las discusiones teóricas existentes en la materia. Según el estudio “Estado del arte de la gestión estratégica del talento humano en el sector público: teoría y prácticas ”, [133] el reclutamiento y la selección de personal constituye uno de los aspectos más relevantes en la literatura sobre la gestión pública y las prácticas de los gobiernos, dentro del cual la existencia de sistemas cerrados -de carrera administrativa- o abiertos -de posiciones- son objeto de diferentes desarrollos.

[134] En concreto, este análisis menciona (i) que la aplicación de uno y otro genera ventajas y debilidades, (ii) una tendencia por permitir concursos abiertos, y (iii) una práctica actual en el marco de los países de la OCDE que se mueve entre cada uno de dichos extremos, primando prácticas mixtas . En este sentido, se menciona que los concursos cerrados generan mayor “alineación con los objetivos estratégicos y la cultura organizacional ” y aumenta “ la moral en la entidad” , [135] no obstante, genera menor renovación y reduce la transferencia de ideas y conocimientos. Por el contrario, el sistema abierto genera mayor renovación y trasferencia de ideas y conocimientos, pero el sentido de pertenencia de los funcionarios y la alineación a los objetivos misionales es más difícil de conseguir. Se agregó que “como se observa en el caso colombiano (…), los concursos abiertos (sistema de posiciones) pueden generar cierto descontento al hacer más difíciles las posibilidades de ascenso dentro de la organización y el

sector, aunque el criterio de mérito prevalece en dichos tipos de concurso.” [136] 108. Por su parte, respecto a las prácticas en los países de la OCDE, se precisó que Alemania y Francia se acercan más al sistema de carrera, en el que “los servidores públicos son contratados al principio de la carrera y esperan ser promovidos en diferentes niveles.” [137] Agregó que, en el sistema de posiciones o de concursos abiertos, se pretende el máximo grado de competencia con miras a asegurar el mérito, no obstante, “ [n] inguno de los países tiene un sistema puro, por lo que buscan identificar las posiciones al sistema que mejor se adapte a estas y con la intención de beneficiarse con las características de cada sistema.” [138] Entre los casos intermedios, menciona el de Rusia, en el que se establece “la entrada al servicio civil por medio de una evaluación competitiva pero para puestos específicos más que para el servicio general. Las vacantes son expuestas para todos los candidatos que cumplan con los requisitos (OECD,2012).” [139] 109. Según la Guía de Gestión Estratégica del Talento Humano (GEHT) para el sector público colombiano, del Departamento Administrativo de la Función Pública, [140] la formulación, definición y ejecución de la política pública en materia de empleo público tiene en cuenta que uno de los pilares fundamentales para medir el índice de competitividad global -relacionado con la capacidad de los países para tener niveles de prosperidad- [141] corresponde a las fortalezas de su institucionalidad -cuyo índice es de los más bajos-, el que, a su turno, tiene relación con la gestión del empleo público. Bajo esta perspectiva, en la Guía se destacan los diversos problemas que determinan la mala calificación que en esta materia recibe el país -como la corrupción y la burocracia ineficiente-, los cuales, en concepto del DAFP, encuentran en un mejor manejo del talento humano una respuesta necesaria, “promover mejoras en las competencias, la restructura de los empleos, la capacitación, el bienestar, el rendimiento y la movilidad de los servidores públicos pueden incidir favorablemente en los aspectos aquí diagnosticados. En la medida en que se ejecuten estas intervenciones fundamentales se podrá tener una incidencia positiva en el nivel de competitividad del país, lo que generará mejoramiento en los niveles de prosperidad y bienestar de sus ciudadanos.” [142] 110. Teniendo en cuenta lo expuesto en este apartado, a continuación se procederá a valorar la constitucionalidad de la medida cuestionada.

4.3.2. El concurso de ascenso mixto previsto en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 es constitucional 111. Antes de emprender el estudio concreto, retoma la Sala Plena que el accionante cuestiona el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 por considerar que desconoce presuntamente los principios del mérito e igualdad, en concreto, de igualdad de oportunidades para el acceso a cargos públicos. En este último sentido, evalúa que la disposición trata injustificadamente a un grupo de personas, “ quienes no hacen parte de la carrera administrativa, y que en algunos casos tampoco gozan de un empleo ”, privilegiando, por otra parte, a “ quienes ya disfrutan del empleo digno y se encuentran inscritos en la carrera administrativa.

” Este trato, en su criterio, es inconstitucional porque en violación de los artículos 13 y 125 de la Constitución, así como de la jurisprudencia de esta Corporación, se funda en un criterio discriminatorio intolerable en un proceso de selección.

112. De entrada, en concepto de la Corporación es claro que frente al acceso a cargos públicos los referidos grupos son comparables, por lo cual es posible iniciar un juicio integrado de igualdad. Pero, además, dado que la medida se comprende mejor valorando conjuntamente el compromiso y/o realización de los dos principios -igualdad y mérito-, se procederá a analizar su constitucionalidad en un único juicio integrado.

113. Para efectos de este análisis se acogerá como herramienta metodológica el juicio integrado de proporcionalidad, [143] compuesto por el principio de proporcionalidad clásico [144] y un test que, basado en tres intensidades o escrutinios, permite abordar diferencialmente grupos de casos que merecen tal tratamiento por involucrar -en mayor o menor medida- el ámbito de configuración del Legislador.

[145] 114. En este contexto, el paso inicial que debe adelantarse es determinar la intensidad del juicio. Para ello, se enfatiza que la Corte Constitucional se ha referido a algunas pautas relevantes, a partir de la estimación de casos tipo que, de cualquier forma, al actuar como criterios indicadores no relevan al Juez Constitucional de fundamentar sus decisiones ante la complejidad de los asuntos -y por lo tanto de variables- que se presentan para su examen y decisión.

115. Entre dichos criterios, desde la Sentencia C-673 de 2001, [146] la Corporación valoró que ante una medida que impactara el goce de un derecho constitucional fundamental lo procedente era el juicio estricto , y ante una medida que interfiriera el goce de un derecho constitucional no fundamental, [147] el juicio intermedio .

Además de los anteriores supuestos, se ha acudido al test estricto cuando está de por medio una categoría sospechosa en los términos del artículo 13, inciso 1, de la Constitución, [148] o cuando la medida recae de manera directa en personas en condición

de debilidad manifiesta, o de grupos marginados o discriminados; al test intermedio cuando la medida acusada involucra categorías que bajo algunos supuestos han sido consideradas como semi sospechosas;

[149] y al test débil , por ejemplo, cuando se estudia la razonabilidad del ejercicio legislativo en materias económicas, tributarias o de política internacional.

[150] 116. A partir de los supuestos expuestos, se evidencia en este asunto la intervención de diferentes razones cuya valoración conjunta determina que la intensidad correcta para el análisis del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 sea la intermedia . En este sentido, (i) prima facie , se evidencia una afectación al derecho a la igualdad en el acceso a cargos públicos. Este bien, además, es definitivo en una democracia pues a partir de su ejercicio se permite la participación activa de los y las ciudadanas en el servicio público. Aunado a lo anterior, (ii) se afectaría el principio del mérito, concebido desde una perspectiva de no intervención y libre competencia, en beneficio de los principios de moralidad e imparcialidad que guían la función administrativa. Estos aspectos, por sí solos, inclinarían la balanza para la realización de un test en intensidad estricta.

117. No obstante, (iii) la intervención en el derecho a la igualdad de oportunidades en este espacio particular es parcial, pues el concurso de ascenso solo es posible frente al 30% de las vacantes, previa satisfacción de los requisitos ya mencionados en el fundamento jurídico No. 98;

y este no es simplemente un cálculo numérico, sino que es un indicativo fundamental a la hora de determinar la extensión del impacto de la medida en los bienes comprometidos. Como criterio adicional, debe tenerse en cuenta que la elección por la movilidad no anula la práctica del concurso público de ingreso que, como consecuencia del ascenso, se generaría. En efecto, la plaza ocupada por una persona que logra ascender en un concurso de ascenso queda vacante y, en algún momento, generará una situación en la que debe necesariamente convocarse a un concurso público y abierto de ingreso a la carrera.

118. Asimismo, aunque el mérito en condiciones de máxima realización se afecta, lo cierto es que (iv) tampoco es acertado afirmar un sacrificio del mismo, dado que al concurso de ascenso le precede un acceso inicial a la carrera administrativa y la necesaria acreditación de los requisitos para acceder a la nueva plaza, a través de un concurso de méritos en el que deben acreditarse las condiciones para ocupar el puesto al que se aspira, en beneficio de la adecuada prestación del servicio público. Tampoco puede obviarse que este concurso está a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, órgano autónomo que garantiza la imparcialidad y neutralidad en esta materia conforme a lo dispuesto en el artículo 130 de la Constitución.

119. Finalmente, (v) de conformidad con lo sostenido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Corporación, el Constituyente le asignó al Legislador competencia para establecer los “requisitos y condiciones (…) para determinar los méritos y calidades de los aspirantes” (Art. 125 de la CP), facultad que, por supuesto, debe ejercerse en términos de razonabilidad y proporcionalidad, y que juega en este caso un papel importante.

Por otra parte, no se advierte que en el ejercicio de dicha competencia el Congreso haya fundado su medida en una categoría sospechosa, como el “sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” , [151] o que aquella afecte a personas en condición de debilidad o a grupos discriminados y, por último, no se evidencia un propósito discriminatorio en favor de las personas que se encuentran inscritas en carrera administrativa, por el contrario, se evidencia un impulso por promover otros intereses constitucionales como la estabilidad y permanencia en el servicio de personas que, por su experiencia y compromiso, impactaría favorablemente en la función pública.

120. En estos términos, el juicio que mejor captura la discusión planteada en esta oportunidad es el intermedio , pues permite dar cuenta de las tensiones que se presentan entre los diferentes bienes constitucionales con la adopción de esta medida, sin desconocer las facultades del Legislador en la materia. A continuación, entonces, se procederá a analizar si el concurso de ascenso regulado en el artículo 2 parcialmente demandado (i) busca una finalidad constitucionalmente importante, (ii) constituye un medio efectivamente conducente para la consecución de la finalidad y (iii) no genera una desproporción evidente en el balance de intereses involucrados.

[152] 121. El concurso de ascenso mixto se dirige a la satisfacción de fines constitucionalmente importantes. Al respecto, tras la regulación del acceso al empleo público se encuentra la finalidad de que el Estado cumpla adecuadamente con los objetivos a su cargo, tales como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y

deberes consagrados en la Carta, y garantice la prevalencia del interés general (Arts. 1 y 2 de la CP). Con idéntica inspiración, el artículo 209 de la Carta establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y su desarrollo implica la sujeción a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En tal dirección, la selección del talento humano es una condición necesaria, por lo cual, desde la Constitución de 1991 la vinculación de personas con las máximas calidades personales y profesionales ha sido un objetivo claro y decidido, encontrando en los procesos de selección un instrumento de apoyo a partir de las variadas pruebas que allí se pueden adelantar.

122. El ingreso al empleo público a través del mérito, además, se concreta en el ejercicio del derecho al trabajo, en el marco del cual existen una serie de garantías en el artículo 53 Superior, como la estabilidad y la capacitación. Respecto a una medida similar, en la Sentencia C-034 de 2015 se evidenció la satisfacción de varios postulados (i) contar con servidores con experiencia y que, por tanto, arrojen los mejores resultados; (ii) motivar a los servidores públicos a cumplir con mayor eficacia sus funciones; (iii) valorar la permanencia y estabilidad; y, (iv) garantizar la inversión del Estado en la capacitación de su talento humano, sin desconocer, por el otro lado (v) el principio del mérito.

123. Así, para la Sala Plena, en la configuración del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 se verifica la existencia de finalidades constitucionales importantes dirigidas a estimular la estabilidad y permanencia en el servicio público de personas idóneas y capacitadas en su ejercicio (Arts. 53 y 125 de la CP), a través de posibilidades de movilidad que no solo dan sentido a las políticas de capacitación del Estado sino que benefician al desarrollo del valor del capital humano en el sector, en pro de una mejor función pública (Art. 209 de la CP). Aunado a lo anterior, según la exposición de motivos de la Ley 1960 de 2019, se pretende mayor implementación del sistema de carrera, que actúe directamente en favor de la eliminación de vacantes sin provisión por largos periodos de tiempo.

124. Ahora bien, en concepto de este Tribunal el concurso de ascenso adoptado por el Legislador es efectivamente conducente para la satisfacción de dichas finalidades. De un lado, es claro que el reconocimiento del buen servicio a través de la posibilidad de participar en un proceso de selección con integrantes de la carrera de las instituciones públicas motiva la permanencia y el desarrollo de los mejores estándares de calidad, encontrando en el trabajo mayores posibilidades de desarrollo personal integral. De otro lado, la estipulación expresa de que quienes aspiren al ascenso deben contar con los requisitos propios del cargo superior (Art. 2.2 de la Ley 1960 de 2019), así como la necesidad de someterse a un concurso, adelantado por la CNSC, evidencia que el mérito sí se satisface, dado que quien no acredite las calidades requeridas en dicho proceso, no accederá a la vacante.

125. Sumado a lo anterior, la exigencia del artículo 2.3. demandado, esto es, que para que proceda el concurso de ascenso exista un número de empleados igual o superior al de las vacantes a proveer, evidencia la sujeción a los principios de moralidad, eficacia y economía (Art. 209 de la CP), pues de entrada se asegura que, por lo menos en condiciones matemáticas de posibilidad, la realización de un concurso de este tipo no arrojará mayores gastos para la Administración dado que las vacantes pueden ocuparse con el número de trabajadores en carrera disponibles. Asimismo, la puesta en marcha de políticas de capacitación por parte del Estado respecto de los servidores públicos, también encuentra una mejor destinación si este esfuerzo se compensa con la permanencia de quienes en desarrollo de tales actividades adquieren mayor sentido de pertenencia, compromiso y excelencia para satisfacer los intereses generales.

126. Finalmente, la importancia constitucional de los propósitos perseguidos es, en este caso en concreto, superior a la restricción de los principios del mérito e igualdad. En cuanto al mérito aprecia la Sala que respecto de un porcentaje del 30% de las vacantes puede existir una afectación a este principio, en la medida en que no puede asegurarse que en un estado de apertura total y participación plena quienes accedan al ascenso serían los mismos que lo harían si las vacantes se ofertaran a través de un concurso público. No obstante, se reitera que no solo la medida no cobija al 100% de las vacantes, sino que respecto de ese 30% se establecieron unos requisitos particulares que exigen la acreditación de las condiciones y calidades para continuar al servicio de los intereses generales, por lo cual, este principio sigue siendo el único criterio relevante para ocupar un cargo público.

127. En cuanto a las exigencias de ingreso y ascenso en igualdad de condiciones se destaca que la medida no prevé privilegios injustificados en favor de un grupo de trabajadores y trabajadoras, pues unos y otras han venido prestando sus servicios a la entidad gracias a su excelente desempeño en el concurso de méritos abierto y público por virtud del cual ingresaron a la carrera

administrativa. En este sentido, es importante mencionar que aquello que está proscrito son las distinciones que, por no contar con una justificación razonable y proporcional, puedan calificarse de discriminatorias.

128. Detrás de la configuración del concurso de ascenso, sin embargo, no se evidencia la promoción de tratos discriminatorios. Por el contrario, en las condiciones previstas por el artículo 2 parcialmente demandado, el concurso de ascenso es apto no solo para la movilidad en la carrera -como en efecto ya se afirmó y verificó- sino que también lo sería para promover la movilidad social [153] de los grupos históricamente discriminados. El país se encuentra ubicado en el puesto 65 del mundo en la medición del índice global de movilidad social, [154] y la permanencia de brechas que requieren reducirse y cerrarse es clara, por ejemplo en materia de género. En este preciso contexto, los datos sobre las mujeres en la carrera administrativa, por niveles y sectores es deficiente, [155] evidenciándose solo que en cargos de dirección -esto es, ajenos a la carrera- su participación sigue por debajo del 50%.

[156] 129. En este contexto, dado que en sociedades como la colombiana no todas las personas se encuentran en la misma línea de arranque para acceder a los cargos públicos, pues aún muchos sectores de la población carecen de las condiciones básicas adecuadas de alimentación, educación y desarrollo integral, las políticas de capacitación del Estado pueden impactar positivamente en situaciones de discriminación estructural, incluso en casos de interseccionalidad en el que en una misma persona se verifican varias situaciones, como las relacionadas con género y raza.

130. Bajo esta línea argumentativa, entonces, la afectación leve al principio de igualdad se verifica es en la imposibilidad de que la totalidad de las vacantes del Estado en el régimen de carrera al que se aplica esta disposición sean accesibles a todos los ciudadanos y ciudadanas en un momento determinado. Sin embargo, debe insistirse en que la movilidad interna que se genera en las plantas de personal permite la generación de nuevas vacantes -las de quienes ascienden- que, tal como se manifestó previamente, en algún punto deberán ser ofertadas a través de un concurso público.

131. A esta afirmación podría oponerse que la única posibilidad de acceso a cargos públicos se daría, así, en los niveles más bajos, frustrando las expectativas de quienes aspiran, de entrada, a cargos profesionales o de asesor, por ejemplo. Este reparo, sin embargo, no tiene en cuenta que el 70% de las vacantes seguirán ofertándose por la vía más amplia, por lo cual, la lesión del principio de igualdad permanece en un nivel leve.

132. Con dicha valoración de afectación de los principios del mérito y de la igualdad, se encuentra que, por el otro lado, la satisfacción de los intereses y principios que gravitan alrededor del concurso de ascenso se realizan de manera importante. En este sentido, además de lo que se ha venido mencionando, un sistema mixto como el adoptado por el Legislador tiene la ventaja de no anular la búsqueda de personas que aporten en una mayor alineación con los objetivos estratégicos de las entidades y el crecimiento de un sentimiento de integración a los objetivos comunes, al tiempo que no impide la renovación y transferencias de ideas y conocimiento, tal como desde la teoría de la gestión pública se mencionó en el fundamento jurídico No. 107. Así las cosas, se concluye que la medida analizada tampoco es evidentemente desproporcionada .

133. En conclusión, dado que la configuración del concurso de ascenso supera el juicio intermedio de proporcionalidad se declarará la exequibilidad del artículo parcialmente demandado.

5. Síntesis de la decisión 134. La Sala Plena se ocupó de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Guillermo Arellano Castillo contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 1960 de 2019, “ [p] or el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones” , a través del cual se modificó el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, “ [p] or la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones” , por la presunta violación de los principios del mérito e igualdad.

135. Adelantado el trámite de rigor, allegadas las intervenciones del Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP, de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, de las ciudadanas Jeiny Julieth Castro Vega y Camila Andrea González Castillo y del Sindicato de Trabajadores Defensores del Mérito - Sintramérito, y recibido el concepto del Procurador General de la Nación, la Sala Plena verificó como cuestión previa la inexistencia de cosa juzgada respecto de la decisión adoptada en la Sentencia C-034 de 2015, [157] y posteriormente resolvió de fondo el problema jurídico formulado.

136. En cuanto al primer aspecto, en atención principalmente a la intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP, se verificó que, aunque en la Sentencia C-034 de 2015 la Corporación juzgó la exequibilidad de una regulación

sobre concursos de ascenso similar a la ahora cuestionada y por cargos equivalentes, en aquella oportunidad dicha normativa se enmarcó en el régimen de carrera administrativa especial de la Fiscalía General de la Nación, mientras que en este caso el contexto normativo es diferente , pues el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 modifica la Ley 909 de 2004, que regula la carrera administrativa general. La variación del contexto normativo, por ende, impidió afirmar la configuración de la institución de la cosa juzgada constitucional (fundamento jurídico No. 45 y siguientes).

137. Para la resolución del problema jurídico (fundamento jurídico No. 37), se precisó la línea jurisprudencial vigente en materia de concursos de ascenso.

En tal dirección, a partir de lo dispuesto en las sentencias C-266 de 2002, [158] C-1079 de 2002, [159] C-1262 de 2005, [160] C-1263 de 2005, [161] y C-034 de 2015 [162] se indicó que la Constitución proscribe el concurso totalmente cerrado de ascenso, mientras concede validez a los concursos mixtos, en particular a partir del estudio realizado en la Sentencia C-034 de 2015 (fundamento jurídico No. 67 y siguientes). A continuación, se mencionaron las disposiciones relevantes de instrumentos internacionales vinculantes para el Estado colombiano por virtud del bloque de constitucionalidad, destacando que de aquellas se deriva un mandato de acceso a cargos públicos en igualdad de condiciones y que prohíbe tratos discriminatorios (fundamento jurídico No. 90 y siguientes).

138. Finalmente, se abordó el estudio de constitucionalidad concreto sobre el artículo 2 parcialmente demandado. Para ello (i) se precisó el alcance del concurso de ascenso regulado en tal disposición, así como los antecedentes legislativos que dieron lugar a su expedición. De este examen, se extrae que el Legislador permite que un 30% de las vacantes del régimen de carrera regulado por la Ley 909 de 2004 se provean mediante un concurso de ascenso, previo cumplimiento de las condiciones allí establecidas, mientras que el 70% restante se somete al proceso público y abierto de selección. Igualmente, se verificó que esta reforma normativa estuvo motivada por la intención de establecer un sistema más acorde con la idea de "carrera", que, sin desconocer la prohibición constitucional de establecer un concurso plenamente cerrado de ascenso, por ser violatoria del principio de igualdad de oportunidades, valorara la experiencia de los empleados ya inscritos en el escalafón, motivara su permanencia y cualificación, diera eficacia a la capacitación brindada por el Estado a sus funcionarios y brindara una herramienta que promoviera una mayor provisión de los cargos en vacancia (fundamento jurídico No. 98 y siguientes).

139. Finalmente, con fundamento en las premisas antes mencionadas, se resolvió analizar la medida prevista en el artículo parcialmente demandado a partir de un juicio intermedio (fundamento jurídico No. 116 y siguientes). Se concluyó que el concurso de ascenso cuestionado pretendía la consecución de finalidades constitucionales importantes, dirigidas a (i) estimular la estabilidad y permanencia en el servicio público de personas idóneas y capacitadas en su ejercicio (Arts. 53 y 125 de la CP), (ii) generar movilidad en las plantas de empleo, en beneficio de la valorización del capital humano en el sector y, por lo tanto, de la correcta y adecuada función pública (Art. 209 de la CP), y (iii) promover la implementación de un sistema efectivo de carrera, que reduzca la provisionalidad.

140. La implementación del concurso de ascenso se consideró efectivamente conducente para la materialización de dichas finalidades, luego de verificar de las condiciones previstas en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 para su procedencia (fundamentos jurídicos Nos. 124 y 125); y, por último, se apreció que la medida no era evidentemente desproporcionada . Para este último paso fue crucial la consideración de que la afectación a los principios del mérito e igualdad era leve, en atención a que en este concurso mixto solo un 30% de las vacantes se proveerá a través del concurso de ascenso; el mérito no se sacrificaba y tampoco se evidenciaba en la medida un ánimo discriminatorio, por el contrario, se analizó sus fortalezas para la movilidad en la carrera y social (fundamento jurídico No. 126 y siguientes).

VII. Decisión En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 2 (parcial) de la Ley 1960 de 2019, por los cargos analizados. Notifíquese, comuníquese y cúmplase ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Presidente DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR Magistrado ALEJANDRO LINARES CANTILLO Magistrado PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA Magistrada GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado Con salvamento de voto ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado Con salvamento de

voto MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General L A S E C RE T A R I A G E N E R A L D E L A C O R TE C O N ST I T UC I O N A L HACE CONSTAR QUE El Magistrado ALEJANDRO LINARES CANTILLO no intervino en la decisión de la Sentencia C-077 de 2021, emitida dentro del proceso radicado bajo el número D-13784, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada por Guillermo Arellano Castillo contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 1960 de 2009, "[p]or la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones".

Lo anterior, en atención a que el doctor Linares Cantillo, con autorización de la Sala Plena, tuvo que retirarse de la sesión con antelación al momento del estudio de este asunto el veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Para constancia, se firma en Bogotá D.C. el día diecinueve (19) del mes de julio de dos mil veintiuno (2021). MAR T H A V I C T O R I A S Á C H I C A M É N D EZ Secretaria General SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS SENTENCIA C-077/21 1.

A continuación presento las respetuosas razones de mi disenso en relación con la Sentencia C-077 de 2021. Se trata de la decisión de declarar exequibles los concursos cerrados de ascenso en la carrera administrativa, tal y como fueron establecidos en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019. En esa sentencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que la norma que establecía un mandato general para que los concursos de ascenso dentro de la carrera administrativa fueran parcialmente cerrados y ordenaba reservar el treinta por ciento de las vacantes a proveer en los empleos públicos de la carrera administrativa, para que estas fueran cubiertas exclusivamente mediante un concurso de ascenso cerrado, no vulneraba el derecho a la igualdad y el principio del mérito. Posiblemente mi disenso sea equivocado, porque ello es lo que puede acontecer cuando se trata de debates jurídicos. Los argumentos que enseguida expongo confrontan las razones de la decisión sin acudir a la descalificación de los Hs. Magistrados que suscribieron el fallo mayoritario; es que se ha vuelto moda acudir a las razones ad hominen o a la falacia « del hombre de paja » para tratar de derruir las decisiones que no se comparten, empero, tal forma de argumentar solo deja al disidente desnudo de razones, en la mitad del ágora, sin con que vestirse pero exponiendo su carencia de un punto de vista que pueda ser tomado en cuenta.

2. El eje de mi disenso se basa en cuatro elementos. Por una parte, sintetizaré el precedente constitucional sobre la relación del derecho a la igualdad y del principio del mérito con los concursos abiertos y cerrados en el ámbito de la carrera administrativa (sección 1). Asimismo, indicaré el estándar que deriva del derecho internacional de los derechos humanos sobre la igualdad en el acceso y ascenso a los cargos públicos que fue omitido por el tribunal (sección 2). En tercer lugar, me referiré a los concursos cerrados como barreras para la optimización de los principios del mérito y la igualdad con un enfoque estructural y de género (sección 3). Finalmente, demostraré que la norma objeto de la demanda no superaba un juicio integrado de igualdad (sección 4).

De allí que, como advertiré en la conclusión, esa norma se debió declarar inexequible por ser claramente contraria al principio de igualdad. 1. El precedente constitucional sobre los principios de igualdad y del mérito en los concursos de ascenso dentro de la carrera administrativa 3.

La jurisprudencia constitucional ha tenido tres perspectivas en relación con la forma de comprender la aplicación de los principios de igualdad y del mérito a los concursos de ascenso dentro de la carrera administrativa. A continuación, indicaré las sentencias que configuran esos enfoques, los argumentos que constituyen su fundamento y las subreglas constitucionales que se infieren de cada uno estos.

4. En la primera parte sintetizaré los elementos del precedente vigente entre los años 1996 y 2000. En ese periodo, la Corte aceptaba la validez constitucional de los concursos de ascenso tanto abiertos como total o parcialmente cerrados. El pilar esencial de esa jurisprudencia inicial era la prevalencia de una concepción del principio del mérito que limitaba el principio de igualdad (sección 1.1). En la segunda sección daré cuenta del cambio explícito del precedente que proscribió cualquier forma de concurso cerrado como regla general. El argumento principal del precedente fundado en 2002 se basó en la idea fundamental de que los concursos de ascenso abiertos logran optimizar tanto el principio del mérito como el principio de igualdad. Por el contrario, cualquier forma de concurso de ascenso cerrado sacrifica la igualdad y optimiza el mérito a través de una medida discriminatoria a pesar de que existen otras formas de satisfacer este principio sin afectar el derecho a la igualdad (sección 1.2).

5. En la siguiente sección indicaré que existe una tercera etapa de la jurisprudencia constitucional que fue fundada en la sentencia C-034 de 2015. En esa sentencia, la Corte introdujo una nueva conceptualización concreta y limitada a la regla general de prohibición de concursos cerrados establecida en el precedente del año 2002.

Esta opera cuando se trata de concursos de ascenso parcialmente cerrados y condicionados dentro una entidad específica, como la Fiscalía General de la Nación.

Desde luego, como lo advirtió la propia Sala Plena, esas singularidades no desvirtúan o dejan sin vigencia la regla general del precedente establecido desde el año 2002. Por el contrario, esas excepciones concurren con la regla general que ordena la apertura completa de los concursos de ascenso dentro de la carrera administrativa (sección 1.3).

6. Finalmente, especificaré los fundamentos y las subreglas constitucionales vigentes. En mi criterio, estas reglas integraban el parámetro de control de constitucionalidad del mandato general de concursos de ascenso parcialmente cerrados dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 que debió ser aplicado por la sala plena de la Corte Constitucional (sección 1.4).

1.1. Primera etapa jurisprudencial. La colisión entre el mérito y la igualdad: la legitimidad constitucional de los concursos de ascenso tanto abiertos como total o parcialmente cerrados 7.

La primera etapa de la jurisprudencia constitucional sobre los concursos de ascenso está conformada por las sentencias C-011 de 1996, C-063 de 1997, C-045 de 1998, C-110 de 1999 y C-486 de 2000. En todas estas, el tribunal se refirió a la validez constitucional de diferentes normas que han regulado los concursos de méritos para el ascenso dentro de la carrera administrativa.

8. En primer lugar, en la sentencia C-011 de 1996, la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 46 (parcial) y 48 del Decreto 3492 de 1986. Estas normas establecían un concurso cerrado de ascenso para la provisión de los empleos de carrera en la Registraduría Nacional del Estado Civil. La Sala Plena estableció que el principio del mérito se debía entender como el “presupuesto indispensable para ingresar y ascender dentro de la carrera administrativa” [163] .

9. En esa oportunidad, el tribunal concluyó que el concurso cerrado de ascenso aseguraba los principios rectores de la eficiencia del servicio público, la igualdad de oportunidades para acceder a los cargos públicos y la estabilidad en el empleo. Asimismo, la Corte indicó que:

“(…) la prelación de los funcionarios de carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil frente a otros servidores, contemplada en el artículo 46 del Decreto Ley 3492 de 1986 acusado, se encuentra ajustada a los postulados de la Carta Política pues, como lo ha manifestado la Corporación, son las (...) personas vinculadas a la Carrera Administrativa, titulares por ello de unos derechos adquiridos que merecen el respeto y la prioritaria atención de las autoridades nacionales que tienen a su cargo la ejecución de los mandatos legales en referencia” [164] . (subrayado fuera de texto) 10.

En segundo lugar, la sentencia C-063 de 1997 decidió la constitucionalidad del inciso 2 del artículo 123 de la Ley 106 de 1993. Esta norma establecía un concurso abierto de ingreso y ascenso para todos los cargos de la Contraloría General de la República. Al respecto, la Corte hizo dos precisiones. Por una parte, el tribunal indicó que el concurso abierto potenciaba la igualdad de oportunidades y mejoraba la calidad de los servidores públicos. Por otra parte, la Sala Plena aclaró que el legislador gozaba de una amplia libertad de configuración para determinar los requisitos y límites de la carrera administrativa. Según la Corte, el Congreso tenía discrecionalidad para establecer concursos tanto abiertos como cerrados para el ascenso:

“La Corte recuerda además que en ámbitos en donde el Legislador dispone de amplia libertad de configuración política, como se señaló anteriormente es el caso que se estudia, el control de constitucionalidad se hace más flexible con el fin de no contrariar la libre acción del Legislador.

Así pues, no es asunto del juez constitucional examinar si el Legislador dictó una regulación conveniente o injusta, siempre y cuando se respeten los límites constitucionales extremos. En tales eventos, el juicio de igualdad debe ser menos estricto y, por ende, son legítimas todas aquellas diferenciaciones que se adecúan razonablemente a la finalidad permitida, esto es, no prohibida por la Constitución” [165] .

11. Posteriormente, en la sentencia C-045 de 1998, la Sala Plena decidió la inconstitucionalidad parcial del artículo 11 de la Ley 344 de 1996. Esta disposición habilitaba la realización de un concurso cerrado a favor de los profesores y las profesoras que antes

de la expedición de la Ley General de Educación habían suscrito un contrato de prestación de servicios con un ente territorial. La Corte decidió que este precepto era contrario a la Constitución porque no se encontraba justificado en la protección de ningún principio o derecho constitucional.

12. El tribunal destacó que, por ejemplo, en el caso de los concursos cerrados de ascenso, el objetivo del legislador era propender por la protección de la estabilidad y el mérito en la carrera administrativa de quienes ya estaban vinculados a la misma. Sin embargo, esta última no era la situación de quienes simplemente habían suscrito contratos de prestación de servicios. De manera que la Ley 344 de 1996 no había establecido un concurso cerrado de ascenso a favor de personas ya vinculadas a la carrera sino un concurso cerrado de ingreso que beneficiaba a los profesores que habían suscrito contratos de prestación de servicios.

13. Sobre el concurso cerrado como un mecanismo constitucionalmente legítimo para regular el ascenso dentro del régimen de carrera, la Corte indicó que era válido que, dentro de ciertos límites, el legislador organizara "concursos que tengan por objeto permitir ascensos dentro de la carrera, y en los que participen sólo quienes estén en ella, como una forma de dar efectividad al derecho a la estabilidad de quienes, vinculados con la administración, deseen ascender: concursos para ascensos" [166] . Con base en esta premisa y, dado que los profesores contratados mediante la modalidad de prestación de servicios no se encontraban dentro de la carrera, la Corte declaró inconstitucional el artículo 11 de la Ley 344 de 1996.

14. En cuarto lugar, la sentencia C-110 de 1999 declaró la constitucionalidad del artículo 140 (parcial) de la Ley 201 de 1995. Esta norma estableció un concurso abierto para el ingreso y un concurso cerrado para la promoción dentro de la Procuraduría General de la Nación. La Corte avaló el concurso cerrado de ascenso con base en tres fundamentos.

15. En primer término, el tribunal indicó que el concurso cerrado protegía de manera preferente las expectativas de promoción de los servidores ya escalafonados. Adicionalmente, para la Sala Plena, esta forma de concurso cerrado aseguraba la efectividad del derecho constitucional de ascender por mérito. Finalmente, la Corte argumentó que, en contraste con el concurso abierto para ingresar a la función pública, el concurso cerrado de ascenso resultaba razonable y proporcional a las finalidades constitucionales que se perseguían con la carrera administrativa.

16. El tribunal también señaló que la configuración de un concurso de ascenso cerrado no excluía de manera absoluta el derecho de los no escalafonados dentro de la Procuraduría a participar en una futura prueba que fuera abierta. En esa decisión, la Corte Constitucional sostuvo que la creación de concursos cerrados para el ascenso era solo una posibilidad que:

"(…) en modo alguno implica que siempre tenga que acudirse a éste cuando se trata de ascender funcionarios, porque la administración puede, por razones del buen servicio administrativo, determinar que en este caso se haga un concurso mixto en el cual tengan cabida tanto los funcionarios que ya vienen prestando sus servicios a la entidad y que desean ascender en el escalafón, como las personas ajenas a ésta" [167] .

17. Por último, en la sentencia C-486 de 2000, la Corte declaró constitucional el artículo 15 de la Ley 443 de 1998. Esta norma limitaba el ascenso en los cargos de la carrera solamente a los empleados que ya la integraban dentro de cualquier entidad administrativa.

18. La Corte reiteró que el ascenso dentro de la carrera era legítimo tanto si ocurría mediante un concurso cerrado como mediante un concurso mixto . Para la Sala Plena, los concursos de ascenso mixtos propiciaban que dentro de las entidades fueran llamadas a concurrir las personas vinculadas o no a la carrera o que aspirantes de varias entidades participaran a pesar de que fueran externos a aquella que organizaba el concurso. La Corte reiteró que las pruebas de ingreso debían ser siempre abiertas, mientras que:

"No ocurre lo mismo en lo relativo al ascenso, que, como la palabra lo indica, busca seleccionar para un rango superior a quien, ya estando incorporado, muestre de manera comprobada méritos suficientes para subir en la escala jerárquica del organismo al que pertenece o en otros de la Administración, imponiéndose por sus calidades, aptitudes y preparación sobre otros aspirantes también incorporados al servicio dentro de la institución o grupo de instituciones de que se trate. Por tanto, el concurso, para ascender en la jerarquía de la carrera, se produce, ya no con carácter abierto sino cerrado -es decir, comprende sólo a quienes, estando en niveles inferiores, en la organización del ente respectivo, pretenden acceder a puestos de grado superior-, o mixto, propiciando que en ciertas entidades u organismos sean llamadas a concurso personas no vinculadas a la carrera, junto con las que ya lo están, o

permitiendo a aspirantes de varias entidades que puedan participar, bajo ciertas condiciones, aun tratándose de servidores externos a la entidad" [168] .

(subrayado fuera de texto) 19. Considero que la jurisprudencia constitucional que se consolidó con estas cinco sentencias proferidas entre los años 1996 y 2000 avaló la constitucionalidad tanto de los concursos abiertos como de los concursos cerrados de ascenso. En estos últimos, se limitaba la participación a los integrantes de la carrera administrativa. El fundamento constitucional común a esa línea jurisprudencial se sintetiza en cinco premisas.

20. Por una parte, la Corte sostuvo invariablemente que la regulación de los concursos de méritos dentro de la carrera administrativa le correspondía al Congreso de la República. Además, el tribunal enfatizó en el amplio margen de configuración del que era titular el legislador en relación con esta materia.

21. La segunda premisa que se derivaba de esa jurisprudencia inicial era que el legislador podía establecer concursos cerrados de ascenso. Esta modalidad era un medio legítimo para reconocer la experiencia y ofrecer un estímulo a quienes ya pertenecían a la carrera administrativa. El tercer supuesto aludía al hecho de que el concurso cerrado protegía de manera preferente las expectativas de ascenso y los derechos adquiridos de los trabajadores ya escalafonados. El cuarto fundamento indicaba que los concursos cerrados contribuían a la estabilidad de la función pública y reconocían los esfuerzos tanto de las entidades como de las personas por cualificar su formación profesional.

22. El quinto pilar de esa etapa jurisprudencial indicaba que los concursos abiertos de ascenso también eran plausibles constitucionalmente. Ahora bien, según la Corte, los concursos abiertos privilegiaban la igualdad de oportunidades para el ingreso, pero no constituían un estímulo que premiara la experiencia u optimizara adecuadamente el mérito.

La Corte también se refirió a esta modalidad como concursos mixtos de ascenso porque permitían la participación en la provisión de empleos tanto de los servidores públicos escalafonados como de las personas que no habían ingresado a la carrera.

23. En mi criterio, eso significa que la jurisprudencia constitucional de esta primera etapa se basaba en un conflicto entre los principios del mérito y la igualdad. Tal colisión se resolvía a favor de la mayor optimización del principio del mérito en relación con el principio de igualdad. Bajo ese marco, el concurso cerrado de ascenso era una opción constitucionalmente válida porque reconocía el mérito de quienes ya se encontraban vinculados a la carrera administrativa a pesar de que sacrificaba relativamente el derecho a la igualdad de todas las personas interesadas en acceder a los cargos públicos. Asimismo, esa jurisprudencia avalaba los concursos abiertos de ascenso porque estos satisfacían tanto el mandato derivado del principio del mérito (estimular y reconocer a quienes ya se encontraban en la carrera) como el mandato derivado del principio de igualdad (lograr el más amplio acceso de las personas a los cargos públicos de carrera).

Ahora bien, la Corte establecía que esta forma abierta de concurso finalmente privilegiaba el principio de igualdad y dejaba fuera algunos elementos del principio del mérito. De allí la preferencia por los concursos de ascenso cerrados (tabla 1).

Tabla 1 . Relación entre el mérito y la igualdad en la jurisprudencia constitucional sobre concursos de ascenso (1996-2000) Validez constitucional Optimización del principio del mérito Optimización del principio de igualdad Otros valores o principios optimizados Abierto (mixto) Sí Aceptable Alta Ninguno Cerrado Sí (preferencia) Alta Media Estabilidad, eficiencia, estímulo, cumplimiento, experiencia y derechos adquiridos 24.

Entiendo que la jurisprudencia constitucional de esa primera etapa estableció las siguientes seis subreglas en relación con los concursos de ascenso: i) era constitucionalmente legítimo realizar concursos de ascenso tanto abiertos como cerrados; ii) el grado en que cada concurso debía ser abierto o cerrado correspondía a la apreciación del legislador; iii) los concursos cerrados aseguraban los principios rectores de la estabilidad en el empleo público, la eficiencia del servicio público, el mérito y la igualdad de oportunidades; iv) el mérito era el principio fundante de la carrera administrativa;

v) los concursos cerrados protegían las expectativas de ascenso y los derechos adquiridos del personal que ya pertenecía al sector público y vi) los concursos abiertos de ascenso eran una posibilidad constitucional que privilegiaba la igualdad pero omitía algunos de los elementos del principio del mérito.

1.2. Segunda etapa jurisprudencial. El equilibrio entre la igualdad y el mérito: el mandato constitucional de los concursos de ascenso abiertos 25.

La jurisprudencia constitucional sobre los concursos de ascenso varió completamente en el año 2002. El cambio explícito del precedente constitucional ocurrió mediante la sentencia C-266 de 2002. En esa oportunidad, la Corte enjuició la constitucionalidad del artículo 192.2 del Decreto 262 de 2000. Esa norma establecía un concurso cerrado de ascenso dentro de la Procuraduría General de la Nación. La Sala Plena de la Corte concluyó que la jurisprudencia anterior -que admitía la constitucionalidad de los concursos cerrados para el ascenso en la carrera- era contraria a los artículos 13, 41, 125 y 209 de la Constitución. Sobre la modificación del precedente, la Corte señaló que:

“La Corte comparte con la línea jurisprudencial antes referida que, de conformidad con la Constitución y en particular con los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, no debe haber exclusión de ciudadanos en la provisión de empleos en los órganos y entidades del Estado.

Pero considera que la conclusión que se desprende de esa premisa es que no puede haber concursos cerrados, ni en el ingreso a los cargos de carrera ni en el ascenso a los mismos. Los concursos cerrados están proscritos en los cargos de carrera del Estado ” [169] .

(negrita fuera de texto) 26. Me parece que esa modificación expresa del precedente constitucional se basó en las siguientes dos razones [170] . Por una parte, la Corte estableció que el artículo 125 de la Constitución ordenaba que, salvo las excepciones constitucionales y legales, los empleos en todas las entidades del Estado fueran de carrera y nombrados mediante un concurso público. Por lo tanto, la Sala Plena señaló que la Constitución no distinguía entre el ingreso a la carrera y el ascenso dentro de esta. Ambos procesos debían utilizar concursos de méritos abiertos e igualitarios [171] .

27. Asimismo, la Corte indicó que el concurso cerrado de ascenso desconocía los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y de acceso a los cargos públicos. El tribunal aseguró que la jurisprudencia constitucional previa (1996-2000) había incurrido en una omisión porque no había analizado si la exclusión en los concursos de ascenso de las personas no inscritas en la carrera administrativa “es razonable y proporcionada o por el contrario viola la igualdad de oportunidades y representa una limitación innecesaria del derecho político a acceder a cargos públicos” [172] . Para la Corte, la primera etapa de la jurisprudencia constitucional se enfocaba en reconocer a los inscritos en la carrera “su experiencia, cumplimiento, eficiencia y méritos en el desempeño” [173] pero dejaba fuera todo análisis sobre el impacto de esas medidas en el derecho a la igualdad.

28. Bajo esa premisa, en la sentencia C-266 de 2002, la Corte consideró necesario realizar un juicio de igualdad para evaluar la legitimidad constitucional de los concursos de ascenso cerrados. El tribunal encontró que el concurso cerrado podía estimular y reconocer la experiencia de los inscritos en la carrera. Sin embargo, la Corte señaló que existían otros medios idóneos para reconocer el mérito y lograr esos mismos objetivos que eran menos lesivos para los derechos fundamentales de terceros con iguales calidades que los servidores ya escalafonados:

“(…) aunque el mecanismo del concurso cerrado resultase adecuado para alcanzar los fines de estimular a los inscritos en la carrera de la Procuraduría y reconocerles su cumplimiento, eficiencia y experiencia en el desempeño de cargos en la entidad, lo cierto es que el concurso cerrado de ascenso (…) es innecesario , ya que existen otros medios menos lesivos de los derechos fundamentales de terceros (…) y más adecuados para asegurar no sólo los fines de la norma sino también otros igualmente importantes como son la buena calidad de la función pública y la igualdad en el acceso y el ejercicio de la función pública ” [174] . (negrita fuera de texto) 29.

Como alternativas para promocionar y estimular a quienes ya pertenecían a la carrera administrativa, la Corte aceptó, inter alia , la aplicación de criterios de desempate que favorecieran a los funcionarios de carrera. Desde luego, los parámetros para resolver empates solo podían ser aplicados después de realizar un concurso abierto e igualitario. La jurisprudencia estableció que el límite de las medidas a favor de quienes ya se encuentran dentro de la carrera es que estas no pueden obstaculizar el acceso igualitario a los cargos públicos o crear privilegios injustificados:

“En efecto, nada impide que en el diseño del concurso se diseñen y adopten otros medios como, por ejemplo, el otorgamiento de puntos a los inscritos en la carrera y el ascenso del escalafonado y no del externo en caso de empate, con miras a estimular a los

servidores de carrera y valorar su desempeño y su experiencia en la entidad, siempre que dichos medios no establezcan ventajas que en la práctica equivalgan a una barrera de entrada para los ciudadanos ajenos a la entidad ni represente un privilegio contrario al sistema de mérito en la provisión de cargos que protege la igualdad de oportunidades ” [175] .

(negrita fuera de texto) 30. Como he demostrado, el cambio de precedente ocurrido en el año 2002 se opuso directamente a varios de los elementos que integraban la jurisprudencia constitucional de la primera etapa.

Además de los aspectos que se han mencionado, la Corte Constitucional abandonó la tesis de que los funcionarios públicos tienen un derecho adquirido al ascenso, merecen privilegios o de que requieren una especie de acción afirmativa para su promoción profesional.

31. Este nuevo precedente constitucional fundado por la sentencia C-266 de 2002 fue reiterado en las sentencias C-1079 de 2002, C-1262 de 2005 y C-1263 de 2005. Además, la prohibición de distinción entre concursos de ingreso y de ascenso y el mandato de trato igualitario en los procesos de selección han sido reiterados en las sentencias C-097 de 2019 y C-093 de 2020.

32. En la sentencia C-1079 de 2002 se resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 115 del Decreto 261 de 2000 que modificó la estructura de la Fiscalía General de la Nación. Esta norma establecía que el ascenso se realizaría mediante un concurso de méritos en el que solo participarían los funcionarios o empleados inscritos en la carrera. Los demandantes señalaron que se trataba de un concurso de ascenso cerrado que era contrario a la jurisprudencia constitucional establecida desde 2002.

33. Sin embargo, la Corte declaró la constitucionalidad de la norma demandada porque encontró que el artículo 108 del mismo Decreto 261 de 2000 ordenaba que todo proceso de selección se realizara mediante un concurso de méritos público y abierto en el que podían participar tanto quienes pertenecieran a la carrera como las personas ajenas a ella. La Corte indicó que el texto de la disposición objeto de la demanda (artículo 115 del Decreto 261 de 2000) -que establecía que en los concursos solo participarían los funcionarios de carrera- se debía interpretar sistemáticamente con la definición general incluida en el artículo 108 que ordenaba que todos los concursos fueran abiertos.

34. En esa sentencia, la Corte afirmó que, cuando los concursos abiertos son igualitarios y no incluyen desequilibrios a favor de quienes ya pertenecen a una entidad o a la carrera, estos constituyen “(…) una forma de concurso público y abierto que en nada contradice los principios y garantías constitucionales que se ocupan de fijar las bases en cuyo contexto han de desarrollarse los regímenes de carrera en el servicio público [176] . Por el contrario, “los concursos cerrados en cualquier fase de la carrera violan los fundamentos constitucionales de dicho régimen contenidos en el artículo 125 Superior, y los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos” [177] .

35. En la misma sentencia C-1079 de 2002, la Corte también indicó que, en virtud de la prohibición de concursos de ascenso cerrados, la norma objeto de la demanda habría sido declarada inconstitucional si no existiera el mandato de concursos abiertos del artículo 108 del Decreto 261 de 2000. De manera que la decisión de invalidez no fue adoptada porque el propio Decreto 261 de 2000 había ordenado que tanto los concursos de ingreso como los de ascenso fueran abiertos:

“Obviamente que si la conclusión a la que hubiere arribado la Corte fuera la contraria; es decir, la de entender que no existen principios regulatorios del régimen de carrera en la Fiscalía que garanticen en todas sus fases la operancia de los concursos abiertos, y que por intermedio de la norma acusada se está consagrando una modalidad de concurso cerrado, la decisión habría coincidido con la acusación de la demanda y con el concepto de la Agencia Fiscal: la declaratoria de inexequibilidad del artículo acusado, pues como ha quedado suficientemente explicado, los concursos cerrados en cualquier fase de la carrera viola los fundamentos constitucionales de dicho régimen contenidos en el artículo 125 Superior, y los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, también consagrados en los artículos 13 y 40-7 de la Constitución Política ” [178] . (negrita fuera de texto) 36.

Posteriormente, la sentencia C-1262 de 2005 reiteró el precedente del año 2002. En esa oportunidad, la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 36.2 del Decreto 765 de 2005. La norma establecía que, en el concurso de ascenso de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a los participantes que ya fueran servidores de esa entidad, se les reconocería “su experiencia específica, eficiencia, cumplimiento y mérito en el desempeño de otros empleos de carrera dentro de la Entidad, y la

acreditación de sus competencias laborales". La Sala Plena concluyó que dicho mandato resultaba contrario a la Constitución porque concedía un privilegio injustificado a favor de las personas que ya integraban la carrera administrativa.

37. Según la Corte, la norma vulneraba el principio de igualdad y desconocía el mérito como fundamento sustancial para acceder a la función pública. La Corte se basó en dos fundamentos. Por una parte, el tribunal estableció que las reglas del concurso impedían que a los aspirantes que no pertenecían a la carrera administrativa, pero que trabajaban dentro de la DIAN, les fueran evaluadas la experiencia específica, la eficiencia y el nivel de cumplimiento. El tribunal estableció que "de entrada se rompe con la igualdad de condiciones para concursar, pues quienes no están inscritos en la carrera de la DIAN, incluso si sus méritos llegaren a ser superiores a los de quienes si lo están, carecen de la posibilidad cierta de ser evaluados en los ítems referidos" [179] .

38. En segundo lugar, la Sala Plena indicó que la norma creaba un concurso cerrado que impedía el acceso a los cargos de carrera al personal externo a la DIAN. Esto, en la medida en que "un aspirante no inscrito –en la carrera administrativa– no encuentra en el concurso de ascenso el mecanismo legal para ingresar a la carrera de la DIAN, y por demás, se da prioridad para la provisión de los cargos, justamente al mecanismo mediante el que éste no puede ingresar (…) Para la Corte es claro que con ello se establece una distinción inconstitucional entre la regulación para el ascenso y la regulación para el ingreso a la carrera de la entidad mencionada, en donde resulta más restrictiva la modalidad de ingreso" [180] .

39. El precedente del año 2002 también fue reiterado en la sentencia C-1263 de 2005 . En esa decisión, la Corte declaró inconstitucional el numeral 4.3 del artículo 17 del Decreto 790 de 2005. Esta norma incluía la experiencia específica comprobada y la evaluación del desempeño laboral como criterios de ponderación en los procesos de ascenso dentro de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil. La Corte encontró que se vulneraba el principio de igualdad al incorporar tales aspectos a la evaluación del concurso porque esto constituía una ventaja a favor de quienes estaban inscritos en la carrera en relación con las personas que concursaban sin pertenecer a esta [181] . En la sentencia C-1263 de 2005, la Corte indicó con claridad que:

"(…) el criterio fijado por la Corte a partir de la sentencia C-266 de 2000, conduce a la imposibilidad de las entidades estatales de convocar a un concurso cerrado de méritos , así se trate de un concurso de ascenso (salvo algunas excepciones) , pues si bien, la idea del ascenso es estimular a los servidores de carrera, dichos estímulos no pueden constituirse en un privilegio para quienes están dentro del escalafón y una desventaja para los ciudadanos ajenos al mismo" [182] . (negrita fuera de texto) 40.

Como he mostrado, en estas sentencias la Corte indicó que, bajo el precedente fundando en 2002, el mérito adquirió una nueva forma de comprensión compatible con el principio de igualdad que no aparecía en el primer periodo de la jurisprudencia. Mientras que en la primera etapa el mérito implicaba un trato especial a los funcionarios de la carrera, bajo la jurisprudencia vigente, el mérito se garantiza con la plena igualdad de trato.

Asimismo, la primera etapa de la jurisprudencia permitía distinguir entre concursos de ingreso (siempre abiertos) y concursos de ascenso (abiertos o cerrados) mientras que la jurisprudencia proferida desde 2002 prohíbe establecer distinciones entre concursos que no fueron diferenciados por la Constitución. Como ya advertí, ese mandato de igualdad y esa prohibición de distinción entre modalidades de concursos fueron reiteradas en las sentencias C-097 de 2019 y C-093 de 2020.

41. En la sentencia C-097 de 2019, la Corte declaró inconstitucional el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994. Esta norma prohibía que una persona que no aprobara un concurso dentro del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario se presentara -dentro del año siguiente- a otra prueba en esa misma entidad. La Corte indicó que esa prohibición era contraria al derecho a la igualdad establecido en la Constitución como un derecho fundamental y como un principio de la función administrativa. Sobre el contenido de la igualdad en los procesos de selección, la Sala Plena reiteró que este "se proyecta en dos dimensiones concretas, por una parte, implica la libre concurrencia en los concursos de méritos, prohibiéndose toda forma de discriminación y, por otra, implica el deber de las autoridades de proporcionar el mismo trato a todos los concursantes en las diversas etapas del proceso de selección" [183] .

42. Finalmente, en la sentencia C-093 de 2020, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 183.2 de la Ley 1801 de 2016. Esa norma estableció la prohibición de nombramiento o ascenso en un cargo público como consecuencia del no pago de las multas dentro de los seis meses siguientes a la fecha de imposición de estas. Al referirse al margen de configuración del legislador sobre los empleos públicos de carrera, la Sala Plena reiteró los siguientes límites:

“(…) a) no hay lugar a distinguir entre modalidades de concursos para el acceso o ingreso a la carrera y modalidades de concursos para ascenso, pues el artículo 125 constitucional no establece dicha distinción ;

b) el fundamento sustancial para la provisión de cargos de carrera (ingreso o ascenso) es el mérito, que prohíbe incluir dentro de los parámetros de selección de personal criterios diferentes a aquellos que pretendan medirlo objetivamente y; c) el reconocimiento de factores que sólo sean aplicables a unos concursantes y a otros no, como criterio de selección en los concursos, resulta desproporcionado incluso frente al derecho al reconocimiento e incentivo laboral a que tienen todos derecho los trabajadores” [184] .

(negrita fuera de texto) 43. Con todo, reconozco que en el año 2015 el tribunal avaló la constitucionalidad de un concurso de méritos parcialmente cerrado y condicionado dentro de la Fiscalía General de la Nación. De manera que, desde ese año, la prohibición constitucional de concursos completamente cerrados vigente desde 2002 concurre con la nueva conceptualización introducida por la sentencia C-034 de 2015.

1.3. Excepciones específicas y condicionadas al mandato constitucional de concursos de ascenso abiertos. El concurso de ascenso parcialmente cerrado en la Fiscalía General de la Nación 44.

En la sentencia C-034 de 2015, la Corte Constitucional enjuició la constitucionalidad de un concurso de ascenso parcialmente cerrado y condicionado dentro de la Fiscalía General de la Nación.

En la decisión de 2015, la Corte declaró la constitucionalidad de los artículos 24, 25 y 26 (parcial) del Decreto Ley 020 de 2014. Según esas reglas, se debía convocar a un concurso de ascenso (parcialmente cerrado) hasta el treinta por ciento de las vacantes a proveer cuando: i) la vacante pertenezca a una misma planta de personal y a los niveles profesional y técnico; ii) existan servidores públicos en el grado salarial inferior que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso y iii) el número de los servidores en carrera sea igual superior al número de empleos a proveer. El setenta por ciento restante de las vacantes debía ser provisto a través de un concurso abierto.

45. Para evaluar la constitucionalidad de esas normas, la Sala Plena retomó un elemento propio del precedente que se encontraba vigente antes del año 2002. En efecto, la Corte enfatizó en el margen de discrecionalidad del legislador para configurar los concursos de ingreso y ascenso a la carrera administrativa. La Corte señaló que le correspondía al legislador:

“(…) determinar el régimen jurídico conveniente, indicando que el sistema de nombramiento, las condiciones y requisitos para determinar los méritos y calidades de los aspirantes y los motivos de retiro del servicio oficial, cuenta con un amplio margen de configuración dentro de los límites con los que cuenta la carrera como un principio dentro del ordenamiento superior y el marco constitucional establecido para desarrollar el criterio que ha sido desarrollado también por la jurisprudencia constitucional” [185] .

46. La Corte aclaró que la creación de concursos completamente cerrados es contraria a la Constitución. Sin embargo, la Sala Plena indicó que la jurisprudencia constitucional había avalado los concursos de ascenso de carácter mixto. Ahora bien, en esta ocasión, la Corte entendió que los concursos mixtos no eran aquellos en los que participaban funcionarios de carrera y funcionarios ajenos a esta en igualdad de condiciones, sino aquellos concursos en los que existe alguna participación (por mínima que esta sea) de funcionarios ajenos a la carrera. Este era el caso de la norma cuya constitucionalidad se controló en esa oportunidad. En efecto, esta permitía que el setenta por ciento de los cargos fueran ofrecidos a través de un concurso abierto mientras que reservaba el treinta por ciento de los cargos para la asignación exclusiva a los funcionarios de carrera dentro de la misma entidad.

47. Este criterio entraba en evidente contradicción con los parámetros fijados invariablemente por las sentencias C-266 de 2002, C-1079 de 2002, C-1262 de 2005 y C-1263 de 2005. Sin embargo, la Corte consideró que esta forma de concurso parcialmente cerrado era un medio excepcional para seleccionar a los funcionarios con mayor mérito dentro de entidades específicas, como la Fiscalía General de la Nación:

“(…) Si bien la jurisprudencia ha excluido la posibilidad de que existan concursos completamente cerrados, es decir, aquellos en los cuales solamente puedan participar funcionarios de carrera, y ese sigue un criterio vigente de la Corporación , también es claro que la Corte no ha considerado contrario a la Carta que en la carrera se tenga en cuenta la experiencia de los empleados de la entidad para valorar el mérito, ni que, para efectos de estimular el ascenso y la permanencia, se asigne un porcentaje de algunos

cargos para funcionarios que hayan ingresado a la entidad pública a través de un concurso de méritos ” [186] . (negrita y subrayado fuera de texto) 48.

De manera que la Corte decidió que existía una prohibición vigente de concursos completamente cerrados. Sin embargo, el tribunal consideró que podían existir concursos parcialmente cerrados:

i) cuando estos son condicionados y ii) se refieren específicamente a una entidad pública. Nuevamente, la Corte respaldó su decisión en algunos argumentos propios del precedente que se encontraba vigente antes del año 2002.

49. En efecto, la Corte señaló que la experiencia funcionaba como un criterio objetivo que buscaba la selección de los mejores aspirantes. Además, para la Corte, esta forma de concursos parcialmente cerrados constituía un reconocimiento a la experiencia, valoraba la permanencia y concedía estabilidad a los servidores públicos. Finalmente, la Sala Plena indicó que este diseño de los concursos protegía la inversión de las entidades en la capacitación de sus funcionarios. Concretamente, aseveró que:

“(…) la capacitación es uno de los aspectos esenciales en el mejoramiento de la calidad de los servicios prestados en las entidades públicas y resulta esencial para garantizar la eficacia en el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, este gran esfuerzo quedaría estéril si los servidores públicos de carrera más eficientes no están suficientemente motivados para permanecer y ascender en la entidad pública a la cual ingresaron. Por lo anterior, reservar un porcentaje razonable de cargos para ser asignados por concurso al interior de la entidad pública permite garantizar un mejoramiento continuado del correcto funcionamiento de la administración pública” [187] .

(negrita fuera de texto) 50. La Corte advirtió expresamente que la sentencia C-034 de 2015 no cambiaba completamente el precedente establecido en el año 2002. Por el contrario, el tribunal conservó la regla general de prohibición de concursos completamente cerrados. Como la propia Sala Pena aclaró en esa sentencia, la prohibición general de concursos cerrados se mantiene como un “criterio vigente de la corporación” [188] .

51. Sin embargo, se introdujo una nueva conceptualización de su jurisprudencia mediante la cual aceptó una configuración especial del concurso de ascenso parcialmente cerrado, condicionado y para la Fiscalía General de la Nación. De manera que la regla general vigente desde 2002 es el mandato constitucional de concursos de ascenso abiertos e igualitarios, pero esta concurre desde 2015 con la posibilidad de crear concursos parcialmente cerrados de ascenso cuando se satisfacen ciertas condiciones y dentro de entidades específicas.

1.4. Parámetro de constitucionalidad: fundamentos y subreglas del precedente constitucional vigente sobre los concursos de ascenso 52. En mi criterio, la jurisprudencia constitucional proferida desde el cambio de precedente en el año 2002 permite inferir que la Corte Constitucional se ha basado en seis premisas para declarar la inconstitucionalidad de los concursos cerrados de ascenso. El primer fundamento se refiere a la primacía del principio de igualdad como mecanismo para garantizar el derecho de acceso a los cargos públicos de carrera. En segundo lugar, la Corte ha establecido que los concursos cerrados constituyen un trato privilegiado injustificado para los empleados del Estado que es contrario tanto al derecho a la igualdad como al principio del mérito.

53. En tercer lugar, a pesar de algunas referencias argumentativas a la jurisprudencia previa al año 2002, la Corte mantuvo la tesis de que el concurso cerrado es una medida desproporcionada para acceder a los cargos públicos. Por el contrario, el tribunal indicó que otras medidas (i.e. conceder un puntaje adicional para quienes ya están vinculados a la carrera administrativa) resultan menos lesivas del derecho a la igualdad de los participantes que no integran la carrera [189] .

54. Entiendo que la cuarta premisa de esta etapa jurisprudencial indica que los procesos de evaluación que solo admiten a quienes ya integran la carrera administrativa derivan en una ventaja injustificada para ese grupo de personas. Por esa razón, el quinto fundamento central de la jurisprudencia constitucional vigente es que no es aceptable crear concursos excluyentes o reservados a quienes ya integran la carrera administrativa. La Corte considera admisible que se fijen criterios de desempate a favor de los servidores públicos ya escalafonados, pero no que se les incluya como los únicos participantes del proceso de selección.

55. En virtud de contenido de estos cinco fundamentos se infiere que la regla general vigente desde 2002 establece un mandato constitucional de concursos de ascenso abiertos e igualitarios. Sin embargo, esta concurre desde 2015 con la sexta premisa. Esta se

refiere a la posibilidad de crear concursos parcialmente cerrados de ascenso cuando se satisfacen ciertas condiciones y estos operan solamente dentro de entidades específicas.

56. Eso significa que, bajo el precedente constitucional fundado en 2002, el principio de igualdad y el principio del mérito no entran en colisión cuando se establecen concursos de ascenso abiertos. Por el contrario, los dos principios se optimizan adecuadamente porque se garantizan todas las dimensiones del principio de igualdad (acceso amplio y concursos igualitarios) y se confiere eficacia a los mandatos que derivan del mérito (provisión de los cargos por orden de puntaje). Además, los factores que jugaban a favor de los concursos cerrados (i.e. principios de estabilidad, eficacia, permanencia) ahora fundamentan la existencia de criterios de desempate a favor de quienes ya pertenecen a la carrera y han concursado por un determinado empleo (tabla 2).

Tabla 2 . Relación entre el mérito y la igualdad en la jurisprudencia constitucional sobre concursos de ascenso (2002-actualidad) Validez constitucional Optimización del principio del mérito Optimización del principio de igualdad Otros elementos del precedente Abierto (mixto) Sí Alta Alta Los concursos abiertos optimizan la estabilidad, eficiencia, estímulo, cumplimiento, experiencia y derechos adquiridos cuando se usan como criterios de desempate Completamente Cerrados Solo para regímenes especiales Baja Baja Los concursos cerrados son desproporcionados, discriminatorios y crean privilegios injustificados Parcialmente cerrados Solo para entidades específicas Media Baja Cuando son condicionados y no desvirtúan el mandato general de concursos abiertos 57.

En conclusión, considero que las seis subreglas constitucionales fijadas en la jurisprudencia actualmente vigente de la Corte Constitucional son las siguientes: i) es inconstitucional establecer un mandato o regla general de concursos de ascenso total o parcialmente cerrados; ii) el legislador tiene la competencia para regular los concursos abiertos siempre que no vulnere los principios de igualdad y del mérito; iii) el principio de igualdad es central en el diseño de toda la carrera administrativa; iv) el mérito exige una evaluación objetiva e igual para todos los participantes dentro de un concurso de ascenso; v) los concursos abiertos satisfacen el principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos tanto para los servidores de carrera como para las personas ajenas a esta y, al mismo tiempo, garantizan la permanencia y estabilidad de los empleados ya escalafonados y vi) excepcionalmente se pueden establecer concursos de ascenso parcialmente cerrados cuando estos sean condicionados y se trate de entidades específicas (i.e. Fiscalía General de la Nación).

58. Me parece que estas subreglas integraban el parámetro de control de constitucionalidad que se debió aplicar al mandato general de concursos de ascenso parcialmente cerrados dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019. Además de lo anterior, quiero hacer referencia al estándar sobre el derecho a la igualdad en el acceso y ascenso a los cargos públicos que deriva tanto del derecho internacional de los derechos humanos en el Sistema Universal de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) como de la jurisprudencia específica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). Considero que estos resultaban muy relevantes para el examen de la validez de la norma objeto de este proceso.

2. La igualdad en el acceso y ascenso al empleo público como obligación general establecida en el derecho internacional de los derechos humanos 59.

Estimo que el derecho internacional de los derechos humanos establece una obligación general de igualdad en el acceso y promoción dentro de los cargos públicos. La fuente de ese deber internacional se basa tanto en los instrumentos generales de protección de los derechos humanos que se han proferido en el Sistema Universal de la ONU como en el estándar específico que se infiere de la jurisprudencia interamericana sobre la materia. Me referiré a ese conjunto de parámetros internacionales que resultaban pertinentes para declarar la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019.

2.1. El acceso y ascenso igualitario dentro del empleo público en el Sistema Universal de protección de los derechos humanos 60. En materia de igualdad en el ingreso y promoción dentro del empleo público, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) [190] establece que todos los ciudadanos gozarán, sin restricción alguna, del derecho y oportunidad a “tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” [191] .

61. Con el fin de aclarar el alcance de esa disposición, el Comité de Derechos Humanos de la ONU aprobó la Observación General No. 25 de 1996 sobre la participación en los asuntos públicos. En esta Observación, el Comité enfatizó en la prohibición de distinguir “entre los ciudadanos en lo concerniente al goce de esos derechos por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión,

opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" [192] .

Asimismo, en el numeral 4 de la misma Observación General, el Comité reiteró que cualquier limitación al ejercicio del artículo 25 del PIDCP debe corresponder a condiciones objetivas y razonables [193] .

62. Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante Uncac) de 2003 dispuso, entre otras, algunas medidas para mejorar el sector público [194] .

El artículo 7 de la Uncac estableció que cada Estado debe adoptar sistemas de convocatoria para los empleados públicos "basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud [195] .

63. La Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2012 conminó a los Estados parte a incrementar los esfuerzos para fortalecer los sistemas de convocatoria pública. Entre otros principios, resaltó que estos esquemas deben estar basados en la "eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud" [196] .

64. En el mismo sentido, el Consejo Económico y Social de la ONU acordó en el año 2020 una serie de principios para la gobernanza eficaz y el desarrollo sostenible. El principio de no discriminación dispuso que se debe garantizar el ingreso y la promoción en "la función pública en condiciones generales de igualdad, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad o cualquier otra condición" [197] .

65. El propio Consejo Económico y Social de la ONU presentó el Informe del Comité de Expertos en Administración Pública. En este se instó a los Estados a adoptar medidas "para entender y afrontar los factores que fomentan la discriminación y la exclusión en las instituciones públicas sobre la base de la igualdad de oportunidades para que pueda realizarse plenamente el potencial humano" [198] .

66. Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la Resolución 27/24 de 2014 sobre la participación en condiciones de igualdad en la vida política y pública. En la Resolución se reconoció la necesidad de "eliminar los obstáculos en la legislación y en la práctica y facilitar de manera activa la participación plena y efectiva en la vida pública y política" [199] . Asimismo, el Consejo reafirmó la obligación de los Estados de adoptar medidas oportunas a fin de que los ciudadanos gocen del derecho a participar, en condiciones de igualdad, en los asuntos públicos [200] .

67. El Consejo de Derechos Humanos de la ONU también instó a todos los Estados a asegurar a todos los ciudadanos la participación plena, efectiva y en condiciones de igualdad en la vida pública y política. A esos efectos, el Consejo indicó que los Estados debían seguir:

"c) Adoptando todas las medidas necesarias para eliminar leyes, reglamentos y prácticas que, directa o indirectamente, discriminen a los ciudadanos en cuanto a su derecho a participar en los asuntos públicos por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, o en razón de la discapacidad; || d) Adoptando medidas proactivas para eliminar todas las barreras existentes en la legislación y en la práctica que impiden o dificultan a los ciudadanos, en particular las mujeres, las personas pertenecientes a grupos marginados o a minorías y las personas en situaciones de vulnerabilidad, participar plena y efectivamente en la vida pública y política y, entre otras cosas, revisen y revoquen las medidas que restrinjan de manera no razonable el derecho a participar en los asuntos públicos y consideren la posibilidad de adoptar, sobre la base de datos fidedignos relativos a la participación, medidas temporales especiales, incluidos actos legislativos, que apunten a aumentar la participación en todos los aspectos de la vida pública y política de los grupos insuficientemente representados" [201] .

68. Finalmente, los mandatos de la Resolución 27/24 del Consejo de Derechos Humanos fueron reiterados en la Resolución 69/327 del 14 de septiembre de 2015 proferida por la Asamblea General de las Naciones Unidas [202] .

2.2. El estándar interamericano sobre el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos 69. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el contenido del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en

adelante la Convención o CADH) en relación con el principio de igualdad en el acceso y promoción dentro de los cargos públicos.

En concreto, la Corte IDH ha enfrentado este problema en cuatro casos en el contexto de destituciones de jueces. 70. En todos los casos, el tribunal interamericano ha determinado que i) el artículo 23.1.c de la Convención establece el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones generales de igualdad ; ii) este implica que los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución sean razonables y objetivos y iii) existe un mandato convencional para que las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de este derecho.

71. De manera que la Corte IDH ha establecido una jurisprudencia sólida en relación con el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos. Mencionaré las decisiones de la Corte IDH en las que se ha referido a este derecho y al estándar interamericano que se infiere de esa jurisprudencia.

72. En primer lugar, en el caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela [203] del año 2008, se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación, entre otros, del derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas. En este caso, la Corte IDH determinó que el "acceso a la administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades" [204] .

73. A su vez, la Corte IDH destacó que "todo proceso de nombramiento debe tener como función no sólo la escogencia según los méritos y calidades del aspirante, sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades en el acceso" [205] . En consecuencia, los funcionarios deben ser seleccionados "exclusivamente por el mérito personal y su capacidad profesional, a través de mecanismos objetivos de selección y permanencia que tengan en cuenta la singularidad y especificidad de las funciones que se van a desempeñar" [206] . Además, en esta oportunidad, la Corte Interamericana estableció que:

" Los procedimientos de nombramiento tampoco pueden involucrar privilegios o ventajas irrazonables . La igualdad de oportunidades se garantiza a través de una libre concurrencia, de tal forma que todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en la ley deben poder participar en los procesos de selección sin ser objeto de tratos desiguales arbitrarios . Todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones aún respecto de quienes ocupan los cargos en provisionalidad, los que por tal condición no pueden ser tratados con privilegios o ventajas, así como tampoco con desventajas, en relación con el cargo que ocupan y al cual aspiran. En suma, se debe otorgar oportunidad abierta e igualitaria a través del señalamiento ampliamente público, claro y transparente de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo . Por tanto, no son admisibles las restricciones que impidan o dificulten a quien no hace parte de la administración o de alguna entidad, es decir, a la persona particular que no ha accedido al servicio, llegar a él con base en sus méritos [207] ".

(subrayado fuera de texto) 74. Un año después, en el caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela [208] , la Corte IDH reiteró lo señalado en el caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela y resaltó que el artículo 23.1.c de la Convención IDH no establece el derecho a acceder a un cargo público, sino a hacerlo en condiciones generales de igualdad. Para el Tribunal Interamericano, el respeto y la garantía de este derecho se satisfacen cuando "los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean] razonables y objetivos' y que 'las personas no sean objeto de discriminación' en el ejercicio de este derecho" [209] .

75. Además, considero que de la jurisprudencia interamericana se deriva una conexión directa entre el acceso a los cargos públicos y el principio democrático. Este vínculo se manifiesta, según la Corte IDH, en el hecho de que el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos materializa también una de las dimensiones de los derechos políticos de los ciudadanos a pertenecer a la organización pública. Al respecto, la Corte IDH precisó que:

"El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Por lo tanto, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación" [210] .

Asimismo, la Corte en esta decisión reiteró las reglas fijadas en el caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela . En concreto, estableció que los procedimientos para el nombramiento de los cargos públicos no pueden involucrar privilegios o ventajas irrazonables, inclusive para las personas que ocupen cargos de provisionalidad. La igualdad de oportunidades se erige como una

garantía que se concreta a través de la libre concurrencia, prohíbe cualquier trato desigual arbitrario, restricción, barrera en el acceso o impedimento.

En consecuencia, todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones. 77. Posteriormente, en el caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela del año 2011 [211] , la Corte Interamericana reiteró el estándar fijado en los casos Apitz Barbera y otros y Reverón Trujillo . La Corte IDH señaló que el artículo 23.1.c de la Convención Americana establece el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones generales de igualdad. A su vez, el tribunal de San José sostuvo que el respeto y la garantía de este derecho se concreta cuando las condiciones y procedimientos fijados por los Estados para ocupar estos cargos son "razonables y objetivos" [212] . Asimismo, la Corte Interamericana enfatizó en la prohibición de incluir criterios sospechosos o que discriminen a las personas en los procesos de ingreso a los cargos públicos [213] .

78. Finalmente, en la sentencia del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador de 2013 [214] , la Corte Interamericana resolvió el caso del cese arbitrario de ocho jueces del Tribunal Constitucional de Ecuador. La Corte IDH reiteró el estándar interamericano y la protección que deriva del artículo 23.1.c de la Convención Americana respecto al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad. Para el tribunal interamericano, estas premisas "garantizan la libertad frente a toda injerencia o presión política" [215] .

79. Todo esto me permite concluir que de la jurisprudencia interamericana se infieren los siguientes estándares. En primer lugar, el artículo 23.1.c de la Convención Americana reconoce que uno de los pilares del acceso a la administración pública se concreta en la garantía de condiciones de igualdad efectiva para todas las personas. Se trata de una manifestación del derecho a la igualdad y de una forma de asegurar el ejercicio efectivo de los derechos políticos de las personas. En segundo término, los Estados deben eliminar todas las barreras para que las personas accedan a los cargos públicos. Eso significa que no se deben establecer requisitos onerosos, excluyentes, subjetivos o que ofrezcan privilegios injustificados a favor de las personas inscritas en la carrera administrativa. En otras palabras, los criterios y procedimientos que fijen los Estados para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos. Por último, está prohibido incluir reglas que incluyan tratos discriminatorios a las personas en el acceso y promoción dentro de los cargos públicos.

3. El mérito y la igualdad en los concursos de ascenso dentro de la carrera administrativa 80. Considero que la Constitución ha optado decididamente por un sistema de carrera administrativa basado en los principios del mérito y de la igualdad. De allí que el inciso segundo del artículo 125 constitucional disponga que la carrera será la regla general mientras el constituyente o el legislador no establezcan regímenes especiales. Además, la carrera administrativa ha sido definida como un pilar esencial o principio insustituible de la Constitución de 1991 [216] .

81. Dentro del régimen de carrera, el mérito y la igualdad son los elementos que orientan todo el proceso de ingreso y ascenso de los funcionarios públicos. Estos dos principios establecen una serie de objetivos sustanciales cuando se trata de la elección o promoción de quienes ocupan el empleo en las entidades del Estado.

82. Por su parte, los concursos públicos son los instrumentos que concretan los postulados derivados tanto del sistema de carrera como de los principios del mérito y la igualdad [217] . Asimismo, los concursos permiten contar con mecanismos idóneos para obtener las metas sustanciales que derivan de los principios constitucionales. Como lo estableció la Corte en la sentencia C-588 de 2009:

"Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa. Así pues, el sistema de concurso 'como regla general regula el ingreso y el ascenso' dentro de la carrera y, por ello, 'el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos', pues sólo de esta manera se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes" [218] .

83. De manera que la carrera administrativa, el mérito, la igualdad y los concursos integran un conjunto de fines, principios y medios que son inescindibles en el sistema constitucional de provisión del empleo público. A continuación, analizaré el mandato

general de concursos de ascenso parcialmente cerrados establecido en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019. A esos efectos, me referiré a: i) la prohibición específica de discriminación en los concursos, ii) al impacto de la reserva de cupos en la igualdad de las pruebas de ascenso; iii) a la ventaja epistémica de los concursos abiertos y a la preferencia por los mecanismos de justicia procesal perfecta ; iv) al imprescindible enfoque de género en el análisis del ingreso y escalafón en el empleo público en contextos de desigualdad estructural; v) a la implementación de las reglas de igualdad en la incorporación y la promoción dentro de la carrera en el derecho público comparado y vi) a la igualdad como límite a la potestad de configuración del legislador en relación con los concursos de ascenso.

3.1. Concursos, mérito e igualdad: la prohibición específica de discriminación 84. Creo que el concurso, examen u oposición público de méritos es uno de los elementos esenciales del sistema de provisión de empleo. Desde la perspectiva constitucional, el concurso es la promesa de que el acceso y ascenso dentro de la función pública depende del esfuerzo propio y del resultado de una prueba igualitaria. Este mecanismo materializa el acuerdo social de que el suceso en el examen depende de factores que están bajo control de quienes allí concurren y no de externalidades. En la sentencia C-084 de 2018, la Sala Plena asumió esta perspectiva al indicar que:

"(…) el concurso público se ha entendido como el medio dirigido a garantizar la selección objetiva del funcionario, basado en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para cumplir con las funciones propias del cargo a desempeñar. Su fin último es el de escoger entre los distintos candidatos a aquél que pueda brindar las mejores condiciones para el desarrollo de la función pública" [219] .

85. Por su parte, el mandato concreto que deriva del principio de igualdad para el acceso y ascenso a la carrera administrativa es que el Estado cree las condiciones para propiciar el más amplio espectro de oportunidades para el mayor número de personas. Entiendo que esta regla implica que la posibilidad de ingresar o ser promocionado dentro de "los empleos de carrera se debe ofrecer sin discriminación de ninguna índole" [220] con el objetivo de asegurar que todas las personas compartan "la misma posibilidad de conseguir un empleo" [221] .

86. En mi criterio, la definición constitucional de los concursos y el contenido del mandato de igualdad (artículos 13 y 53 de la Constitución) indican que este último ordena despojar a los primeros de barreras de entrada onerosas que vayan más allá de los requisitos fundamentales para el ejercicio de los empleos públicos a proveer.

Asimismo, el Estado se debe abstener de configurar concursos de ascenso discriminatorios en los que una parte de los concurrentes tiene mayor probabilidad de resultar favorecido con independencia del resultado final que obtenga en la prueba. Como indicó la Corte en la sentencia C-093 de 2020, esta regla de igualdad proscribe que el legislador distinga entre concursos de ingreso y concursos de ascenso [222] .

87. Este mandato general de no discriminación también honra el principio de igualdad que, según el artículo 209 de la Constitución, rige a la función administrativa. En la sentencia C-097 de 2019, la Corte estableció que el principio de igualdad de la función administrativa se proyecta en dos dimensiones concretas. Por una parte, este implica la libre concurrencia en los concursos de méritos de manera que se prohíbe toda forma de discriminación. Por otra parte, incorpora el deber de las autoridades de proporcionar el mismo trato a todos los concursantes en las diversas etapas del proceso de selección [223] .

88. Entiendo que los anteriores fundamentos constitucionales de la apertura de los concursos de ascenso implican una dignificación de la propia carrera administrativa. Se trata de la certeza de ingresar, permanecer o escalar dentro del cursus honorum como resultado de pruebas de acceso y ascenso concurrentes e igualitarias. Solo de esta manera se satisfacen los principios constitucionales sobre el empleo público como valor colectivo y la protección individual del mérito y la igualdad. Por el contrario, estos resultan desvirtuados cuando se expide un mandato general de concursos parcialmente cerrados y se le erige como la regla general dentro de la carrera administrativa.

3.2. Las reservas de cupos desvirtúan la igualdad de los concursos 89. Me parece que el mandato de diseñar pruebas de acceso y ascenso igualitarias se anula cuando se reservan plazas a favor de quienes ya pertenecen a la carrera administrativa. Esto es así porque la orden constitucional de concurrencia en igualdad de condiciones para acceder al empleo público se desvirtúa cuando una parte de los concurrentes puede aseverar que tiene mayor probabilidad de ser elegido, incluso cuando su resultado no sea el mejor

entre la totalidad de los concurrentes. El mecanismo de reserva de plazas o cupos constituye una barrera en la entrada y un filtro en la salida de los concursos de ascenso. Con este, el poder público envía un mensaje contrario a los mandatos del mérito y de la igualdad: con independencia del resultado, hay un grupo que se beneficia porque tiene un privilegio sobre una porción de los empleos a proveer.

90. Por el contrario, estimo que el concurso abierto e igualitario que ordenan la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos es el mecanismo de ingreso y ascenso meritocrático a los cargos públicos. Esa puerta de acceso y promoción no debe tener más talanqueras de las que involucran los requisitos de cada empleo y el esfuerzo de cada concurrente por obtener el mejor resultado posible en un escenario de competencia igualitaria. Desde la perspectiva de la igualdad, el concurso abierto es la forma de ingreso y promoción por cuenta propia dentro de la función pública. Esto significa que el Estado no puede desequilibrar ese mecanismo al reservar plazas para unos cuantos.

91. En ese marco, la reserva de cupos me resulta contraria a un elemento esencial de los concursos. Estos se basan en que el orden de los candidatos favorecidos se realice de conformidad con sus propias calificaciones. Cualquier cupo o reserva prescinde del puntaje y lo sustituye por consideraciones ajenas (i.e. la pertenencia previa a la carrera) que, de manera general, la Corte no ha aceptado como criterios de clasificación sino, a lo sumo, como parámetros de desempate.

92. Debo reiterar que la pertenencia previa a la carrera administrativa o la experiencia no son aspectos de menor importancia. Por el contrario, esas consideraciones pueden ser relevantes para la provisión de los cargos en etapas posteriores al concurso de méritos abierto e igualitario. Lo que prohíben tanto el principio del mérito como el de igualdad es que, con base en esos aspectos, se anule el carácter igualitario, concurrente y meritocrático del concurso o que se obligue, mediante un mandato general, a que las entidades provean una porción de las vacantes con personas que no han obtenido los mejores resultados en virtud de que la tercera parte de las plazas se encuentra reservada.

93. Adicionalmente, advierto que la reserva de plazas y el mandato general de concursos parcialmente cerrados -establecido en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019- crea un modelo de progresivo corporativismo [224] . Este prototipo se opone a la construcción de sistemas pluralistas y, con el tiempo, anula completamente los propios principios fundamentales del mérito, la igualdad en la carrera administrativa y el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos establecido en el artículo 40 de la Constitución. Como indicaré más adelante, ese esquema de corporativismo resulta excluyente de los grupos actualmente infrarrepresentados en el empleo público, como las mujeres o las personas en situación de discapacidad.

94. En mi criterio, la reserva de cupos deviene en una especie de acción afirmativa a favor de quien no se encuentra en una situación de desventaja sino, paradójicamente, a favor de quien tiene varías condiciones de preeminencia. Esto ocurre porque se promociona a quien ya tiene una posición social, laboral y epistémica favorable. En efecto, quien ya se encuentra en la carrera, conoce el trabajo, tiene experiencia, ha concurrido en una o varias pruebas previas y concursa desde la tranquilidad de la situación de empleo. Esos factores han sido valorados por el legislador como razones para justificar la reserva del treinta por ciento de las vacantes a favor de los empleados escalafonados. Sin embargo, estos son, en realidad, los argumentos fundamentales para concluir que las personas vinculadas a la carrera no necesitan de la intervención promocional del Estado mediante ese tipo de reservas. Dicho de otra forma, el ejercicio del empleo les ha calificado a tal punto, que superar un concurso para los cargos de su especialidad, puede devenir en algo relativamente fácil. Así las cosas, alzaprimar el privilegio de pertenecer a la carrera por las aptitudes propias que lega el ejercicio de una función, se constituye en la doble consideración de una ventaja.

95. Me parece que esa acción afirmativa a favor de los empleados escalafonados parte del supuesto (prejuicio) de que estos son los únicos que pueden desempeñar con solvencia las actividades propias de la administración pública. Se trata correlativamente de un prejuicio negativo sobre las aptitudes, capacidades, formación y experiencia de las personas externas y, desde luego, de las personas que ya desempeñan esas mismas funciones, pero no están inscritas en la carrera.

96. La existencia y el diseño de la carrera administrativa implican que el Estado se pregunta ¿quién merece acceder a los empleos públicos? Frente a ese interrogante, entiendo que los mandatos que derivan de los principios del mérito y de la igualdad han proporcionado una respuesta concreta en relación con los concursos. Sin perjuicio de las consideraciones que se pueden realizar en otras etapas del proceso de selección, en las pruebas, cada uno de los concurrentes merece ser calificado de conformidad con su propio resultado. Este se determina con base en el puntaje obtenido en el examen de manera que no es permeable a externalidades.

97. En mi criterio, lo que ocurre con los concursos de ascenso parcialmente cerrados o con reserva de plazas es que el Estado establece previamente, como una regla general, que no todos los concurrentes merecen acceder a la totalidad de las vacantes. Existe una exclusión de muchas personas, ante factum, la que no se justifica o explica por si misma, más que en la propia discrecionalidad que por lo mismo deviene en arbitrariedad, dada la contundencia del mandato de igualdad. Por el contrario, el Estado crea una división entre quienes pueden concurrir por la totalidad de las plazas a proveer con base en sus méritos y quienes no pueden acceder a la totalidad de las plazas, a pesar de sus méritos, porque una parte de estas se erige en un coto vedado para sus capacidades.

98. Por esa razón la jurisprudencia constitucional ha establecido que el Estado no puede adoptar una prescripción general para indicar que algunos merecen una parte exclusiva de las oportunidades. El principio de igualdad ordena realizar una pregunta fundamental: ¿el mandato general de concursos de ascenso parcialmente cerrados mediante el sistema de reserva de cupos -establecido en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019- garantiza la igualdad de oportunidades para acceder a una posición valiosa para quien la persigue? 99.

De acuerdo con el contenido del principio de igualdad que rige en la carrera administrativa, el empleo y la función pública, el mandato general de concursos total o parcialmente cerrados, no garantiza la igualdad de oportunidades para acceder a una posición valiosa para quien la persigue. Por el contrario, el hecho de que el concurso sea completamente cerrado o que reserve una porción de cupos, solo difiere en el grado en que este último vulnera el principio de igualdad y en el grado de intensidad de su carácter discriminatorio. Sin embargo, esto no significa que los primeros sean discriminatorios y los segundos no. Ambas formas de acceso limitado al empleo público son contrarias a la igualdad. La discriminación ocurre tanto si se puede acceder a una parte de las plazas o no se puede acceder a ninguna. En mi criterio, la existencia de diseños de los concursos más lesivos del principio de igualdad que otros no purga el carácter discriminatorio de estos últimos. Ello es así porque el principio de igualdad no ordena elegir las medidas menos discriminatorias, sino que proscribe cualquier forma de discriminación. De ahí que la jurisprudencia de la Corte Constitucional haya sido tajante -por lo menos desde la segunda época supra reseñada- en proscribir concursos cerrados de ascenso, sean parciales o totales, pues, el porcentaje de cargos ofrecido no hace que la desigualdad creada desaparezca: es, sin más, desigualdad.

3.3. La ventaja epistémica y la justicia procesal perfecta de los concursos abiertos de ascenso 100. Considero que el mandato general de cerrar parcial o totalmente los concursos de ascenso -como ha sido establecido en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019- implica que el Estado se desprende de la capacidad de alcanzar el grado de certeza sobre un aspecto fundamental. En efecto, bajo ese mandato, el Estado no puede asegurar que ha seleccionado y proveído las plazas vacantes con los mejores candidatos.

Esa certidumbre se pierde porque la configuración del procedimiento de acceso ha prescindido de la ventaja epistémica que aporta un concurso abierto e igualitario.

101. En mi criterio, los concursos parcialmente cerrados tienen un déficit epistémico porque le impiden a cada uno de los concurrentes contar con la certeza individual, tanto para quien obtuvo la plaza como para quien no lo hizo, de que fue el mejor o no en el proceso. Es decir, se acaba con una dimensión del principio constitucional de igualdad que es central en el Estado de bienestar, de conformidad con la cual, el éxito “no depende de fuerzas más allá de nuestro control, depende de nosotros. No somos víctimas de las circunstancias, sino dueños de nuestro destino, libres de elevarnos hasta donde nos lleven nuestro esfuerzo, talentos y sueños” [225] .

102. Desde luego, el coste de oportunidad epistémico individual también tiene una dimensión institucional y colectiva. Eso significa que ni la entidad que ha realizado el proceso de selección, ni la sociedad pueden tener la certeza de que el empleo público es ejercido por los mejores candidatos. Asimismo, desde la perspectiva económica de la administración pública, la falta de certeza de contar con los mejores procesos de reclutamiento de los empleados públicos también afecta la eficiencia y la productividad del Estado [226] .

103. Entiendo que el coste de oportunidad epistémico no se causa por la inexistencia de procedimientos adecuados para realizar procesos de selección igualitarios sino por la decisión del legislador de despojar a los ciudadanos, a las entidades y a la sociedad del nivel de certeza que ofrecen los procesos abiertos e igualitarios. De manera que el mandato que deriva de la norma avalada por

la Corte implica que ese coste epistémico deviene generalizado porque una entidad que pretenda diseñar una forma de concurso igualitaria resulta limitada por el contenido normativo del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019.

104. Advierto que cuando se trata de diseñar procedimientos para obtener resultados justos, el poder público puede apelar a los mecanismos de justicia procesal . Eso significa que el Estado confía la justicia de los resultados a la calidad y al diseño de los procedimientos. En ese marco, se puede optar por los esquemas de justicia procesal perfecta e imperfecta [227] . Los concursos de ascenso abiertos e igualitarios son un mecanismo de justicia procesal con tendencia a la perfección. En todo caso, se acercan a un modelo ideal, pues, esta se basa en la existencia tanto de un criterio sustancial que permite determinar si los resultados son justos como de un procedimiento que asegura la justicia de esos resultados de conformidad con el baremo sustancial. Seguramente albergará imperfecciones, pero en la democracia sustancial la garantía de criterios de igualdad y universalidad, presagian la mejor escogencia sin que ello sea algo que se pueda afirmar categóricamente, en fin, existe también una especie del principio de incertidumbre en las ciencias sociales.

105. En el caso de los concursos de ascenso abiertos e igualitarios, los mandatos que derivan de los principios del mérito y de la igualdad ofrecen el criterio sustancial para determinar la justicia del resultado. Eso significa que el desenlace del concurso será justo si el orden de los concurrentes solo está definido por el puntaje que cada persona obtenga en las pruebas [228] . De manera que se impide que cualquier externalidad afecte esa prelación. Del mismo modo, los concursos de méritos abiertos e igualitarios aseguran ese objetivo. Cuando la experiencia o la pertenencia previa a la carrera no afectan el concurso, la prueba asegura que el resultado se adaptará al parámetro de justicia ordenado por la Constitución.

106. Por el contrario, cuando existe un concurso parcialmente cerrado -como ha sido establecido en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019-, este deja de ser un mecanismo de justicia procesal perfecta y se convierte en un mecanismo de justicia procesal imperfecta . Eso significa que todavía existe un criterio sustancial que permite evaluar la justicia de los resultados, pero el procedimiento diseñado ya no asegura que el resultado sea justo. En estos casos, el criterio de justicia (elegir a los mejores) deja de ser un objetivo garantizado y muta en una mera expectativa, en una aspiración o en un ideal.

107. Reconozco que no siempre es posible diseñar procedimientos de justicia procesal perfecta . Sin embargo, cuando existe la opción de construir procedimientos de justicia procesal perfecta y procedimientos de justicia procesal imperfecta , la Constitución exige elegir a los primeros. Esto es así porque tanto los principios del mérito como de la igualdad ordenan implementar los procedimientos de selección de los empleos públicos que aseguren la elección de los mejores candidatos. Bajo mi perspectiva, el legislador se encuentra ante un caso en el que, ante la posibilidad de optar por un procedimiento de justicia procesal perfecta se ha inclinado por uno de justicia procesal imperfecta y, con ello, ha vulnerado los mandatos constitucionales que derivan del mérito, la igualdad y el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos.

108. Desde luego, para que los concursos de ingreso y ascenso dentro de la carrera administrativa se erijan en mecanismos de justicia procesal perfecta , se requiere que estos sean igualitarios en todas sus fases. Esto implica que no existan externalidades que distorsionen el resultado o lo alejen del criterio de justicia que imponen los mandatos constitucionales del mérito y la igualdad.

Como indicaré, este postulado es todavía más relevante y trascendente cuando opera en contextos de desigualdad estructural. 3.4. Acceso al empleo público en contextos de desigualdad estructural: una perspectiva de género 109.

Creo que es fundamental resaltar que, en términos de igualdad material, el concurso más abierto posible incorpora distorsiones intrínsecas basadas en múltiples factores como, inter alia , la renta, el acceso a los estudios universitarios, la calidad de la educación y otras desigualdades estructurales.

El deber del Estado es combatir esas disparidades o, al menos, evitar imponer más barreras para quienes pretenden acceder a los empleos públicos. Como se infiere del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho comparado, eso puede significar que el legislador deba crear acciones afirmativas a favor de las personas ajenas a la carera. Por el contrario, con la aprobación del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019, el Congreso ha optado por erigir privilegios o cupos reservados exclusivamente para quienes ya han logrado ingresar al sistema público de empleo.

110. La existencia innegable de un contexto de desigualdad, en el que el acceso al empleo público es un medio para la movilidad social, el Estado no debe imponer obstáculos discriminatorios para el acceso de todas las personas a los cargos públicos. Considero

que el mandato general de realizar concursos de méritos cerrados mediante la reserva de plazas para quienes ya están vinculados a la carrera -como el que dispone el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019- constituye una ventaja creada por el legislador para quienes se encuentran en una posición favorable por pertenecer a la carrera en detrimento de quienes, en el punto de partida, tienen la pretensión de alcanzar un empleo público.

111. El concurso público también es un mecanismo para concretar la movilidad social ascendente. Creo que el Estado no debe obstaculizar esa movilidad o reservarla -total o parcialmente- a unos pocos. Desde la perspectiva del desarrollo y de la libertad como ampliación de capacidades, el poder público no puede obstaculizar la capacidad de agencia individual. Todavía más cuando esa capacidad de agencia ya se encuentra afectada por las condiciones estructurales que impiden una verdadera concurrencia por el empleo público [229] .

112. Además, cuando el sistema de carrera está mayoritariamente ocupado por hombres, la reserva de cupos también contribuye a mantener esa desigualdad estructural porque impide que las concursantes mujeres concurran desde fuera por la totalidad de las plazas a proveer. En un entorno de discriminación estructural de género, impedir que las mujeres o los demás grupos infrarrepresentados (i.e.

personas en situación de discapacidad) compitan por la totalidad de los cargos de carrera, solo es ab initio una distinción neutra. Sin embargo, pienso que esa reserva de cuotas pierde la neutralidad y mantiene el estado de cosas porque el universo dentro del que se reservan los cupos contiene sesgos implícitos y está mayoritariamente compuesto por hombres.

113. Advierto que la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) ha señalado que el sector público “representa una fuente importante de empleo, en especial para las mujeres” [230] . En consecuencia, considero que el escrutinio de validez constitucional de la norma sub judice no podía prescindir de una perspectiva de género. Esta implicaba valorar el impacto negativo de esas restricciones en la igualdad laboral de las mujeres en el empleo publico y el impacto colectivo favorable de eliminar las barreras discriminatorias.

114. En este ámbito, el informe conjunto sobre la igualdad de género en el empleo en América Latina ha diagnosticado que la exclusión de las mujeres del empleo público también les aparta de los sistemas pensionales y de seguridad social.

Por esa razón, la OIT ha recomendado a los Estados que eliminen todas las barreras que impiden a las mujeres transitar de empleos informales, domésticos o del cuidado a ocupar el espacio laboral en el ámbito público y directivo [231] .

115. En mi criterio, esa recomendación de la OIT tiene respaldo en normas constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos. Por una parte, es necesario conferir efecto útil al mandato específico del artículo 40 de la Constitución. Allí se ordena a las autoridades que garanticen “la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública”.

116. Por otra parte, también son esenciales las obligaciones internacionales que derivan de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW). El artículo 11 de la CEDAW establece el deber de los Estados parte de adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos” [232] y, en especial, “el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo” [233] .

117. El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (en adelante Comité CEDAW) profirió la Recomendación General 23 de 1997. En esta se atribuyó especial importancia a la participación de la mujer en la vida pública de su país. El Comité destacó a aquellos Estados en los que se habían realizado campañas dirigidas a lograr la participación de las mujeres en condiciones de igualdad o se habían fijado metas y nombrado a mujeres en cargos públicos, por ejemplo, en el poder judicial u otros ámbitos profesionales que desempeñan una función esencial en la vida cotidiana de las sociedades [234] . Asimismo, en la Recomendación General 25 de 1999, el Comité CEDAW señaló que el objetivo de las medidas especiales de carácter temporal era acelerar la mejora de la situación de la mujer para lograr la igualdad sustantiva con el hombre. Eso implica realizar los cambios estructurales, sociales y culturales necesarios para corregir las formas y consecuencias pasadas y presentes de la discriminación contra la mujer [235] .

118. Por su parte, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer estableció la Declaración y plataforma de Acción de Beijing de 1995. Allí se diagnosticó que uno de los obstáculos que enfrenta la mujer en el trabajo es la discriminación en las prácticas de contratación, remuneración, ascenso y movilidad horizontal. Por esa razón, se propuso elaborar mecanismos y tomar medidas positivas que permitan a la mujer participar plenamente y en condiciones de igualdad en la formulación de políticas y en la definición de estructuras por medio de organizaciones, como los ministerios de hacienda y comercio, las comisiones económicas nacionales, los institutos de investigación económica y otros organismos fundamentales [236] .

119. Asimismo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE) ha proferido una serie de recomendaciones para que los Estados aumenten la capacidad en la función pública. En la directiva de 2018, la OCDE estableció los catorce principios para una administración pública adecuada . El séptimo principio se erige en la vía idónea para cualificar el servicio público de manera que se recomienda a los Estados "reclutar, seleccionar y promocionar a candidatos mediante procesos transparentes, abiertos y basados en el mérito, a fin de garantizar un trato justo y equitativo" [237] . Para satisfacer esa recomendación, la OCDE indica que se deben realizar acciones como:

"(…) fomentar la diversidad -incluida la igualdad de género- entre el personal, identificando y mitigando la posibilidad de que se produzcan sesgos implícitos o involuntarios que influyan en los procesos de gestión de personas, garantizando la igualdad de acceso a los grupos subrepresentados y valorando la perspectiva y la experiencia adquiridas fuera de la función pública o por medio de trayectorias profesionales no tradicionales " [238] . (subrayado fuera de texto) 120.

Me parece fundamental señalar que, en el caso de las personas que se dedican al trabajo doméstico o del cuidado, de quienes realizan voluntariados o prácticas no remuneradas, pasantías, judicaturas o han desempeñado las funciones bajo el sistema de libre nombramiento y remoción , su experiencia no es valorada cuando las vacantes a proveer en un concurso de méritos se reservan total o parcialmente a quienes ya ocupan los cargos en la carrera administrativa. Como la mayor parte de aquellos trabajos cuya experiencia no se reconoce presentan un alto nivel de feminización, esos efectos adversos se trasladan con mayor fuerza sobre las mujeres y afectan su capacidad de agencia [239] .

121. Pienso que la premisa de la Constitución en este ámbito es transformadora con el fin de que la igualdad sea real para todas las personas que tienen la pretensión de ingresar a la carrera. Mi criterio es que las mujeres, los afrodescendientes, las personas en situación de discapacidad o cualquier otro grupo infrarrepresentado debería concurrir en condiciones de igualdad por una plaza o cargo público. Por esa razón, reitero que la distinción establecida en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019, que en principio parece neutra, en realidad conserva el estado de cosas de discriminación estructural del entorno en el que opera la carrera administrativa.

122. Para enfrentar la discriminación estructural, creo que el Estado tiene el deber de asegurar resultados igualitarios en las pruebas de acceso y promoción dentro del empleo público. Esta obligación trasciende la ética del mérito y le confiere un valor central al principio de igualdad. Se trata de un imperativo que reivindica una ética social que entiende las condiciones aleatorias que moldean el mérito y que defiende una concepción igualitaria que procura reducir los efectos de esas externalidades (i.e. desigualdad de género) en la provisión del empleo público.

123. Todo lo anterior implica reconocer que el ascenso basado exclusivamente en el mérito puede profundizar la desigualdad cuando aquel no va acompañado de mecanismos que aseguren la igualdad material. Cuando el Estado incumple este deber, le envía un mensaje a quienes no son exitosos en el que les responsabiliza por su falta de suceso. En este escenario, las personas que sufren la discriminación reafirman que al poder público no le importan las condiciones estructurales que les afectan o las barreras sociales que condicionan su progreso. En esos contextos, las personas que se esfuerzan, pero no consiguen avanzar, sienten que la promesa de la meritocracia fue satisfecha solo para los demás y que ellos fracasaron. Pero, en realidad, el fracaso fue producto de la desigualdad estructural o de la distorsión introducida por el Estado al reservar las cuotas a favor de los ya sucedidos. De allí que la obligación de intervenir para corregir esas distorsiones no solo aparezca respaldada en los mandatos constitucionales y en el derecho internacional de los derechos humanos, sino que haya sido implementada a través de mecanismos de selección igualitarios en el derecho comparado.

3.5. La igualdad en el acceso y ascenso en el empleo público: examen comparado 124. Considero que, además del estándar derivado de los instrumentos del derecho internacional que establecen el deber estatal de eliminar las barreras discriminatorias para el ingreso y promoción dentro del empleo público, de la jurisprudencia de la Corte IDH que concreta el contenido del derecho a la

igualdad en el acceso y promoción dentro de los cargos oficiales y de las obligaciones específicas en materia de igualdad de género en el ámbito público, la implementación de mecanismos abiertos e igualitarios de selección de los empleados del Estado aparece ratificada por el derecho comparado.

125. Se ha comprobado que, incluso en los sistemas en los que se ha configurado un derecho a la promoción profesional de los funcionarios de carrera, este siempre se concreta en procesos selectivos abiertos orientados por los principios de igualdad, mérito y capacidad. Como medida a favor de los funcionarios de la carrera se permite que las entidades estimulen la participación de su personal en los procesos de ascenso, pero, en ningún caso, que se les confieran ventajas dentro del proceso o que se les reserven cupos exclusivos [240] .

126. De allí que, por ejemplo, el Estatuto Básico del Empleado Público del Reino de España establezca que "todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad" [241] y que "los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia" [242] . La única excepción que se admite a esta regla tiene un carácter promocional a favor de las víctimas del terrorismo y las personas en situación de discapacidad . Incluso, en este último caso, la reserva de cupos no puede ser superior al siete por ciento [243] .

127. En Chile, el artículo 19 de la Constitución Política asegura la admisión a todas las funciones y empleos públicos sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes.

El artículo 38 de la Constitución establece que una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la administración pública, garantizará la carrera funcionaria, dispondrá sus principios y asegurará la igualdad de oportunidades. Por su parte, el artículo 46 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado No 18.575 estableció que el ingreso en calidad de titular se hará por concurso público y que la selección de los postulantes se efectuará mediante procedimientos objetivos.

128. Además, el empleo público chileno está regulado a través del Estatuto Administrativo (Decreto con Fuerza de Ley 29 de 2004) [244] . Este Estatuto dispone que el ingreso y el ascenso a los cargos de carrera en calidad de titular se hará por concurso público. Asimismo, esta norma determina que todas las personas que cumplan con los requisitos fijados en el concurso tendrán derecho a participar en igualdad de condiciones, prohibiendo todo acto de discriminación arbitraria. Estos actos son entendidos como cualquier exclusión o restricción que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo [245] .

129. El Estatuto Administrativo chileno establece que los concursos son públicos. Estos consistirán en un procedimiento técnico y objetivo que se utilizará para seleccionar el personal que se propondrá a la autoridad facultada para hacer el nombramiento [246] .

En los procesos de selección se mantendrá en secreto la identidad de cada candidato para efectos de la evaluación de las pruebas y otros instrumentos de selección [247] .

Por último, el concurso será preparado y realizado por un comité de selección, quienes propondrán a la autoridad facultada para efectuar el nombramiento, los nombres de los candidatos que hubieren obtenido los mejores puntajes [248] .

130. El empleo público en Perú está desarrollado en la Ley 30.057 de 2013 y en las diferentes directivas e instrumentos jurídicos que se han proferido para su implementación [249] .

Esta norma estableció un régimen único y exclusivo tanto para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado como para las personas que se encargan de la gestión y el ejercicio de las potestades estatales [250] .

131. El proceso de incorporación a los cargos de directivos públicos, servidores civiles de carrera y servidores de actividades complementarias del servicio civil del Perú se hace a través de un proceso de selección. Este proceso tiene como presupuestos los principios del mérito, competencia y transparencia, y garantiza la igualdad en el acceso a la función pública [251] .

132. Finalmente, en Costa Rica, el empleo público se encuentra regulado por el Estatuto de Servicio Civil (Ley 1581 de 1953) [252] . Allí se dispone que la selección de los candidatos para servidores públicos corresponderá a la Dirección General de Servicio Civil y que tal selección se hará por medio de pruebas de idoneidad [253] .

133. Encuentro que existe una tradición constitucional que opta por la igualdad en el acceso y promoción dentro del servicio público. Este denominador común reafirma que la forma como se diseñan los procesos de reclutamiento de los empleados públicos

incide directamente “en la calidad de los procesos democráticos y en la capacidad del gobierno para promover y proteger el bienestar de los ciudadanos y generar y mantener un crecimiento económico inclusivo” [254] .

134. También resalto que, en los países en los que se establecen cuotas para el acceso a la carrera, estas tienen como objetivo promocionar la participación de los grupos infrarrepresentados en el empleo público, como las personas en situación de discapacidad. El objetivo es aumentar la pluralidad, la diversidad y la igualdad material dentro de la conformación de la administración pública. En ningún caso se opta por mecanismos que conserven un entorno con déficits de pluralismo y diversidad.

135. En definitiva, creo que el análisis comparado demuestra que existe una tradición constitucional común de permitir que el legislador regule el acceso y ascenso dentro del empleo público. Sin embargo, esa competencia está fuertemente limitada por el principio de igualdad. Eso significa tanto la prohibición para el legislador de incluir mecanismos discriminatorios que privilegien a quienes ya ocupan un cargo público como el deber de promocionar el acceso de grupos infrarrepresentados.

3.6. Conclusión: la igualdad como límite a la potestad de configuración del legislador 136. Con base en las consideraciones precedentes, concluyo que la facultad conferida al Congreso de la República para regular la carrera administrativa aparece limitada tanto por el derecho a la igualdad establecido en los artículos 13 y 53 superiores como por el principio de igualdad incorporado en el artículo 209 de la Constitución. Además, el alcance de esa limitación se define con base en el contenido constitucional de los principios del mérito y de la igualdad y del derecho de acceso a los cargos y funciones públicas.

137. A estos límites constitucionales se suman los estándares de igualdad que derivan tanto del Sistema Universal como del Sistema Interamericano de derechos humanos y los deberes internacionales de promoción de la igualdad para las mujeres u otros grupos infrarrepresentados. Finalmente, estas obligaciones constitucionales e internacionales aparecen respaldadas por las recomendaciones de otras organizaciones internacionales como la OCDE y por la forma como los Estados han articulado sus sistemas de provisión de empleo con el fin de que sean igualitarios, diversos y pluralistas.

138. Reitero que en el sistema colombiano también existe un derecho a la promoción profesional. Eso significa que el mandato que deriva del principio de igualdad de realizar concursos de méritos abiertos e igualitarios no anula el derecho del personal de carrera a buscar el ascenso. De lo que se trata es de que este último ocurra como resultado de un concurso abierto e igualitario. Como ya he indicado previamente, dentro de esa prueba, la experiencia en el servicio público puede otorgar una ventaja comparativa intrínseca para los empleados de carrera, por lo cual, no resulta constitucional que el legislador introduzca, además, un mandato general de reserva de cupos a su favor.

139. En ese marco, no puedo desconocer la existencia de una decisión que avaló la constitucionalidad de un concurso de méritos parcialmente cerrado para el caso específico de la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, como ya reseñé, el fundamento de esa sentencia es que, en casos concretos, específicos, condicionados y excepcionales, el legislador puede introducir reservas o cerrar parcialmente los concursos en una entidad. Para que ello ocurra válidamente, se deben satisfacer requisitos procedimentales y sustantivos. En consecuencia, estimo que el Congreso tiene la carga de: i) deliberar expresamente sobre las razones que justifican una determinada reserva de cupos o plazas dentro de una entidad, ii) justificar a favor de qué grupos infrarrepresentados opera esa medida y iii) demostrar por qué esta configuración es idónea para avanzar progresivamente en la igualdad material y el pluralismo en la conformación del empleo público de conformidad con la jurisprudencia constitucional y las obligaciones internacionales suscritas por Colombia en materia de derechos humanos.

140. Desde luego, pienso que ese tipo de distinciones deben aparecer plenamente justificadas, operar excepcionalmente y aplicar sobre entidades específicas. De manera que, como se dispuso en la propia sentencia C-034 de 2015, esta no eliminó las premisas decisorias del precedente establecido desde el año 2002 y que han sido reiteradas en las sentencias C-097 de 2019 y C-093 de 2020. Eso significa que no suprimió, sino que confirmó la regla general que prohíbe los concursos de ascenso cerrados. En consecuencia, en ningún caso, se podría afirmar que la Corte aceptó que la excepción se convirtiera en la regla general.

141. Por el contrario, al aprobar el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019, el legislador convirtió la excepción en la regla general para toda la carrera administrativa.

De esa manera, en contra de lo concluido por la Sala Plena en la sentencia C-077 de 2021, estimo que el Congreso vulneró la obligación general de acceso igualitario y meritocrático a los cargos públicos que deriva de los artículos 13 y 125 de la

Constitución, del parámetro convencional, de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de las recomendaciones de organizaciones internacionales como la OIT y la OCDE.

Mi conclusión se confirma cuando se aplica un juicio de igualdad al mandato general de concursos de méritos de ascenso parcialmente cerrados establecido en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019.

4. El artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 no superaba un juicio estricto de igualdad 142. En la sentencia C-345 de 2019, la Corte Constitucional unificó los criterios, el alcance, la metodología y los parámetros del juicio integrado de igualdad. Como fue establecido por la Sala Plena, esta es la "metodología idónea para decidir demandas o casos que plantean una aparente violación al principio de igualdad" [255] . Bajo esa guía, estableceré el alcance de la disposición acusada, los sujetos comparables y el grado de intensidad del escrutinio. Asimismo, demostraré la inconstitucionalidad del mandato general para toda la carrera administrativa de realizar concursos de ascenso parcialmente cerrados establecido en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019.

4.1. Alcance de la disposición acusada y sujetos comparables 143. La Ley 909 de 2004 estableció la regulación general del empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 incluía un mandato general de concursos de ingreso y ascenso de carácter abierto para todas las personas que contaran con los requisitos básicos para el desempeño de cada uno de los cargos. Esa norma no distinguía entre pruebas de ascenso o de ingreso.

144. El artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 modificó expresamente el artículo 29 de la Ley 909 de 2004. Aquel sustituyó la regulación igualitaria de las pruebas de ingreso y promoción abiertas por una distinción entre los concursos de acceso (abiertos) y los de ascenso. En relación con estos últimos, se profirió un mandato general de concursos de ascenso parcialmente cerrados y condicionados en los que se reservó el treinta por ciento de las vacantes a proveer exclusivamente para quienes ya integran la carrera administrativa. Se trata de un mandato u orden porque su aplicación es obligatoria cuando concurren las condiciones allí establecidas.

145. Advierto que el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 introdujo dos distinciones. Por una parte, diferenció entre los concursos de ingreso y los concursos de ascenso. Por otra parte, al regular esta segunda forma de prueba -mediante un mandato general de concursos parcialmente cerrados y condicionados- la norma también distinguió entre los funcionarios de la carrera que optan por una vacante y las personas que no han ingresado a la carrera, pero pretenden ocupar un empleo público.

Aquellos pueden concurrir por la totalidad de los cargos y gozan del beneficio de la reserva o preferencia (sobre el treinta por ciento) mientras que los demás solo pueden concurrir por las plazas restantes y una vez agotada la prelación. Debo recordar que la primera distinción es contraria a la prohibición reiterada por la Corte en la sentencia C-093 de 2020 y la segunda contraviene la prohibición ratificada por el tribunal en la sentencia C-097 de 2019.

146. Entre los sujetos que se comparan, el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 efectivamente establece una desigualdad porque el grupo de concurrentes que ya pertenece a la carrera administrativa tiene mayor probabilidad de resultar favorecido. Esa mayor probabilidad es inversamente proporcional a la probabilidad que tienen las personas ajenas a la carrera de acceder a un empleo público. En ambos casos, esa distorsión ocurre con independencia del resultado final que obtengan ambos grupos en la prueba porque la reserva se encuentra previamente ordenada por el legislador a favor de los primeros. Como ya indiqué, este mandato constituye una ventaja creada por el Congreso para quienes ya se encuentran en una posición favorable por pertenecer a la carrera en detrimento de quienes, en el punto de partida, tienen la pretensión de alcanzar un trabajo en el sector público.

147. La medida que se juzgaba afectó entonces el mandato de trato igual porque el criterio de comparación relevante en este tipo de casos está definido por la condición de ser ciudadano titular del derecho de acceder a ocupar cargos públicos .

Dicho de otro modo, a pesar de las diferencias que podrían existir entre los funcionarios de la carrera que optan por una vacante y las personas que no han ingresado a la carrera, la similitud que se desprende del criterio referido resulta en este caso de mayor relevancia.

4.2. Juicio integrado de igualdad: intensidad estricta 148. E ncuentro que la perspectiva formal del problema jurídico involucraba la evaluación de una norma que: i) afectaba a grupos marginados del empleo público, ii) impactaba con significativa intensidad diferentes dimensiones del derecho y el principio de igualdad y iii) creaba un privilegio a favor de quienes ya pertenecen a la carrera administrativa.

149. En primer lugar, infiero que el sistema de cupos o reservas de vacantes exclusivas para quienes ya pertenecen a la carrera afecta directamente la pretensión de acceso al empleo público de todas las personas que no han accedido al dicho sistema. Esa afectación opera en un contexto específico de infrarrepresentación de distintos grupos (i.e. mujeres o personas en situación de discapacidad) y, bajo esa perspectiva, puede tener como resultado la afectación de grupos especialmente protegidos.

150. En segundo lugar, encuentro que la igualdad determina la regulación de la carrera administrativa y de los concursos de ascenso desde distintas dimensiones. En efecto, la configuración de la carrera y sus instrumentos está limitada por el derecho a la igualdad del artículo 13 y por el derecho concreto a la igualdad de los trabajadores del artículo 53 de la Constitución. Asimismo, el diseño del mecanismo de promoción dentro del empleo público está orientado por el principio específico de igualdad de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución. Eso significa que la competencia atribuida al Congreso para regular los concursos de ascenso e ingreso involucra varios mandatos de igualdad que implican un menor margen de discrecionalidad legislativa y, por ende, una mayor intensidad del escrutinio de validez constitucional.

151. En tercer lugar, colijo que el mandato general de concursos parcialmente cerrados crea un privilegio sobre una porción de los empleos a proveer a favor de las personas que ya pertenecen a la carrera. Además, encuentro que ese privilegio favorece a quienes parten de una posición de ventaja en las pruebas de ascenso y no requieren de la intervención promocional del Estado.

152. En este escenario, encuentro que los tres fundamentos señalados previamente concurren para aplicar el test estricto de igualdad. Esa conclusión no solo deriva de la aplicación de las causales establecidas por la Corte para elegir ese grado de intensidad, sino que responde al criterio fijado por el tribunal para elegir la mejor manera de comprender el problema jurídico que se planteaba en torno a la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 .

4.3. La finalidad de la medida es importante pero no imperiosa 153. Encuentro que el mandato general de concursos parcialmente cerrados con reserva de vacantes exclusiva para los funcionarios de carrera tiene el objetivo de reconocer la experiencia de quienes ya se encuentran escalafonados y estimular su ascenso dentro del organigrama público. Ambas finalidades sugieren una exaltación del mérito de quienes han estado vinculados al empleo público. Se trata, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, de unos propósitos importantes de conformidad con el artículo 125 de la Constitución.

154. Sin embargo, me parece que la preservación del mérito de quienes pertenecen a la carrera administrativa no es una finalidad imperiosa. Como indiqué, ese objetivo opera en condiciones contextuales de desigualdad estructural. De manera que prohijar una comprensión del mérito que lo asocia exclusivamente con la pertenencia a la carrera entra en colisión con el mandato de asegurar un trato igualitario que evite toda forma de privilegio para unos cuantos. Resalto que la denominada tiranía del mérito consiste precisamente en privilegiar el mérito de los exitosos sin recabar en las razones por las cuales los demás no han alcanzado los mismos objetivos [256] .

155. Por esa razón, indiqué que el objetivo de promocionar el mérito y la igualdad en la función pública se identifica, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado, con el aumento de la pluralidad, la diversidad y la participación en el sistema público de empleo. De allí que se establezcan mandatos promocionales a favor de las mujeres, se acepten cuotas para las personas en situación de discapacidad o se proteja especialmente a las víctimas del terrorismo.

156. En mi criterio, el diseño de mecanismos que reconozcan la experiencia o incentiven la cualificación de quienes realizan funciones públicas es plausible constitucionalmente. Sin embargo, no se trata solamente de que ese tipo de instrumentos deba respetar los derechos y mandatos de la propia Constitución sino de que aquellos no deben obstaculizar otros fines valiosos e imperativos; por ejemplo, la ampliación de la diversidad, el aumento del grado de pluralidad o la garantía efectiva de igualdad en el empleo público. Todavía más cuando esas barreras son contrarias al contenido del derecho a la igualdad en el acceso y ascenso al sector público de conformidad con la jurisprudencia constitucional y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

157. En conclusión, la reserva de cupos exclusivos para quienes integran la carrera puede obedecer a finalidades valiosas. Sin embargo, pienso que esos objetivos no son imperiosos -en el sentido de urgentes o inaplazables constitucionalmente- y que no existen razones para perseguirlos sin considerar otros derechos y objetivos constitucionales. Por el contrario, el mandato, este sí

imperioso de aumentar la igualdad en el acceso y ascenso al empleo público, puede resultar obstaculizado por las medidas que privilegian a las personas que han ingresado previamente a la carrera administrativa.

4.4. El mandato general de concursos de ascenso parcialmente cerrados no era necesario: la existencia de otros mecanismos para reconocer e incentivar al personal de carrera 158.

Considero que la reserva de cupos exclusivos para los funcionarios de carrera no es el único mecanismo para reconocerles el mérito, la experiencia o estimular su promoción. En este ámbito, la Corte ha sido enfática en que el Estado puede incorporar los criterios de la experiencia, antigüedad u otros factores en etapas diferentes al concurso de ascenso o como criterios subjetivos de desempate sobre los resultados objetivos de la prueba. Ese segundo tipo de medidas cumplen las finalidades de estímulo y reconocimiento sin desvirtuar el elemento fundamental del concurso como mecanismo epistémico para valorar la competencia cognitiva de los concurrentes.

159. Asimismo, me parece que la medida que reserva una serie de cupos en los empleos públicos para los funcionarios de carrera tiene una baja idoneidad cuando se trata de estimular la preparación profesional para una competencia que, previamente, se sabe que no ocurrirá en condiciones igualitarias. En efecto, la efectiva conducencia de esta medida también es cuestionada desde la perspectiva de la eficiencia del Estado. Como indiqué previamente, no es razonable que la reserva de cupos a favor de quienes se encuentran vinculados a la carrera les estimule a ampliar su formación u obtener los mayores puntajes. Por el contrario, bajo la perspectiva de la concurrencia, la mayor probabilidad de obtener el ascenso en virtud de la reserva de cuotas puede ser un incentivo negativo para el esfuerzo en la prueba .

160. En conclusión, encuentro que la conducencia efectiva de la medida de reserva de cupos para estimular el estudio y la cualificación del personal ya vinculado a la carrera es muy baja.

Asimismo, existen otros medios, estos sí idóneos, para reconocer la experiencia de los funcionarios escalafonados. Estos últimos no solo han sido avalados por la jurisprudencia constitucional, sino que evitan toda interferencia con la esencia igualitaria y el valor epistémico de los concursos como herramientas esenciales del sistema constitucional para la provisión del empleo.

4.5. Conclusión: el mandato general de concursos de ascenso parcialmente cerrados es desproporcionado 161. En mi criterio, el estudio de la proporcionalidad en sentido estricto indica que la reserva del treinta por ciento de las vacantes a proveer exclusivamente a favor de los integrantes de la carrera es una medida que recae sobre los resultados. Pienso que eso significa que la persona que no tiene la condición necesaria para ser beneficiario de ese privilegio no puede contrarrestar los efectos de esa prebenda con sus propios esfuerzos. Ningún puntaje en el concurso, por alto que sea, le permitirá vencer la carta de triunfo que el legislador le ha entregado a quien ya pertenece a la carrera.

162. Me parece que, frente a ese privilegio ordenado por el legislador, el concursante que no pertenece a la carrera y tiene la intención de obtener un empleo público, asume la doble carga de obtener un buen resultado en la prueba y esperar la distribución de cerca de la tercera parte de las vacantes entre quienes ya ocupan un cargo de carrera.

Solo después de que eso ha ocurrido, y sobre el remanente, es que el ciudadano no escalafonado puede centrar sus expectativas de ocupar un empleo público.

163. Como ya indiqué, la desproporción de las cargas sobre el concursante externo a la carrera aumenta si se consideran los elementos contextuales que son relevantes desde la perspectiva constitucional. En estos casos, a la reserva de plazas exclusiva para los integrantes de la carrera, se suma el hecho de pertenecer precisamente a un grupo infrarrepresentado dentro del universo de beneficiarios. Considero que resulta evidentemente desproporcionado que, en lugar de procurar una intervención promocional a favor de grupos que enfrentan barreras materiales y estructurales para el acceso al empleo público, el legislador favorezca a los integrantes de la carrera con una reserva de cupos de cualquier porcentaje. Esa carga también afecta a quienes cuentan con amplias credenciales de experiencia, pero no dentro del régimen de carrera, como las personas que realizan pasantías, prácticas, judicaturas o han desempeñado las funciones bajo el sistema de libre nombramiento y remoción.

164. Advierto que el carácter desproporcionado y discriminatorio de la reserva de cupos exclusivos para los empleados de carrera no desaparece por el hecho de que esta opere bajo algunas condiciones o de que las cuotas recaigan sobre el treinta por ciento de los cargos a proveer. Por una parte, cualquier interpretación de ese porcentaje como un atenuante de la discriminación no elimina

esa condición. En segundo lugar, reitero que esa preferencia, por limitada que sea, va en contra del fin constitucional de aumentar el pluralismo, la diversidad y la inclusión efectiva de los grupos infrarrepresentados en el sector público.

De allí que este tipo de medidas no supere ni el juicio estricto de igualdad que corresponde de conformidad con los parámetros de la Corte, ni un eventual un juicio intermedio de igualdad.

165. En consecuencia, pienso que los mandatos y principios constitucionales vinculados con el derecho de todos los ciudadanos a ingresar en condiciones de igualdad a los cargos públicos tienen un valor superior al interés de reconocer la experiencia o estimular el ascenso mediante el cierre de los concursos. Ello es así dado que existe un compromiso iusfundamental específico de promover la igualdad en el acceso al empleo público. Asimismo, la restricción concreta impuesta por el artículo 2 de la Ley 1960 de 2009 es particularmente grave porque reduce de manera significativa las posibilidades de un concurso universal que optimice la participación de los grupos infrarrepresentados. Con este último, por el contrario, el sacrificio de los objetivos perseguidos por la disposición sería menor dado que ello no excluye, por ejemplo, la posibilidad de que se establezca la experiencia especifica como un criterio posterior de desempate o que esta sea valore en otras fases del proceso de selección.

166. En síntesis, los beneficios que se podrían obtener de este tipo de sistemas de cuotas o reservas son dubitativos y menores en relación con la restricción cierta y presente a otros principios y valores constitucionales. De manera que, en tanto que el precepto demandado contiene unas medidas que: i) buscan el logro de objetivos importantes para la Constitución pero que no resultan imperiosos; ii) sacrifican objetivos imperiosos definidos por el estándar constitucional e internacional de igualdad, diversidad y pluralidad en el empleo público; iii) no son efectivamente conducentes para la consecución de los fines que pretenden justificarlas; iv) existen otros medios para alcanzar esos mismos objetivos sin interferir injustificadamente en el mandato de trato igual y en el principio de igualdad y v) son evidentemente desproporcionadas, considero que la Sala Plena de la Corte ha debido declarar inválida la distinción establecida en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 dado que era contraria a los artículos 13 y 125 de la Constitución.

Fecha ut supra JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado [1] El trámite de constitucionalidad que aquí se decide fue inicialmente sustanciado por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas. No obstante, en decisión de la Sala Plena virtual de la Corporación llevada a cabo el día 25 de marzo del presente año, la ponencia que presentó no obtuvo la mayoría requerida; por lo cual, atendiendo a las reglas previstas en el artículo 34.8 del Acuerdo 02 de 2015, la elaboración del fallo fue asignado a quien ahora actúa como ponente.

[2] Esta providencia conserva algunos apartados de la ponencia que inicialmente fue presentada a consideración de la Sala Plena por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas, particularmente la síntesis de la demanda, las intervenciones y el concepto del Ministerio Público.

[3] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=17749. [4] Siguiendo lo previsto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución.

[5] Atendiendo lo dispuesto en el artículo 244 de la Constitución. [6] Conforme a lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991. [7] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=18263 .

[8] Ibíd ., p. 4. [9] Ibíd ., p. 7. [10] Ibíd ., p. 8. [11] Ibíd ., p. 8. [12] Ibíd ., p. 8. [13] Ibíd ., p. 8. [14] Ibíd ., p. 9. [15] Ibíd ., p. 14.

[16] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. [17] Ibíd ., p. 16. [18] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19033 . [19] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. S.V. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez.

[20] Ibíd ., p. 11-14. [21] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19164 . [22] Ibíd ., p. 7. [23] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. S.V. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

[24] Ibíd ., p. 7. [25] Ibíd ., p. 8. [26] Ibíd ., p. 8. [27] Ibíd ., p. 9. [28] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19032 .

[29] Ibíd ., p. 2. [30] Ibíd ., p. 2. [31] Ibíd ., p. 3. [32] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19127 . [33] Ibíd ., p. 3.

[34] Ibíd ., p. 3. [35] Ibíd ., p. 4. [36] Ibíd ., p. 4. [37] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. S.V. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez.

[38] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=18969 . [39] Ibíd ., p. 1. [40] Ibíd ., p. 1. [41] Ibíd ., p. 2. [42] Ibíd ., p. 2.

[43] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=20279 . [44] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. S.V. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

[45] Ibíd ., p. 4. [46] Ibíd ., p. 4. [47] Ibíd ., p. 5. [48] Ley 909 de 2004, artículo 29, modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019.

[49] Concepto del Procurador General de la Nación., p. 6. [50] Ibíd ., p. 7. [51] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

[52] Ibíd ., p. 8. [53] En similar sentido ver los artículos 46 y 48 de la Ley 270 de 1996, y 21 y 22 del Decreto 2067 de 1991. Desde sus decisiones iniciales esta Corporación delimitó los alcances de este principio, advirtiendo en la Sentencia C-397 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) que “ Ha sido prolija la jurisprudencia de la Corte en torno al principio de la cosa juzgada constitucional, que significa no solamente el carácter definitivo e incontrovertible de las sentencias que aquélla pronuncia, de manera tal que sobre el tema tratado no puede volver a plantearse litigio alguno, sino la prohibición a todo funcionario y organismo de reproducir las normas que la Corte haya declarado inexequibles por razones de fondo mientras permanezcan vigentes los mandatos constitucionales con los cuales se hizo el cotejo.” [54] “Artículo 243.- Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.” [55] Al respecto ver las sentencias C-228 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y C-090 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

[56] M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. María Victoria Calle, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio. AV.

Luis Ernesto Vargas Silva. [57] Sobre el alcance de este principio por parte de la Corte en sus inicios, ver, entre otras, las sentencias C-004 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón; C-041 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-165 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Más recientemente ver, entre otras, las sentencias C-774 de 2001. M.P.

Rodrigo Escobar Gil. AV. Manuel José Cepeda Espinosa; C-311 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-257 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

SV. Jaime Araujo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Jaime Córdoba Triviño, Mauricio González Cuervo; C-931 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

AV. Jaime Araujo Rentería; C-178 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; C-744 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y C-133 de 2019. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Diana Fajardo Rivera.

[58] Ver, entre otras, la Sentencia C-008 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [59] Al respecto, en la Sentencia C-178 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa) se sostuvo que “ la Corte ha explicado: “ hay lugar a declarar la existencia de la cosa juzgada formal, en aquellos eventos en los que existe un pronunciamiento previo del juez constitucional en relación con el precepto que es sometido a un nuevo y posterior escrutinio constitucional.

Así mismo, la jurisprudencia ha sido enfática en manifestar que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material cuando a pesar de haberse demandado una norma formalmente distinta, su materia o contenido normativo resulta ser idéntico al de otra u otras disposiciones que ya fueron objeto de juicio de constitucionalidad, sin que el entorno en el cual se aplique comporte un cambio

sustancial en su alcance y significación.” [60] En la Sentencia C-1024 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Corte señaló: “ En sentencia C-774 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) esta Corporación estableció que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada constitucional absoluta, cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, tanto en su parte resolutiva como motiva, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexequible en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional.

(…) Dichas decisiones tienen un alcance absoluto de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, pues (i) sólo a esta Corporación le compete determinar los efectos de sus fallos en cada sentencia (…); de suerte que, (ii) cuando la Corte no fija expresamente el alcance de sus decisiones, en principio, se entiende que las mismas hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, pues está Corporación está obligada a confrontar las disposiciones demandadas con la totalidad de la Constitución .” [61] “ Se presenta cuando el juez constitucional limita los efectos de la decisión dejando abierta la posibilidad de formular un cargo distinto al examinado en decisión anterior. Puede ser explícita cuando se advierte en la parte resolutiva los cargos por los cuales se adelantó el juicio de constitucionalidad e implícita cuando puede extraerse de forma inequívoca de la parte motiva de la decisión sin que se exprese en la resolutiva.

” Sentencia C-133 de 2019. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Diana Fajardo Rivera. [62] M.P. Alberto Rojas Ríos. Cita reiterada de la providencia C-393 de 2011. M.P.

María Victoria Calle Correa. [63] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

[64] “ Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas ”.

[65] Según el artículo 253 de la Constitución: “ La ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación , al ingreso por carrera y al retiro del servicio , a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia .” Negrilla fuera de texto.

[66] En la Sentencia C-034 de 2015 también se demandó la constitucionalidad de los artículos 25, 26 (parcial) y 30 (parcial) del Decreto ley 020 de 2014. El artículo 25 previó los requisitos que deben acreditar los empleados en carrera aspirantes al concurso de ascenso: “ Artículo 25.

Requisitos que debe cumplir el servidor para participar en los concursos de ascenso. Para participar en los concursos o procesos de selección de ascenso, el servidor deberá cumplir los siguientes requisitos:// 1. Estar escalafonado en la Carrera Especial.// 2. Reunir los requisitos y condiciones exigidos para el desempeño del cargo. // 3. Haber obtenido calificación sobresaliente de la evaluación de desempeño, en el año inmediatamente anterior. // 4. No haber sido sancionado disciplinaria ni fiscalmente dentro de los cinco (5) años anteriores a la convocatoria .” [67] Según lo sostenido en la Sentencia C-479 de 1992 (MM.PP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero . SV. Fabio Morón Díaz, Jaime Sanín Greffenstein y Simón Rodríguez Rodríguez), en un Estado Social de Derecho la relación del Estado y sus servidores se sujeta a un marco axiológico completo, cuyo centro es la persona humana; y, agregó que:

“[e] l respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro, constituyen las consecuencias prácticas de esa filosofía.” [68] Con las excepciones allí previstas: cargos de elección popular y de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que establezca la ley.

[69] Aunque el concurso público como instrumento para acreditar el mérito en el régimen de carrera está expresamente previsto en la Constitución, es claro que (i) el mérito es exigible para el acceso a cualquier tipo de cargo en el Estado y que (ii) el concurso no es el único medio para su comprobación. Al respecto, en la en la Sentencia C-084 de 2018 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez), se afirmó que:

“[a] pesar de la relevancia del concurso en la provisión de empleos públicos, dicha modalidad de vinculación no es exclusiva de la carrera administrativa, como tampoco lo es el criterio del mérito para la selección de los aspirantes. En efecto, la acreditación de las respectivas calidades para el empleo también se exige respecto de cargos que no sean de carrera, en virtud de los distintos

mecanismos que se dispongan para establecer la idoneidad de los aspirantes.” [70] Ver, entre otras, las sentencias C-356 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz y C-250 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[71] “ Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: // 23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (…).” [72] M.P.

Hernando Herrera Vergara. [73] “ Artículo 46. Concurso abierto es el que se realiza para el ingreso de nuevo personal en la Carrera, o para la provisión de un empleo de Carrera, en que participen personas ajenas a la entidad y/o funcionarios de la misma. // Los empleados de Carrera inscritos en ella, gozarán de prelación respecto de los otros servidores y de las personas ajenas al servicio para ser ascendidos a empleos vacantes de categoría superior.

Artículo 48. Para la provisión de vacantes definitivas se realizará primeramente el concurso para ascenso. // Cuando verificado este concurso, ninguno de los participantes haya obtenido las calificaciones necesarias para ascender, o cuando la naturaleza del cargo así lo exija, deberá convocarse a concurso abierto .” [74] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[75] “ ARTÍCULO 123. PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA. La provisión de los empleos comprendidos en la carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República, se hará por el sistema de mérito y comprende la convocatoria, el concurso y periodo de prueba, de acuerdo con los reglamentos que expida el Contralor General de la República previa aprobación del Consejo Superior de Carrera Administrativa.// Todo concurso será abierto y podrán participar quienes pertenecen a la carrera, al servicio o personas ajenas a ellos. // Los procesos de selección del personal para el ingreso a la carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República, será de competencia de la Oficina de Administración de Carrera Administrativa .” [76] M.P. Jorge Arango Mejía.

[77] La Corte precisó que la comprensión adecuada del enunciado normativo consistía en que se ordenaba la realización de un concurso cerrado para la provisión de las vacancias de docentes en el sector territorial, en el que solo podían participar quienes ejercieran esa labor por virtud de un contrato de prestación de servicios. Esta precisión fue necesaria dado que el demandante partía de la interpretación de que lo que se permitía era una incorporación automática de los y las profesores contratistas.

[78] “ En el caso en estudio, no se da ninguna circunstancia que justifique la celebración de concursos cerrados para permitir el ingreso a la carrera docente de unos educadores determinados. Entiende la Corte que los educadores que suscribieron un contrato de prestación de servicios en una época determinada, tienen, en igualdad de condiciones con otros, el derecho a vincularse legalmente con el Estado, y nada obsta para que participen en los concursos que para el efecto se realicen, donde su experiencia al servicio de la administración tendrá una valoración que el nominador deberá tener en cuenta, pero que no es razón suficiente, para excluir a otros docentes y por un término indefinido, de la posibilidad de vincularse con el Estado, por el sólo hecho de no haber suscrito contratos de prestación de servicios con la administración, a pesar de tener las capacidades para acceder al servicio y, por tanto, participar en los correspondientes concursos. Hecho que en sí mismo, desconoce el derecho a la igualdad .” [79] Artículo 140 de la Ley 201 de 1995, según el cual los concursos serían de dos tipos: abiertos y de ascenso, en este último caso “ para el personal escalafonado.

” [80] M.P. Antonio Barrera Carbonell. [81] José Gregorio Hernández Galindo. [82] M.P. Hernando Herrera Vergara. [83] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[84] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [85] “ Artículo 192. Concursos. Los concursos son:// 1. Abiertos: para el ingreso de nuevo personal a la carrera de la Procuraduría General. (…) // 2. De ascenso: para ascender en cargos de carrera de la Procuraduría General. En ellos solo podrán participar quienes se encuentren inscritos en la carrera de la entidad (…).” Antes de adoptar una decisión de fondo, la Corporación precisó que no se configuraba cosa juzgada constitucional por la Sentencia C-110 de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), dado que en dicha ocasión la disposición demandada se interpretó en el sentido de que no estaba ordenando el concurso cerrado de ascenso, pues por razones asociadas al servicio podría ser mixto, mientras que en este caso sí se excluyó la posibilidad de que personas ajenas a la carrera participaran en los procesos de ascenso.

[86] M.P. Jaime Córdoba Triviño. SV. Jaime Araujo Rentería, Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett. [87] M.P. Alfredo Beltrán Sierra. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis. AV. José Gregorio Martínez Galindo [88] M.P. Fabio Morón Díaz.

[89] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. SPV. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. [90] La Sentencia C-266 de 2002 mencionó estas decisiones sin extenderse en el alcance del problema jurídico allí abordado.

[91] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [92] “ En este sentido, lo que consagra el artículo 115 del Decreto 261 de 2002, en concordancia con los artículos 105 y 108 del mismo ordenamiento, es la posibilidad de un concurso de ascenso público y abierto pero de carácter mixto, en cuanto prevé la participación combinada de aspirantes inscritos en carrera y de quienes sin ajenos a ella, con la expectativa legítima de acceder a un cargo de mayor jerarquía los primeros, o de incorporarse al escalafón los segundos.” [93] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[94] Sobre este aspecto la Sentencia en comento realizó amplias consideraciones, dirigidas a advertir que la posibilidad de configurar regímenes específicos de carrera no implicaba el desconocimiento de los principios y mandatos constitucionales básicos de la comprensión de la carrera (fundamentos jurídicos No. 22 a 26).

[95] “ Lo anterior significa que el marco constitucional en que se deben regular los concursos para acceder a los puestos de carrera, bien sea para ingresar o para ascender en ella, procura la igualdad de condiciones tanto para inscribirse en el concurso como para ser evaluado dentro del mismo. El resultado del concurso debe ser pues, producto de una regulación igualitaria en la que sólo se ha pretendido determinar el mérito de los participantes. De ahí, que las medidas que el legislador tome para desatar una situación de empate, bien pueden dirigirse a reconocer factores que aplican únicamente para algunos de los aspirantes con el mismo puntaje. Sobretodo, porque hasta dicho punto han llegado a partir de evaluaciones objetivas y en condiciones iguales .

” [96] M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [97] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. S.V. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez.

[98] Sentencia C-517 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. SPV. Jaime Araujo Rentería. [99] Sentencia C-1177 de 2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[100] Sentencias de la Corte Constitucional C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. SV. Jaime Araujo Rentería. SPV. Rodrigo Escobar Gil. AV. Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández y Manuel José Cepeda; y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto, Mauricio González Cuervo y José Ignacio Pretelt Chlajub.

[101] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. [102] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. S.V. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

[103] Aprobado por el Congreso de la República en la Ley 74 de 1968. [104] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25).

[105] https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN25 . [106] ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General 25 de 1996 (sección 3).

[107] ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General 25 de 1996 (sección 4). [108] Aprobada por la Ley 16 de 1972. [109] https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf . Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

[110] De conformidad con lo establecido en la parte resolutiva: “ 12. El Estado no violó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas, consagrado en el artículo 23.1.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a los párrafos 201 a 207 de esta Sentencia.

” [111] Párrafo 206. [112] https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf . Sentencia de 30 de junio de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

[113] En este caso se consideró que el Estado era responsable por violar el artículo 23.1.c), dado que al momento de decidirse sobre la posible restitución al empleo, se consideró que pese a ser destituida irregularmente no procedía el reintegro pues la peticionaria había ejercido el cargo en provisionalidad. Al respecto, se precisó que:

“ [e] n suma, la Corte observa que un juez titular, en circunstancias de destitución anulada similares a las de la señora Reverón Trujillo, hubiese podido ser restituido.

Por el contrario, en el presente caso, por tratarse de una jueza provisoria, ante el mismo supuesto de hecho, no se ordenó su reincorporación. // 141. Esta diferencia de trato entre jueces titulares que cuentan con una garantía de inamovilidad plena, y provisorios que no tienen ninguna protección de dicha garantía en el contexto de la permanencia que les corresponde, no obedece a un criterio razonable (supra párr. 138) conforme a la Convención (supra párrs. 114 a 117 y 121). Por ello, el Tribunal concluye que la señora Reverón Trujillo sufrió un trato desigual arbitrario respecto al derecho a la permanencia, en condiciones de igualdad, en el ejercicio de las funciones públicas, lo cual constituye una violación del artículo 23.1.c de la Convención Americana en conexión con las obligaciones de respeto y de garantía establecidas en el artículo 1.1 de la misma.” [114] Párrafo 73.

[115] https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf . Sentencia de 1 de julio de 2011 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). En este caso el Estado no fue condenado por la lesión del artículo 23.1.c (párrafo 136).

[116] https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf . Sentencia del 28 de agosto de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

[117] Ibíd. , párr. 194. [118] Teniendo en cuenta las reglas establecidas en los artículos 3 y 4 de la mencionada ley. [119] Gaceta 587 de 2017. En la radicación del proyecto de ley se manifestó que se estaba “dando cumplimiento a uno de los acuerdos del acta final de acuerdo de la negociación colectiva de solicitudes de las organizaciones sindicales de empleados públicos suscrita el 29 de junio de 2017.

” Página 46. [120] “ Una verdadera carrera administrativa debe permitir a los funcionarios y empleados que formen parte de ella ascender dentro del sistema, mejorando su grado de remuneración y su nivel dentro de la organización hasta alcanzar las más altas posiciones dentro de la respectiva planta de personal, lo cual solo es posible a través de concursos de ascenso, donde participan los mejores funcionarios de la correspondiente entidad (…).

” [121] Elaborado por el Centro Latinoamericano de Administración de Desarrollo, por el consultor Rafael Jiménez Ascencio entre el 18 y el 29 de mayo de 2015, como consecuencia de una misión de cooperación técnica con el Departamento Administrativo de la Función Pública.

https://www.funcionpublica.gov.co/documents/28587425/35002896/Estudios+Salarios+2.pdf/6ffa5c06-918c-e4d8-a161-19f01a11e88f?t=1552595234601 . [122] Gaceta 587 de 2017, página 50.

[123] Para el año 2016, se fijó en aproximadamente el 30% en el sector nacional y en el 70% en el sector territorial. [124] “ La carrera administrativa tiene, por tanto, un doble significado: para el funcionario escalafonado constituye una garantía de que va a poder progresar hacia mejores puestos de trabajo, sabiendo de este modo que su esfuerzo continuado en el trabajo y su consecuente evaluación del desempeño van a ser recompensados a través de su posibilidad de su posibilidad de participación y superación de los concursos de ascenso programados. Para la Administración supone que va a poder contar de un contingente laboral altamente motivado y además especializado en las labores propias de las entidades, que puede asumir de manera inmediata las riendas de sus nuevos roles institucionales, sin que resulte necesario, por tanto, en todos los casos, acudir a concursos públicos y abiertos para la provisión definitiva de sus vacantes .” Gaceta 587 de 2017, página 49.

[125] Se citaron los casos de Francia , “ [l] os ascensos en el escalafón, tanto de grado como de salarios, ubicación en cargos superiores, se realizan por méritos, inscribiéndose en una “relación de ascensos” o por concurso ”;

Alemania , “[e] l ascenso de una categoría a otra se lleva a cabo por medio de exámenes. El sistema de carrera se fundamenta en la separación del empleo y del grado. Mientras que el empleo designa un puesto de trabajo, el grado está vinculado al funcionario dándole la oportunidad de ocupar un cierto número de puestos diferentes ”;

España , “ [l] as personas que ingresan a la administración como funcionarios se integran en diferentes escalas. Es posible que se presentes ascensos de grupo inferior a uno superior, por medio de la promoción interna” ;

Ecuador , “ [l] os ascensos representan aumentos de salarios, constituyéndose en un adelanto jerárquico del servidor público. El ascenso por antigüedad es automático y depende del tiempo que permanezca en cada nivel” ;

Paraguay , “es la ley quien reglamenta los procesos de admisión, promoción y remoción de los funcionarios de la administración pública, al igual que los demás empleados y servidores del Estado, sobre bases que aseguren estabilidad en los cargos y la igualdad de oportunidades” ; y, Perú , “ [l] a carrera administrativa se estructura pro grupos y niveles, con el propósito de que el servidor público tenga opciones para ocupar diversos puestos en su trayectoria dentro de la administración pública, posibilidad de desplazarse por las diferentes entidades de la administración.” [126] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

[127] Ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes, gaceta 861 de 2017, página 3. En el mismo sentido ver la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Cámara, gaceta 722 de 2018, página 3.

[128] Sesión del 7 de noviembre de 2017. Acta No. 22. Gaceta 378 de 2018. [129] Gaceta 966 de 2018. [130] Intervención de la Representante a la Cámara Ángela María Robledo. Gaceta 378 de 2018, páginas 13 y 14.

[131] Gaceta 382 de 2018, páginas 6 y 7. [132] Ibídem , páginas 7 a 9. [133] Pedro Pablo Sanabria Pulido, páginas 23 a 59. Este estudio está compilado en el documento “ Gestión estratégica del talento humano en el sector público:

estado del arte, diagnóstico y recomendaciones para el caso colombiano ”. Universidad de los Andes, Escuela de Gobierno Alberto Lleras Camargo. Ediciones Uniandes, Colciencias, Departamento Administrativo de la Función Pública, Escuela Superior de Administración Pública. 2015. Posteriormente citado como fuente académica para la Guía de Gestión Estratégica del Talento Humano (GETH), para el sector público colombiano. Departamento Administrativo de la Función Pública – Dirección de Empleo Público. Octubre de 2017.

[134] Esta clasificación corresponde con aquella mencionada en el estudio del consultor Rafael Jiménez Ascencio realizado entre el 18 y el 29 de mayo de 2015, mencionado en la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a la promulgación de la Ley 1960 de 2019.

[135] Pedro Pablo Sanabria Pulido, página 32. [136] Ídem . [137] Ibídem , página 33. [138] Ídem . [139] Ídem . [140] Octubre de 2017. [141] Este índice es medido por el World Economic Forum.

[142] Guía, página 10. [143] Al respecto ver, entre otras, las sentencias C-093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-673 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. AV. Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis; C-720 de 2007. M.P. (e) Catalina Botero Marino. AV. Catalina Botero Marino; C-115 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Alberto Rojas Ríos. AV. Alejandro Linares Cantillo; C-234 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera, y C-345 de 2019. M.P. Gloria Ortiz Delgado.

SPV. Antonio José Lizarazo. AV. Alejandro Linares Cantillo . [144] De su estructura hacen parte tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

[145] En el que se indaga, en términos generales, por tres aspectos: el fin de la medida, el medio que se emplea y la relación medio-fin. Bajo esta metodología, además, se precisan intensidades de valoración dirigidas a establecer un estándar de aquello que debe justificarse en cada uno de los aspectos mencionados.

[146] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. AV. Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis. [147] Algunas decisiones han propuesto la revisión de esta categoría. En concreto, en las sentencias C-520 de 2016 (M.P. María Victoria Correa Calle. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado), C-220 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís, en encargo. SV: María Victoria Calle Correa) y C-234 de 2019 (M.P.

Diana Fajardo Rivera), se mencionó que con la evolución de la comprensión de los derechos constitucionales fundamentales, el test estricto es procedente en aquellos eventos en los que se impacta un derecho constitucional fundamental en una faceta negativa o prestacional (positiva) mínima, que sea exigible de forma inmediata en virtud de la Constitución y/o el DIDH; y el test intermedio cuando se interfiere en una faceta prestacional -progresiva- de un derecho constitucional fundamental.

[148] Al respecto, en la Sentencia C-371 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada en la Sentencia C-115 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo, se sostuvo que los criterios sospechosos estaban asociados a un “ uso [que] ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres,

negros, homosexuales, indígenas, entre otros.” En jurisprudencia temprana esta Corporación sostuvo que los criterios sospechosos tenían como notas características, las siguientes:

“ (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se , criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales- ” C-481 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[149] Este término fue utilizado en algunos casos por esta Corporación cuando el criterio de diferenciación se funda, por ejemplo, en la edad.

Ver la Sentencia C-115 de 2017 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), en la que se hace un análisis de los eventos en los que la Corporación ha calificado tal criterio como neutro y en otros en los que lo ha calificado como semi sospechoso de discriminación negativa.

[150] El sentido indicativo que otorga la consideración de casos tipo es evidente en la jurisprudencia constitucional, pues no siempre estas materias han arrojado la necesidad de adelantar un juicio en un nivel ordinario o leve.

En la misma Sentencia C-673 de 2001, se afirmó que: “Por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado.

Lo mismo puede decirse, por ejemplo, de una norma contenida en un tratado que afecta derechos fundamentales . ” [151] Artículo 13, inciso 1º, de la Constitución.

[152] Sentencia C-345 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV. Antonio José Lizarazo. AV. Alejandro Linares Cantillo), “ El escrutinio de igualdad intermedio, por su parte, autoriza desigualdades que sean efectivamente conducentes para la consecución de un fin importante, es decir, un fin deseable, que hay buenas razones para perseguirlo y que, por tanto, debería buscarse. Análogamente, la medida que impone una desigualdad no puede ser evidentemente desproporcionada.” [153] La movilidad social se entiende como “ el movimiento de las circunstancias personales "hacia arriba" o "hacia abajo" de un individuo en relación con las de sus padres. En términos absolutos, es la capacidad de un niño de experimentar una vida mejor que la de sus padres. Por otro lado, la movilidad social relativa es una evaluación del impacto del entorno socioeconómico en los resultados de la vida de un individuo .” https://www.weforum.org/reports/global-social-mobility-index-2020-why-economies-benefit-from-fixing-inequality .

[154] Al respecto ver el informe emitido por el Foro Económico Mundial del año 2020. http://reports.weforum.org/social-mobility-report-2020/social-mobility-rankings/?doing_wp_cron=1622941474.2065830230712890625000 .

[155] Como también es deficitaria en materia de otros grupos discriminados. [156] https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/publicaciones/mujeres-y-hombre-brechas-de-genero-colombia-informe.pdf .

[157] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

[158] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [159] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [160] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. [161] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[162] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

[163] Sentencia C-011 de 1996. Fundamento jurídico 2. [164] Sentencia C-011 de 1996. Fundamento jurídico 2. [165] Sentencia C-063 de 1997. Fundamento jurídico 10.

[166] Sentencia C-045 de 1998. Fundamento jurídico 5. [167] Sentencia C-110 de 1999. Fundamento jurídico 2.6. [168] Sentencia C-486 de 2000. Fundamento jurídico 5.

[169] Sentencia C-266 de 2002. Fundamento jurídico 4.2. [170] Sentencia C-266 de 2002. Fundamento jurídico 4.3. [171] Sentencia C-266 de 2002.

Fundamento jurídico 4.2.2. [172] Sentencia C-266 de 2002. Fundamento jurídico 4.2.2. [173] Sentencia C-266 de 2002. Fundamento jurídico 4.2.2.

[174] Sentencia C-266 de 2002. Fundamento jurídico 4.2.1.2.1. [175] Sentencia C-266 de 2002. Fundamento jurídico 4.2.1.2.1. [176] Sentencia C-1079 de 2002.

Fundamento jurídico 5.7. [177] Sentencia C-1079 de 2002. Fundamento jurídico 5.9. [178] Sentencia C-1079 de 2002. Fundamento jurídico 5.9. [179] Sentencia C-1262 de 2005.

Fundamento jurídico 28. [180] Sentencia C-1262 de 2005. Fundamento jurídico 28. [181] Sentencia C-1263 de 2005. Fundamento jurídico 4. [182] Sentencia C-1263 de 2005.

Fundamento jurídico 4. [183] Sentencia C-097 de 2019. Fundamento Jurídico 4. [184] Sentencia C-093 de 2020. Fundamento Jurídico 76. [185] Sentencia C-034 de 2015.

Fundamento jurídico 3.5.2.3. [186] Sentencia C-034 de 2015. Fundamento jurídico 3.6.1. [187] Ibíd. Fundamento jurídico 3.6.2.5. [188] Sentencia C-034 de 2015.

Fundamento jurídico 3.6.1. y conclusión 4.2. [189] Sentencia C-266 de 2002. Fundamento jurídico 4.2.1.2.1. [190] Este instrumento internacional fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación del Congreso de la República de la Ley 74 de 1968. El pacto entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

[191] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25). [192] ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General 25 de 1996 (sección 3).

[193] ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General 25 de 1996 (sección 4). [194] Este instrumento internacional fue ratificado por Colombia mediante la Ley 970 de 2005.

[195] ONU. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (artículo 7). [196] ONU. Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción , 2012, p. 48. Disponible en:

https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_legislativa.pdf [197] ONU. Consejo Económico y Social. Gobernanza eficaz para el desarrollo sostenible: puesta en práctica de los principios y revisión de los resultados, 2020, p. 20. Disponible en:

https://unstats.un.org/unsd/statcom/51st-session/documents/BG-item-3o-E-C16-2020-3-S.pdf p. 20 [198] ONU. Consejo Económico y Social. Informe del Comité de Expertos en Administración Pública .

E/2016/L.3, p. 5. Disponible en: https://undocs.org/sp/E/2016/L.30 . [199] ONU. Consejo de Derechos Humanos. Resolución 27/24 del 26 de septiembre de 2014, p. 73.

Disponible en: https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/69/53/Add.1 [200] ONU. Consejo de Derechos Humanos. Resolución 27/24 del 26 de septiembre de 2014, p. 73.

Disponible en: https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/69/53/Add.1 [201] ONU. Consejo de Derechos Humanos. Resolución 27/24 del 26 de septiembre de 2014, p. 75.

Disponible en: https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/69/53/Add.1 [202] ONU. Asamblea General. Resolución 69/327 de 2015 . Disponible en: https://undocs.org/es/A/RES/69/327 [203] Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela . Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

Serie C No. 182. [204] Ibíd., párr. 72. [205] Ibíd., párr. 72. [206] Ibíd., párr. 72. [207] Ibíd., párr. 73. [208] Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela .

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197. [209] Ibíd., párr. 138. También puede consultarse: Corte IDH.

Caso Yatama Vs. Nicaragua . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. [210] Ibíd., párr. 139.

[211] Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela . Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

[212] Ibíd., párr. 135. [213] Ibíd., párr. 135. [214] Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268.

[215] Ibíd., párr. 194. [216] Sentencia C-588 de 2009. [217] Sentencia C-588 de 2009. Fundamento jurídico 4. [218] Sentencia C-588 de 2009. Fundamento jurídico 6.

[219] Sentencia C-084 de 2018. Fundamento jurídico 4.7.2.1. [220] Sentencia C-588 de 2009. Fundamento jurídico 6. [221] Sentencia C-588 de 2009.

Fundamento jurídico 6. [222] Sentencia C-093 de 2020. Fundamento Jurídico 76. [223] Sentencia C-097 de 2019. Fundamento jurídico 4. [224] Howard Wiarda.

Corporatism and Comparative Politics. The Other Great “Ism”. Routledge, New York, 2016. [225] Michael Sandel. The tyranny of merit: what’s become of the common good? Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2019, p. 52.

En parecido sentido, sobre la forma en que la justificación de trato diferente sobre supuestas ventajas naturales simplemente blinda una falsa idea de meritocracia .

Cfr. Richard Wilkinson y Kate Pickett. Igualdad = Cómo las sociedades + igualitarias mejoran el bienestar colectivo. Captan Swing Libros SL., Madrid, 2019, p. 237.

[226] “La idea de que la sociedad debería asignar las recompensas económicas y los puestos de responsabilidad según el mérito es atractiva por varias razones. Dos de estas razones son versiones generalizadas de un caso de contratación basada en el mérito: eficiencia y justicia. Un sistema económico que premia el esfuerzo, la iniciativa y el talento tiene mayor probabilidad de ser más productivo que uno que paga a todos por igual, independientemente de su contribución, o uno que distribuye las posiciones sociales deseables con base en el favoritismo.

Recompensar a las personas estrictamente por sus méritos también tiene la virtud de la justicia porque no discrimina por ninguna otra razón que no sea el logro”.

Michael Sandel. The tyranny of merit: what’s become of the common good? Farrar, Strauss and Giroux, New York , 2019, p. 52. [227] John Rawls.

A Theory of Justice . Harvard University Press, Cambridge, 1971, pp. 85-87 y Political Liberalism , Columbia University Press, New York, 1993, pp. 72-73.

[228] “Al ocupar puestos de trabajo, el mérito importa, al menos por dos razones. Uno es la eficiencia. Estaré mejor si mi plomero o dentista es eficiente en lugar de incompetente. El otro es la justicia. Sería incorrecto discriminar al candidato más calificado con base en un prejuicio racial, religioso o sexista y contratar a una persona menos calificada en su lugar. Incluso si, con el propósito de satisfacer mi prejuicio, estuviera dispuesto a aceptar una reparación de plomería o un tratamiento de conductos de mala calidad, la discriminación aún sería injusta.

Los candidatos más calificados podrían quejarse con razón de que fueron víctimas de la injusticia”. Michael Sandel. The tyranny of merit: what’s become of the common good? Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2019, p. 51.

[229] Amartya Sen. Desarrollo y libertad . Planeta, Barcelona, 2000, p. 35. [230] CEPAL, FAO, ONU Mujeres, PNUD y OIT. Informe Regional. Trabajo decente e igualdad de género.

Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe , Santiago, 2013, p. 47. [231] CEPAL, FAO, ONU Mujeres, PNUD y OIT.

Informe Regional. Trabajo decente e igualdad de género. Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe, Santiago, 2013, p. 51.

[232] CEDAW (artículo 11). [233] CEDAW (artículo 11). [234] Comité CEDAW. Recomendación General 23 de 1997. [235] Comité CEDAW. Recomendación General 25 de 1999.

[236] ONU Mujeres. Declaración y plataforma de acción de Beijing. Disponible en: https://beijing20.unwomen.org/~/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf [237] OCDE.

Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Liderazgo y Capacidad en la Función Pública , OCDE/LEGAL/0445. Recomendación 3. [238] OCDE. Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Liderazgo y Capacidad en la Función Pública , OCDE/LEGAL/0445. Recomendación 3.

[239] “Aunque las mujeres trabajan muchas horas al día en el hogar, como este trabajo no está remunerado, no suele tenerse en cuenta cuando se contabilizan las respectivas aportaciones de las mujeres y de los hombres a la prosperidad conjunta de la familia. Sin embargo, cuando la mujer trabaja fuera del hogar y percibe un salario, su contribución a la prosperidad de la familia es más visible. También tiene más voz, ya que depende menos de otros. Parece que la mejora de la posición de las mujeres afecta incluso a las ideas sobre los ‘deberes’ de las hijas. Por lo tanto, la libertad para busca y tener trabajo fuera del hogar puede contribuir a reducir las privaciones relativas -y absolutas- de las mujeres. Parece que la libertad en un área (la de poder trabajar fuera del hogar) contribuye a fomentar la libertad en otras (la libertad para no pasar hambre, no padecer enfermedades y no sufrir privaciones relativas). Amartya Sen.

Desarrollo y libertad . Planeta, Barcelona, 2000, p. 239. [240] Real Decreto Legislativo 5/2015 Estatuto Básico del Empleado Público (artículos 16-18).

[241] Real Decreto Legislativo 5/2015 Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 55). [242] Real Decreto Legislativo 5/2015 Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 61).

[243] Real Decreto Legislativo 5/2015 Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 59). [244] DFL 29 de 2005 Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=236392 [245] DFL 29 de 2005 (artículo 17) [246] DFL 29 de 2005 (artículo 18) [247] DFL 29 de 2005 (artículo 19) [248] DFL 29 de 2005 (artículo 21) [249] Ley 30.057 de 2013 Disponible en:

https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30057.pdf [250] Ley 30.057 de 2013 (artículo 1) [251] Ley 30.057 de 2013 (artículo 8) [252] Ley 1581 de 1953 Disponible en:

https://www.hacienda.go.cr/Sidovih/uploads//Archivos/Reglamentos%20de%20ley/Estatuto%20de%20Servicio%20Civil%20-%20versi%C3%B3n%202018.pdf [253] Ley 1581 de 1953 (artículo 6) [254] OCDE.

Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Liderazgo y Capacidad en la Función Pública , OCDE/LEGAL/0445. [255] Sentencia C-345 de 2019. Fundamento Jurídico 15.

[256] Michael Sandel. The tyranny of merit: what’s become of the common good? Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2019.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.