



Título: Rastros de restos serie 6

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

***PRINCIPIO DEL MÉRITO
Y DERECHOS FUNDAMENTALES:
ELEMENTOS PARA EL DISEÑO
INSTITUCIONAL DE UN SISTEMA
DE CARRERA ADMINISTRATIVA
EN LA PERSPECTIVA
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES***

Fecha de recepción: septiembre 22 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 9 de 2011

**PRINCIPIO DEL MÉRITO Y DERECHOS FUNDAMENTALES:
ELEMENTOS PARA EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE UN SISTEMA
DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

*Hernán Darío Vergara Mesa**

RESUMEN

La perspectiva de los derechos fundamentales en el diseño de las instituciones públicas, es una de las consecuencias inevitables de la fórmula del Estado constitucional de derecho acogida por la Carta Política colombiana vigente.

Al constatar que el mérito es uno de los principios formales estratégicamente concebidos por el Constituyente de 1991 para hacer efectivo el sistema de derechos sobre los que se fundamenta el nuevo texto constitucional, además de garantizar los principios sobre los que reposa el cumplimiento de la función administrativa del Estado, el artículo plantea la necesidad de que se discuta la posibilidad de un diseño institucional del sistema de carrera desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Principio de merito, derechos fundamentales, carrera administrativa.

**PRINCIPLE OF MERIT AND FUNDAMENTAL RIGHTS:
ELEMENTS TO THE INSTITUTIONAL DESIGN OF A SYSTEM
OF ADMINISTRATIVE CAREER IN THE PERSPECTIVE OF THE
FUNDAMENTAL RIGHTS**

ABSTRACT

The perspective of the fundamentals rights in the design of the public institutions, is one of the inevitable consequences of the formula of the constitutional State of law received by the Politic Cart.

When it is verified that the merit is one of the formal principles conceived by the constituent of 1991 to do effective the system of rights that supports the new constitutional text, moreover it guarantees the principles that rest the administrative function of the State, the article explains the necessity of discuss the possibility of a institutional design of the system of career since the perspective of the fundamental rights.

Keywords: Merit principle, fundamental rights, administrative career.

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia

PRINCIPIO DEL MÉRITO Y DERECHOS FUNDAMENTALES:

ELEMENTOS PARA EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE UN SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los roles que manifiesta el Estado dentro de las sociedades modernas es su carácter de empleador, esto es, como una organización que tiene a su cargo un grupo de empleados y de trabajadores que se ocupan de desarrollar las labores que tienen relación con la diversidad de tareas que a aquél le corresponde cumplir. Como tal, tiene las potestades y las obligaciones que se le reconocen y exigen a cualquier empleador, pero en un ámbito de restricciones un poco desconocidas para los empleadores particulares, las cuales tienen que ver con el interés público que está implicado en todos los asuntos relacionados con el Estado.

Dentro de las restricciones que tradicionalmente se pueden reconocer en el ámbito laboral del Estado, se destacan las relativas al presupuesto y, fundamentalmente, las referidas a la contratación del personal. Estas últimas son las que interesan aquí, pues guardan una relación muy estrecha con la necesidad de que el Estado garantice la efectividad de un conjunto de principios constitucionales que tienen que ver con la igualdad, la transparencia, la eficiencia, y la eficacia en el cumplimiento de la función pública y especialmente de la función administrativa.

En atención a estos principios, al Estado no se le reconoce la *libertad de contratación* que sí se predica de los empleadores privados, quienes no tienen limitaciones para la contratación civil o laboral, diferentes a las que se desprenden de la obligación de no generar discriminaciones por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, previstas en el inciso 1° del artículo 13 de la Carta Política. El Estado, por el contrario, en virtud de ese mismo artículo 13, tiene la obligación de garantizar la igualdad de trato y protección en todas sus actuaciones, entre las cuales por supuesto se comprenden aquellas que se desenvuelven en el plano laboral. A esto se agregan los principios de la función administrativa¹; los propios del derecho laboral que se encuentran consagrados en el artículo 53 de la Carta Política colombiana, con particular relevancia del principio de “igualdad de oportunidades para los trabajadores”; y fundamentalmente el principio de mérito

1 Artículo 209 de la CPC.

consagrado en el artículo 125 de la Constitución, que específicamente alude a la obligación que tiene el Estado de proveer sus propios cargos mediante el sistema de carrera.

A lo anterior se suman los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que establecen regulaciones básicas para la protección de la igualdad en el empleo frente a todo tipo de conductas discriminatorias, y que están contenidas en los Convenios No. 100 y 111, que hacen parte de la legislación interna por expresa remisión del artículo 53 de la Carta Política². El Convenio No. 111 es especialmente importante para el tema que nos ocupa, al expresar en el artículo 1° lo siguiente:

1. A los efectos de este Convenio, *el término discriminación comprende:*

a) *cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*

b) *cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.*

2. *Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.* (Cursivas fuera del texto)

Estos claros mandatos constitucionales y de convencionalidad internacional exigen del Estado la adopción de una serie de medidas legislativas, reglamentarias y técnico-administrativas encaminadas a hacer efectiva la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales que se desarrollan en su interior. Las manifestaciones que puede revestir esa obligación son múltiples y variadas, y no se reducen exclusivamente al enganche de personal, sino que se trasladan a todos los campos de esa relación, como ocurre con los reconocimientos salariales y prestacionales, las jornadas de trabajo, las situaciones administrativas, el bienestar social y laboral, la seguridad social, entre otros.

De algún modo, cuando hablamos del mérito nos estamos refiriendo a un principio formal³ que pretende hacer posible o efectivo el principio sustancial de la igual-

2 “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.”

3 El calificativo de principio formal está dado en razón de que está instituido para hacer efectivos otros principios constitucionales. Ver, CAÑAL, Diana, Decisiones Judiciales: La relación entre normas de fondo y de

dad en las relaciones laborales públicas y cuya plasmación se observa prácticamente en todas las etapas de esa relación, tanto desde el inicio, como en el transcurso y hasta la terminación de la misma, con especial referencia a las etapas de acceso al servicio y de evaluación o calificación del personal, en donde pueden hacerse manifiestas conductas que alteran la igualdad de trato y de oportunidades que se le debe dispensar tanto a los candidatos a los cargos públicos como a quienes ya tienen la calidad de empleados del Estado.

Es importante en todo caso advertir, que si bien la igualdad es el principio que aparece inicialmente fundamentando el sistema de mérito dentro de la función pública, no por ello es el único valor que se procura alcanzar dentro de las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho. Ya antes se había mencionado que también con él se persiguen propósitos de moralidad, transparencia y eficiencia en el desempeño de las labores estatales, lo que permite pensar que nos encontramos ante uno de los principios formales más importantes de la Carta Política vigente en Colombia.

Podría decirse así que el sistema de mérito busca no sólo la protección simple y llana de los trabajadores al servicio del Estado, a efectos de que nos se les discrimine, sino que también ampliaría el radio de esa protección hacia todos aquellos ciudadanos interesados en acceder a los cargos públicos, que pretenderían las mismas oportunidades; así como también hacia toda la comunidad, o si se quiere a los potenciales usuarios de los servicios públicos, a quienes interesaría ser tratados con imparcialidad, neutralidad, eficiencia y eficacia en los asuntos que adelanten ante las diferentes instancias públicas.

Precisemos este punto y la faceta inicial que tiene este principio que en los distintos ámbitos en que opera y se relaciona con los derechos fundamentales:

- Un primer momento es el relativo a la esfera del acceso a los empleos públicos. Aquí el principio del mérito se comporta ante todo como un medio que garantiza la igualdad de trato y de oportunidades para todos los ciudadanos interesados y que se consideran con aptitudes suficientes para ocupar los cargos públicos.

Este momento tiene importantes variables en relación con la garantía del derecho a la igualdad, pues, por un lado, hace relación a la no discriminación utilizando factores absolutamente prohibidos por la Constitución, como la raza, el sexo, la condición social o familiar, el credo religioso o político, entre otros; por el otro, implica la obligación que se desprende de los incisos 2° y 3° del artículo 13 de la

Carta política colombiana, de promover la protección y la igualdad real y efectiva de las personas y grupos marginados o en situación de debilidad manifiesta.⁴

Este último es uno de los temas más atractivos a la hora de asumir el estudio de un sistema de mérito en perspectiva de derechos fundamentales, pues se trataría de definir el alcance de las obligaciones que adquiere el Estado con la promoción y garantía de acceso a los empleos públicos de personas que por sus condiciones físicas, sociales e incluso culturales, no podrían sin la intervención del Estado, aspirar a ocuparlos. ¿El principio constitucional del mérito plantearía la exigencia de acciones afirmativas por parte del Estado en este específico escenario de las oportunidades para acceder a los cargos públicos? ¿Qué tensiones o conflictos hallaría esta posibilidad con la efectividad de otros derechos fundamentales e incluso con las mismas finalidades del Estado? ¿Puede resolverse a priori este tipo de conflictos?

He ahí un punto de trabajo prometedor de intensas polémicas y de apasionantes conclusiones.

- Un segundo momento es el concerniente a la evaluación del mérito en el cumplimiento de las tareas estatales, lo que comúnmente se denomina como calificación de servicios. Este es un ámbito en el que se desarrolla un procedimiento administrativo tendiente a medir el grado de cumplimiento de las obligaciones, tareas, responsabilidades y el logro de los objetivos del servicio por parte del empleado. Es importante señalar, al menos por lo que ocurre en Colombia, que esta fase no es simplemente de constatación, sino que comprende también todo lo referente a la definición de los criterios y elementos de la evaluación, en la que, al menos teóricamente, puede participar activamente el empleado.

Si se observa bien, en este punto el sistema de méritos intenta garantizar la imparcialidad y la transparencia de la calificación del servicio, en donde son los derechos del trabajador o del empleado evaluados los que resultan directamente comprometidos; en principio, no otros, aunque de manera indirecta la sociedad y el Estado se encuentran interesados en que se desarrolle una calificación objetiva, para retener en el servicio público a un buen empleado, o para descartar su permanencia en caso de ineficiencia.

Un tercer momento es el relativo a la esfera del ejercicio de las funciones propias del empleo público. Este es uno de esos momentos que se puede pensar com-

4 “...El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

prendido en el anterior; sin embargo, la óptica desde la que se le podría mirar es desde la garantía de los servicios que presta el empleado o trabajador a la comunidad de usuarios que interactúan ante él. Es aquí donde resulta pertinente preguntarse sobre el papel que debe cumplir el empleado o trabajador dentro de la respectiva entidad pública, para satisfacer las necesidades sociales que le han sido legalmente asignadas a la misma y que generan la expectativa social de su efectiva prestación.

Son dos los aspectos que sugiere este momento. Uno de ellos tiene que ver con la diversidad de tareas que el Estado cumple en las sociedades contemporáneas, que podrían clasificarse, para efectos simplemente metodológicos, en dos clases de funciones: por un lado, las típicamente estatales o públicas, que normalmente implican el ejercicio de autoridad; y por otro lado, las típicamente comerciales o de gestión económica, en donde las manifestaciones de autoridad no son usuales ni concebibles porque se sustentan en el principio de igualdad contractual. Esta clasificación por sí misma marcaría un contenido diverso del principio del mérito que se debe observar, exigir y medir en las relaciones laborales estatales, que puede ser en términos de objetividad-imparcialidad, en las primeras, y de eficiencia-eficacia en las segundas, como luego se destacará.

Otro aspecto de este momento, muy conectado con el anterior, se refiere a la esfera de los derechos fundamentales de los administrados o usuarios de los servicios públicos que interactúan con el Estado. El personal que labora para éste debe observar una serie de comportamientos en la prestación de tales servicios que permitan la satisfacción de derechos de diversa índole que bien pueden ser tanto de libertad como de igualdad, y que está de cargo de la administración realizarlos, como sucede con el derecho de petición, la confianza legítima, el debido proceso, el derecho a la intimidad y una gran cantidad de derechos prestacionales diseminados a lo largo del texto constitucional. El mérito aquí proyecta su aplicación no sólo a la selección de personal idóneo y competente para el cumplimiento de las actividades en función de la realización de los derechos, sino que también incidiría en el momento de la evaluación de tales tareas y, ante todo, en el de formación y cualificación del personal atendiendo a estas finalidades.

Se debe anotar sin embargo, que esa comunidad de usuarios puede tornar mucho más complejo el sistema de mérito, por cuanto la definición de las personas más capacitadas para desempeñar un puesto público puede llegar a depender, aunque en principio se debería de asumir como sospechoso, de características demográficas, e incluso de factores, en principio descartables, como la raza y la nacionalidad, tanto como de la educación formal y la posesión de ciertas capacidades. Esa es la opinión de GUY PETERS, quien señala:

Una de las características definitorias del modelos de burocracia de Weber era que los funcionarios públicos deberían seleccionarse por las normas de desempeño y el mérito, no por criterios de adscripción, como la casta, la raza, el idioma; a esto se le ha llamado selección por “competencia neutral”. El supuesto subyacente es que la burocracia debe ser capaz de contratar al mejor personal posible, y la contratación por méritos es el instrumento lógico para llenar los puestos vacantes con el personal más calificado.

Ahora bien, la idea del ‘mérito’ en el cargo público es más compleja de lo que suele creerse; la raza, el credo, el color, el género de los empleados públicos pueden ser importantes para determinar la eficiencia de los servicios gubernamentales. Por atractivo que pueda resultar emplear a la mejor persona posible, desde el punto de vista de la aplicación de las normas del desempeño de una sociedad moderna, y quizás desde el logro de las metas de igualdad social en una sociedad en desarrollo, la contratación por méritos podría generar algunas ineficiencias importantes, si se le compara con la designación política⁵.

Este enfoque a partir de los usuarios es en todo caso definitivo a la hora de hablar de derechos fundamentales e implicaría hacer un profundo estudio del impacto que debe tener el servicio y las políticas públicas en la comunidad, para, a partir de allí, diseñar los procesos de selección y, especialmente, redefinir los propósitos del proceso de evaluación y calificación de servicio y el de la formación profesional y laboral de los empleados, pues ya no atenderían, como ahora, a objetivos exclusivamente laborales u organizacionales, sino también y prioritariamente a la verificación o fortalecimiento del cumplimiento del cometido estatal en función de los derechos fundamentales de los usuarios.

El principio del mérito como eje estratégico de la carta política de 1991.

La Constitución Colombiana actual, expedida en el mes de julio de 1991, es el resultado de un gran acuerdo nacional, en el que participaron fuerzas políticas de diferentes corrientes ideológicas provenientes de los partidos tradicionales, de grupos sociales históricamente marginados como los indígenas y las comunidades negras, y hasta de grupos alzados en armas que meses antes habían entrado en diálogos con el gobierno nacional. El resultado de esta amplia participación en la asamblea nacional constituyente fue una Carta Política extensa, diversa, en muchos casos incoherente y contradictoria, justamente por intentar reflejar los anhelos y la

5 GUY PETERS, B, La Política de la Burocracia, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1999.

pluralidad de intereses que se encontraban en el juego en las discusiones de cada uno de los artículos constitucionales definitivos.

Lo que parece interesante, es el alto grado de consenso que existió alrededor del tema del sistema de mérito, y específicamente de la carrera administrativa. Cuando se leen las exposiciones que cada una de las ponencias desarrolló alrededor de este punto, se encuentran grandes coincidencias en cuanto a los diagnósticos, los problemas estructurales que existían en la función pública colombiana, y en las fórmulas constitucionales que debían adoptarse para remediar las anomalías que en este sentido estaban minando la legitimidad del Estado.

Dos temas fundamentalmente fueron el centro de atención de los diagnósticos de los delegatarios constituyentes: el primero de ellos, el alto grado de corrupción hallado en el marco de la provisión de los cargos públicos, en donde se pudo advertir la ineficacia total del sistema de carrera que se había instaurado desde el año 1938. El llamado botín político era la característica común en la gestión del personal del Estado, lo que no solamente ponía en riesgo la idoneidad y la calidad de los servidores públicos, sino también del sistema democrático, en la medida en que no se propiciaban las condiciones para que tanto las elecciones de las autoridades como el ejercicio de la función pública, fuera transparente y eficaz. El segundo tema, la ineficiencia que caracterizaba a los empleados del Estado, los cuales habían atiborrado el servicio público de trámites burocráticos excesivos, denegando de esa manera una efectiva y adecuada prestación de los servicios. En muchas intervenciones se halla inmersa esta preocupación⁶, como queda condensado plenamente en el acta de la reunión del 6 de mayo de 1991, que consta en la Gaceta No. 68, uno de cuyos apartados brevemente expresa lo siguiente:

“La propuesta de articulado presentada en esta ponencia significa un esfuerzo por recoger los consensos que aparecen esbozados en los proyectos de reforma arriba reseñados.

Para cumplir la finalidad del Estado consagrados en que el servidor público está al servicio exclusivo de la comunidad, y en consecuencia en una de las alternativas del articulado se propone la adopción de las carreras en todos los órganos, órdenes y niveles. Eso sí, como lo señalara la comisión presidencial para la reforma de la administración pública, convocada durante la administración Barco: “ la carrera administrativa no puede distorsionarse como garantía de estabilidad de funcionarios ineficientes ni de protección de inte-

6 Pueden encontrarse ponencias sobre este particular en las Gacetas Constitucionales No. 5 del 15 de febrero; No. 6 del 18 de febrero; No. 8 del 19 de febrero; No. 9 del 19 de febrero; No. 10 del 20 de febrero; No. 12 del 28 de febrero; No. 15 del 4 de marzo; No. 16 del 5 de marzo; No. 18 del 8 de marzo; No. 19 del 11 de marzo; No. 20 del 7 de marzo; No. 30 del 1º abril; No. 45 del 13 de abril y la No. 78 del 21 de mayo de 1991.

reses puramente gremiales, sino que, ‘es un adecuado desarrollo, constituye el sistema técnico de administración de personal propio del sector público, dirigido a asegurar la eficiencia de la administración...’ Como lo precisara igualmente la Comisión Preparatoria sobre Administración pública: “El país demanda ahora como prioridad la mayor eficiencia y eficacia en la gestión pública, como condición básica para desarrollar la legitimidad institucional. Esto unido a la elevación general de los niveles de calificación exige criterios que garanticen la mayor profesionalización del servidor público, promoviendo el desempeño y la eficiencia, buscando la mayor competitividad en el acceso al servicio público en la permanencia en el mismo, y siempre acorde con la necesidad del servicio”⁷.

Por su parte, también la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de fijar el valor que representa para nuestro ordenamiento jurídico el principio del mérito. Lo ha hecho en innumerables ocasiones, pero determinadamente en la sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, en la que, por primera vez en Colombia, se declara inexecutable en su totalidad un acto reformativo de la Constitución por sustitución constitucional, y para ello retoma su vasta jurisprudencia sobre el mérito como principio, que a la vez desempeña un papel estelar en nuestro modelo de Estado. Allí la Corte expresó, entre otras cosas, lo siguiente:

Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional,⁸ bajo el entendimiento de que los principios “suponen una delimitación política y axiológica”, por cuya virtud se restringe “el espacio de interpretación”, son “de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional” y tienen un alcance normativo que no consiste “en la enunciación de ideales”, puesto que “su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser”.

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

7 Páginas 83-84. En la Gaceta No. 70 del 8 de mayo de 1991, se da cuenta de la totalidad de los proyectos normativos que sobre este tema fueron presentados por los diferentes delegatarios ante la ANC.

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

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

...siguiendo los presupuestos que definió la jurisprudencia como esenciales para la configuración de un principio de rango constitucional, al analizar el contenido y alcance de lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta, el intérprete puede, sin lugar a equívoco, reivindicar la carrera administrativa como un principio del ordenamiento superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, a tiempo que se erige en instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría, como los de igualdad e imparcialidad, y de derechos fundamentales tales como el consagrado en el numeral 7° del artículo 40 de la Constitución, que le garantiza a todos los ciudadanos, salvo las excepciones que establece la misma norma superior, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos¹⁰.

Así las cosas, como lo estimó la Corporación, en otra oportunidad, “el Constituyente, al redactar el artículo 125 de la Carta, y consagrar en su texto como regla general de la administración pública, la aplicación del sistema de carrera administrativa a los servidores del Estado, lo que hizo fue hacer compatibles los componentes básicos de la estructura misma del aparato que lo soporta, con los principios y fundamentos del Estado Social de Derecho”¹¹¹².

El mandato concebido en su momento por el Constituyente y que ha dado lugar a una profusa jurisprudencia constitucional, tiene ya 20 años de vigencia, y a decir verdad, su funcionalidad ha dejado una paradójica sensación: por un lado, la de que se ha producido una extraordinaria evolución legislativa y jurisprudencial alrededor del tema de la carrera en todos los órdenes y niveles del Estado; en este punto se observa un lento pero positivo avance de depuración normativa de los aspectos relativos a la aplicación de la carrera¹³. Pero por otro lado, la de que se conserva una precaria efectividad del sistema de mérito, en tanto las provisiones de cargos públicos mediante concurso público son en proporción menores en comparación con las que se producen por las vías de la provisionalidad y de la ya desaparecida figura de la inscripción extraordinaria en la carrera administrativa, que de todos modos sigue produciendo sus efectos¹⁴.

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

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

12 Sentencia C-588 de 2009, páginas 67-68. (Las citas dentro del texto de la sentencia cuyos apartes se han transcrito, son de la Corte Constitucional).

13 Uno de los puntos más relevantes es el que hace referencia al señalamiento de los criterios para la creación de empleos de libre nombramiento y remoción.

14 La Ley 27 de 1992 fue el primer estatuto de carrera administrativa en Colombia después de expedida la Carta Política de 1991. En virtud del artículo 22 de esta Ley, se produjo una vinculación masiva de servidores públicos a la carrera, de manera automática. Esta disposición fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-030 de 1997, con efectos hacia el futuro.

En estos 20 años se han presentado diversos problemas para darle efectividad a este sistema y de esa manera cumplir con el mandato constitucional del mérito para el acceso y la permanencia en la función pública. Distintas leyes se han expedido, tanto para el sistema general como para los especiales de carrera¹⁵, con sus respectivos decretos reglamentarios, para darle salida a los procesos de selección. Pero las dificultades estructurales aún continúan. En muchas ocasiones los problemas se hallan en el adelantamiento de los concursos públicos, por la complejidad logística que ellos adquieren cuando se trata de proveer un número realmente significativo de empleos, en los cuales puedan surtirse todas las etapas con el respeto de las reglas de juego planteadas en las convocatorias públicas, y asegurando además el debido proceso de los participantes¹⁶. En otros casos, han sido los pronunciamientos de la jurisdicción constitucional los que han dejado sin valor tales convocatorias, por encontrar algunos vicios de inconstitucionalidad en las normas legales en que ellos se fundamentaban¹⁷.

A raíz de ello, no solamente no ha operado la carrera, sino que ha adquirido fuerza durante todos estos años el fenómeno de la provisionalidad, que es una institución excepcional para la provisión de los cargos públicos. Alrededor del tema de los empleados que están nombrados en provisionalidad, se han generado una serie de propuestas legislativas y hasta de reformas constitucionales que han intentado reconocerles los derechos de carrera, de manera automática, yendo posiblemente en contravía del principio constitucional del mérito¹⁸. Del mismo modo, y a propósito de esas iniciativas legislativas, se ha producido un número también importante de decisiones judiciales en torno a los alcances y contenidos del sistema de mérito, y sobre el papel que juega la provisionalidad dentro de todo el engranaje de la carrera.

Las tensiones que esto ha creado entre las altas cortes colombianas, específicamente entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han sido permanentes y han derivado en pronunciamientos radicales y antagónicos en relación con los mismos problemas jurídicos, hasta el punto que de crear una verdadera crisis institucional entre estas corporaciones. La reacción más audaz sobre el tema puede encontrarse en la recientemente expedida sentencia de la Corte Constitucional SU-917 del 16 de noviembre de 2010, en la cual la Corte hace un perentorio llamado a todos los

15 Se destacan las Leyes 27 de 1992, 443 de 1998 y 909 de 2004.

16 Ejemplo de ello es la Convocatoria 001 de 2005 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que cinco años después de expedida, aún no termina con lista de elegibles definitiva para todos los cargos convocados.

17 La sentencia C-372 de 1999 de la Corte Constitucional es un caso conocido entre nosotros.

18 Una propuesta de reforma constitucional con este fin fue el Acto Legislativo No. 1 de 2008, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 588 de 2009; en esta sentencia se declara al mérito como uno de los ejes definitorios de la Carta Política de 1991.

jueces a respetar su jurisprudencia sobre el tema de la provisionalidad, so pena de incurrir en vías de hecho que pueden conducir a anular, como en efecto sucedió en ese caso, sus sentencias.

Lo cierto entonces es que hay en Colombia una norma constitucional que establece el mérito como un principio rector de las relaciones laborales estatales, pero con altos índices de ineficacia, y que, posiblemente, las razones de la misma pueden encontrarse en la persistencia de los vicios que la Asamblea Nacional Constituyente encontró enraizados en su momento en la función pública, que pueden resumirse en el intento de hacer prevalecer los esquemas de patronazgo sobre los empleos públicos, con su más clara manifestación actual: la provisionalidad generalizada que éstos han mantenido por un número significativo de años.

Los concursos públicos que actualmente adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil con base en las normas de carrera que fueron expedidas en el año 2004, mantienen un bajo impacto en la provisión de los cargos públicos vacantes en el Estado, tanto en el nivel nacional como territorial¹⁹; y mientras tanto, continúan las insistencias políticas, traducidas en actos legislativos, de otorgar un tratamiento preferencial al personal nombrado en provisionalidad, y como muestra de ello es la expedición en el mes de julio del Acto Legislativo No. 4 de 2011, mediante el cual se homologan para ese personal las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo.

De todo este contexto surgen dos problemas básicos que debe enfrentar el sistema de mérito actualmente en Colombia: el primero, el ya conocido y diagnosticado, de su ineficacia, en cuanto a la falta de operatividad de las normas de carrera en materia de evaluación del mérito para el acceso y la permanencia en el servicio; el segundo, que me parece a mi mucho más importante y –que se conozca- aún no planteado, el referido *al diseño institucional de un sistema de mérito que ofrezca garantías de realización de los derechos fundamentales*. Con una normatividad sobre la carrera hemos contado por más de medio siglo; pero sólo desde el año 1991 el Constituyente ha pretendido, además de que sean eficaces, que estén prioritariamente al servicio de los valores y derechos fundamentales que inspiraron la expedición de una nueva Carta Política.

19 Debe aclararse que este hecho no es necesariamente imputable a la Comisión Nacional del Servicio Civil, autoridad competente para administrar y vigilar las carreras no especiales. Más bien, ha sido consecuencia de las diferentes propuestas legislativas, que por alguna u otra razón, conllevan la suspensión del trámite de los concursos, como ocurrió en el caso del Acto Legislativo No. 1° de 2008.

Los derechos fundamentales como perspectiva necesaria del sistema de mérito.

Hablar de una perspectiva de los derechos fundamentales para el sistema de mérito o de carrera administrativa, tiene sentido en un contexto de Estado constitucional de derecho, el cual, como lo afirma PRIETO SANCHÍS “viene a expresar la fórmula política del garantismo, el único marco en el que puede prosperar su ambicioso programa cuyo elemento medular consiste en una concepción artificial de las instituciones a al servicio de los derechos²⁰”, y que, a diferencia del positivismo jurídico, se caracteriza por “la regulación de sus significados mediante normas sustantivas que exigen que todos los poderes, incluso el legislativo, se hallen sometidos a límites y vínculos de contenido”²¹.

Un Estado constitucional de derecho supone la superación del Estado legislativo de derecho y se desarrolla a partir de lo que COMANDUCCI denomina la asunción de una ideología de “constitucionalismo fuerte (o liberal)”, que plantea la exigencia de una “Constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal”, a diferencia del llamado constitucionalismo débil, que afirmaría la exigencia de una “Constitución solamente para limitar el poder existente, sin prever una específica defensa de los derechos fundamentales”²².

Las características de este fenómeno, que GUASTINI denomina “constitucionalización del ordenamiento jurídico”²³, tienen que ver a) con la existencia de constituciones rígidas; b) con la garantía jurisdiccional de la Constitución; c) con el reconocimiento vinculante de todas las normas constitucionales; d) con la aceptación de que la Constitución puede ser interpretada tanto literal como extensivamente, pudiéndose extraer de ella innumerables normas implícitas idóneas para regular aspectos de la vida social y política; e) con la posibilidad de aplicación directa de las normas constitucionales, incluso a las relaciones entre particulares, y e) con el reconocimiento de una interpretación conforme de la ley en relación con la constitución,

20 PRIETO SANCHIS, Luis, *Principia Iuris: Una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional*. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El Canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, página 275.

21 *Ibidem*, páginas 276-277

22 COMANDUCCI, Paolo, *Formas de (Neo) Consitucionalismo: un análisis Metateórico*. En: CARBONELL, Miguel (Editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Trotta, 2009, página 77.

23 GUASTINI, Ricardo, *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano*. En: CARBONELL, Ob. Cit, páginas 49 a 58. Otra caracterización del Estado Constitucional puede encontrarse en BERNAL PULIDO, Carlos, *Estudio Introdutorio*. En: ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, página XXXII.

de forma tal que se evite contradicciones entre las mismas. El mismo GUASTINI acepta que pueden existir grados diversos de constitucionalización, y por eso en los diferentes Estados pueden no hallarse algunas de estas características, pero ante todo las dos primeras son las indispensables para hablar del referido concepto²⁴.

No hay duda de que Colombia ha venido transitando paulatinamente hacia la consolidación, no sin tropiezos²⁵, de un Estado constitucional de derecho. Al menos eso se evidencia con la expedición una Constitución Política que se proclama fundada en el respeto de la dignidad humana, en la vigencia de un orden económico y social justo y en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, lo que sugiere un cambio de rumbo en relación con el estado de cosas que se tenían bajo la antigua Carta de 1886; del mismo modo, con la instauración de una Corte Constitucional como suprema vigía de la Carta y pieza clave para asegurar, por un lado, el carácter vinculante y prevalente la Constitución en todos los ámbitos, y por el otro, una interpretación del ordenamiento jurídico de acuerdo con los valores, principios y derechos constitucionales fundamentales, lo cual se ha manifestado creciente y eficazmente con el sistema de garantías judiciales que la Carta misma previó mediante las acciones constitucionales, en particular la acción de tutela.

Ha sido un proceso lento y dispendioso, pero la persistente labor de la Corte Constitucional colombiana y de muchos jueces de la república ha propiciado las condiciones para que Colombia recorra el camino hacia la constitucionalización de su ordenamiento jurídico. Y es por eso que no resulta forzoso sostener que problemas jurídicos de diversa índole, antes inmunes al ámbito constitucional, podrían tener una relevancia a ese nivel y desembocar fácilmente en el escenario de los derechos fundamentales²⁶. Uno de ellos es el sistema de mérito, por el grado de compromiso que genera de los mismos en los distintos ámbitos en que opera, amén de la efectividad de otros principios constitucionales muy importantes del sistema democrático, como sucede con los de moralidad, transparencia, eficiencia, eficacia y publicidad, que son ejes orientadores de la función administrativa, en los términos del artículo 209 constitucional.

24 *Ibidem*, página 50.

25 La vertiginosidad de los cambios introducidos a la Carta Política Colombiana de 1991, es una muestra de los obstáculos que ha tenido que sortear el texto constitucional original. Al 7 julio de 2011, fecha del cumpleaños No. 20 de esta Carta, “se expidieron treinta y tres actos reformativos de la Constitución (doce durante los primeros diez años, veintiuno durante los últimos diez); de los Actos Legislativos expedidos hasta la fecha, la Corte declaró dos inexecutable y seis inexecutable parciales”. PÉREZ, WILLIAM FREDY, Reforma Constitucional. En: AGENDA CULTURAL No. 179 – Los Papeles de la Constitución, Medellín, Universidad de Antioquia, julio de 2011, página 16.

26 BERNAL PULIDO, Carlos, *Ob cit*, página 93. También PRIETO SANCHÍS, Luis, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. En: CARBONELL, Miguel (Editor), *Ob. Cit*, página 130.

Piénsese por ejemplo en la uno de los pasos previos de todo concurso de mérito, a veces infravalorado, como es la convocatoria pública. Este es un momento determinante de todo el proceso en el que las posibilidades de afectar derechos fundamentales y principios constitucionales es amplísima, como los de igualdad, buena fe, moralidad, transparencia y publicidad. La simple definición de los requisitos para participar, puede conducir por sí misma a la exclusión de muchos aspirantes y al favorecimiento de otros, frustrando de esa manera los intereses de éstos, pero también los de la misma sociedad que tiene todo el derecho a exigir transparencia en la manera como se provee el recurso público sustentado en el empleo estatal, a la vez que la idoneidad y el compromiso de quien estará a cargo de las funciones del Estado, que son funciones de servicio a la comunidad, como lo determina el artículo 123 de la Carta Política

Así entonces, el juego de los derechos y de los principios constitucionales a partir de la vigencia del también principio del mérito es permanente, y eso al menos por dos razones: la primera es que este principio está estrechamente vinculado con el derecho laboral del Estado, ámbito en el cual los derechos fundamentales adquieren una peculiar relevancia constitucional, según se desprende de los artículos 1º, 25 y 53 de la Carta Política y de las normas internacionales ratificadas por Colombia²⁷. La segunda, es que podría atribuírsele a ese principio un carácter primordialmente formal o adjetivo, en tanto su pretensión sería la de asegurar la vigencia de derechos fundamentales de carácter sustantivo, como los de igualdad y acceso a los cargos públicos, y de otros principios, como los ya referidos de la función administrativa, baluartes del Estado social y democrático de derecho. Eso indicaría que es un principio que se ensambla al sistema de garantías -y no propiamente al de derechos- que la Constitución ha establecido para que sus mandatos sean reales y efectivos.

Ahora bien, la efectividad de principio del mérito, y mucho más en la perspectiva de los derechos fundamentales, es un asunto que se juega en distintos escenarios. Es normal que se piense que ante todo es en el escenario de la aplicación por parte de la administración pública - a quien corresponde la operativización y concreción del mismo- en donde se sitúa su real vigencia; y no deja de ser cierto, si se tiene en cuenta que ese es un momento fundamental, porque es la realización del mérito en los casos concretos, en donde quizás entran en mayor tensión los derechos de quienes tienen una aspiración, interés o expectativa frente a la administración, en relación con las actuaciones que ésta tiene que adelantar. Si se observa bien, la moralidad del orden jurídico llega a su máxima expresión con la disposición que tenga la ad-

27 Especialmente los Convenios No. 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo, que hacen parte de la legislación interna por expresa remisión del artículo 53 de la Carta Política.

ministración pública respectiva de adecuar su conducta a las normas legales, a las reglamentarias y a las que ella se ha autoimpuesto, para lograr el interés general en este ámbito de la actuación estatal.

No obstante, ese amplio campo de la aplicación del sistema de mérito no puede quedar librada exclusivamente a la discrecionalidad administrativa, sino que debe ser mediada por otro tipo de instancias, a quienes correspondería la adopción de decisiones sobre las alternativas constitucionalmente posibles en esa materia. Ellas fijarían los contenidos esenciales, los objetos de regulación, los ámbitos de protección, las facultades administrativas, sus limitaciones y restricciones a la hora de actuar en función de este principio y, en general, todos demás aspectos que se refieran a la precisión normativa de su aplicación. Si, como se ha dicho hasta ahora, el mérito es un principio, eso le agrega un motivo más a la necesidad de mediación, pues hay así una indeterminación muy amplia que debe ser colmada previamente a su aplicación administrativa o judicial por la autoridad constitucionalmente competente²⁸. Los asuntos problemáticos a este respecto tienen que ver entonces con la autoridad competente para hacer esa configuración, con los alcances de ese principio, ante todo si pueden fijarse definitiva o sólo provisionalmente y si se tienen que observar limitaciones explícitas e implícitas impuestas por la misma Constitución, además de si es ineludible la perspectiva de los derechos fundamentales.

A partir de lo precedente, se sugieren varias observaciones:

Una primera tiene que ver con la amplitud o estrechez que la Constitución le daría a los principios y con la autoridad competente para hacer la mediación entre el principio, su interpretación y su aplicación. Siguiendo la clasificación recordada por MARCILLA CÓRDOBA²⁹, entre constituciones cerradas y abiertas, siendo las primeras aquellas que predeterminan por completo el contenido de la legislación, y las segundas las que generan un marco en las que caben múltiples opciones, es importante precisar que la Constitución colombiana tiene una clara tendencia hacia estas últimas, por fundarse en principios como los de pluralidad³⁰ y diversidad étnica, cultural, religiosa, ideológica y política³¹, lo que permite pensar que existe un amplio campo valorativo dentro de los mundos posibles en la Carta Política de 1991.

28 Una de las tensiones que genera del Estado constitucional está radicada en el posible cruce de competencias entre el legislador y el juez constitucional. Cfr: BERNAL PULIDO, Carlos, *Neoconstitucionalismo...* ob, cit, páginas 116 a 118.

29 MARCILLA CÓRDOBA, Gema, *Racionalidad Legislativa – crisis de la ley y la nueva ciencia de la legislación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2005, página 331.

30 Artículo 1º de la CPC.

31 Artículos 7, 18, 19 y 20 de la CPC.

Así mismo, dado que en la Constitución se observa una evidente relevancia del principio democrático, que en una de sus facetas plantearía que es al legislador a quien corresponde hacer las leyes en todos los ramos de la legislación³², lo cual supondría que goza de un amplio margen de apreciación para desarrollar la Constitución³³, se podría decir que, inicialmente, habría una prioridad para que sea éste la primera instancia de la mediación citada³⁴, lo cual no obsta para que los jueces realicen una interpretación de los mandatos legislativos de conformidad con las normas sustantivas de la Carta Política, e incluso adapten sus aplicaciones de acuerdo con las particularidades de los casos concretos y en donde la Corte Constitucional tendría un papel fundamentalmente complementario y cooperante con la labor del legislador³⁵. Esto quiere indicar que se pensaría en una mediación inicial desde el legislador, pero no excluyente de la que podría desarrollar el juez constitucional, el cual ha demostrado en nuestra historia reciente una gran capacidad para armonizar los textos legislativos concernientes a la carrera, tanto con las disposiciones constitucionales como con la realidad en la que ellos intentan incidir³⁶.

Una segunda observación tiene que ver con los alcances del mérito. El carácter de principio que éste reviste le hace tener la indeterminación normativa propia del lenguaje de dichas disposiciones³⁷. Y en este punto existen también múltiples divergencias a la hora de establecer cuál es el significado de los principios, y por tanto de sus alcances en relación con los objetos de regulación que se les debe adscribir. BERNAL PULIDO ofrece una breve referencia a este respecto, cuando presenta los argumentos de las teorías interna y externa de los derechos fundamentales³⁸. En el punto que nos interesa, el autor expresa que la teoría interna parte de la base de que los derechos son entidades aisladas que tienen desde el principio un contenido

32 Artículos 114 y 150 de la CPC.

33 Esta libertad de configuración ha sido ampliamente aceptada por la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, en sentencia C-727 de 2009.

34 Se comparte parcialmente la tesis de FERRAJOLI, en el sentido de que ciertas condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales han de estar puestas inicialmente por el legislador. Cfr: PRIETO SANCHIS, Luis, *Principia Iuris: Una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional*. En: ob, cit, página 286.

35 MARCILLA CÓRDOBA, Gema, ob, cit, página 341.

36 En la sentencia SU-917 de 2010, la Corte da muestra de un gran sentido de la realidad en la que tienen que operar las normas legales y a partir de eso, construye una serie de subreglas provisionales para el efecto.

37 BERNAL PULIDO, Carlos, ob, cit, página 110.

38 Es de recordar que los derechos fundamentales son estimados por el autor, apoyándose en ALEXY, como principios, los que a su vez, son mandatos de optimización. ALEXY, Robert, *derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. En: CARBONEL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, Ob, cit, página 105. También, Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Bogotá-Lima, Ed. Temis-Palestra, 2004, página 16.

definitivo; mientras que la teoría externa los mira en relación con otros bienes y derechos, lo que le exige aplicar el principio de proporcionalidad para solucionar cualquier clase de conflicto entre ellos³⁹. Este es uno de los aspectos que requeriría mayor profundidad, pero es advertible, al menos inicialmente, la inconveniencia asignar significados o alcances definitivos a los principios, en razón de que su positividad fue precedida seguramente por una larga historia o por elaboraciones filosóficas y sociológicas que no se pueden desconocer y con las que hay que contar para llenarlos de sentido; aparte, por supuesto, de que los principios del pluralismo y la diversidad ya citados harían inoperante una visión tan estrecha para aplicarlos en contextos, escenarios y realidades complejas, dinámicas y desiguales. El mismo ALEXY es del parecer de que “si la discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el terreno movedizo de su génesis, sería preciso resignarse a un debate de opiniones casi interminable, ilimitado en inestable”⁴⁰.

La tercera observación, muy relacionada con la anterior, tiene que ver con la libertad o restricción que tiene el legislador para determinar los alcances de principio del mérito. Esta autoridad ya no se piensa omnímoda para ello, como ocurría antes, pues el Estado constitucional le impone al menos dos tipos de limitaciones: las que tienen que ver con el cumplimiento estricto de las reglas procedimentales propias de la democracia y, las restricciones de lo que es o no obligatorio y lo que es o no constitucionalmente posible. Sobre el procedimiento democrático no haremos ninguna mención, aparte de señalar que el órgano legislativo en Colombia, justamente con el acatamiento de esos procedimientos, ha producido leyes y hasta actos reformativos de la Constitución, que han incurrido en lo constitucionalmente imposible o prohibido⁴¹. Eso implica entonces, que esas reglas democráticas mediante las cuales se expresan las mayorías parlamentarias no han garantizado —entre nosotros— una racionalidad constitucional, en el sentido de respetar la Carta Política y sus derechos fundamentales.

Por esa razón, nuestro interés se halla en los límites sustantivos que se imponen al legislador para este efecto, siendo esa, realmente, la primera condición, o mejor, el presupuesto indispensable para que pueda diseñarse un sistema de mérito desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En este punto se deberá afrontar aquella clasificación entre los límites constitucionales explícitos y los implícitos, recabando

39 Ob. Cit, páginas 99 a 109.

40 Teoría de los Derechos Fundamentales (Segunda edición en español), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, página 7.

41 Como se verificó en la sentencias C-372 de 1999 y C-588 de 2009 de la Corte Constitucional.

los unos y los otros sobre la base de la teoría en que se sustentan. Por supuesto que cuando hablamos de esta clase de límites, ello nos remite en parte al canon neoconstitucionalista que acepta los llamados contenidos implícitos en las cartas políticas⁴². En este punto, una labor con ese objetivo se debería desarrollar, primero, con la hermenéutica del artículo 125 de la Constitución colombiana, incluso de todo su título concerniente a la función pública (artículos 122 al 131 de la CPC.), para lo cual sería normal apelar a los métodos de interpretación que tradicionalmente la ciencia jurídica ha propuesto para el efecto⁴³, y en segundo lugar, a partir del inventario de subreglas o normas adscritas derivadas fundamentalmente por la Corte Constitucional durante estos 20 años de vigencia de la Constitución, sin descartar las derivadas por otros operadores jurídicos, particularmente el Consejo de Estado y la Comisión Nacional del Servicio Civil, las cuales han permitido construir un sistema de carrera mucho más coherente y respetuoso de la Carta Política⁴⁴.

Dentro de los límites implícitos habría que sumar los que se desprenden de los roles que el Estado colombiano está llamado a cumplir en la sociedad actual⁴⁵. Si algo ha quedado claro desde la década de los 80', es que los Estados han venido redefiniendo su papel como agentes interventores, abandonando paulatinamente la prestación directa de los servicios y concentrando sus esfuerzos en la regulación de los distintos sectores de la economía y de la sociedad. No por ello, por supuesto, han dejado de participar como actores sociales de primer orden, en unos casos cumpliendo las diferentes funciones *públicas*, difícilmente delegables entre a los particulares, y en otros asumiendo la prestación de ciertos servicios directamente o en concurrencia con los particulares, bajos esquemas de mercado y de competencia, con base en normas de derecho común. Estas facetas, como ya se dijo, tienen indudables implicaciones para el derecho laboral estatal y para los sistemas de mérito en particular, toda vez que los valores que están en juego en uno y otro caso son diferentes y posiblemente opuestos.

42 GUASTINI, Ricardo, ob, cit, página 54.

43 Cfr. ALEXY, Robert, Teoría de la Argumentación Jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Bilbao, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 24 y ss.

44 Son un amplio número de subreglas, pero particularmente son relevantes las relativas a la creación de cargos de libre nombramiento y remoción, que son excepciones al régimen de la carrera. Cfr. Sentencia C-161 de 2003 de la Corte Constitucional.

45 El papel que cumple el Estado no puede generalizarse, porque las realidades y necesidades, en especial las de los países latinoamericanos, son muy diversas. Los mismos modelos burocracia no pueden importarse sin más de países europeos o anglosajones a los de nuestra región. Hay toda una serie de condicionantes históricos que lo impiden. Cfr. DEL PERCIO, Enrique, La condición Social – Consumo, poder y representación social en el capitalismo tardío, 2ª edición, Buenos Aires, Jorge Baudino Ediciones, 2010, páginas 148 a 159.

Pensar en desarrollar el principio de mérito para el cumplimiento de funciones *públicas*, implica asumir las consecuencias que se desprenden del ejercicio de actividades que tienen una indudable connotación social, que regularmente se prestan sin ánimo lucro, que pueden implicar algún grado de ejercicio de autoridad y que tienen un marco jurídico especial de regulación. Por su parte, pensar en ese mismo desarrollo para el cumplimiento de actividades de gestión económica, como las industriales o comerciales –el rol del Estado empresario-, exigiría asumir en su toda integridad actividades que se sustentan en el principio de igualdad jurídica y que, aunque imputables al ente estatal, sugieren algún ánimo de lucro, y por esa razón no tienen un marco jurídico diferente al que regula esas mismas actividades para los agentes particulares⁴⁶.

Por eso el mérito no puede ser caracterizado de una vez por todas, de manera uniforme, para todas las entidades públicas, ni siquiera para todos los cargos públicos, porque unas y otros tienen finalidades sociales y compromisos diferentes en relación con los derechos fundamentales, a los cuales se hallan sujetos institucional y funcionalmente. Puede ir en contra del principio del mérito intentar aplicarlo, de igual manera, con los mismos contenidos, herramientas y consecuencias, al Estado soberano y al Estado empresario. Eso mismo hallaría reproches inclusive desde el principio y derecho a la igualdad.

Una última observación se refiere a la posibilidad de que la labor legislativa deba asumir un diseño del sistema de mérito desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Una vez inventariado lo constitucionalmente prohibido y lo constitucionalmente obligado, quedaría un ámbito de lo constitucionalmente posible, en el que el legislador tiene un amplio margen de libertad para configurar todos aquellos aspectos que conciernen al principio del mérito. ¿Es posible pensar que una restricción más para el legislador, es aquella que se refiere a un diseño del sistema de mérito que atienda a la promoción y protección de los derechos fundamentales que entrarían en el radio de operatividad del sistema de mérito? Este es

46 Expresa PRATS I CATALÁ: “El sistema de méritos no nació, pues, para procurar eficacia y eficiencia en la provisión de bienes públicos, sino para procurar seguridad jurídica y confianza, y con ello promover la eficiencia en el mercado. Lo que el sistema de méritos protege no es tanto la competencia de la persona que accede (a pesar de la importancia que este punto obviamente tiene), como la posición de imparcialidad y sujeción al derecho del funcionario en el ejercicio de sus funciones. Un sistema de méritos limitado al acceso que no garantiza a posteriori la imparcialidad del funcionario ni consiguientemente la objetividad de la acción administrativa no es un sistema capaz de satisfacer la funcionalidad social o fundamento institucional del sistema de mérito y por lo tanto no podría ser calificado como tal”. Servicio Civil y Gobernabilidad Democrática: Fundamentos institucionales del sistema de mérito y regímenes jurídicos y gerenciales requeridos para su eficiencia. En: LOSADA I MARRODÁN, Carlos (comp.). De burócratas a gerentes – las ciencias de la gestión aplicadas a la gestión del Estado. Washington D.C. Banco Interamericano de Desarrollo, 1999Ob cit, página 269.

un aspecto que debe ser estudiado con más detalle, porque, al menos, parece ser un capítulo pendiente de nuestra legislación actual⁴⁷. Lo que puede apreciarse hasta el momento, es que las normas que han desarrollado el sistema de carrera, entre las que cabe destacar la Ley 27 de 1992, la Ley 443 de 1998 y la ley 909 de 2004, han tenido como foco de atención el servicio público y, en función de él, la eficacia de los concursos públicos de mérito y de la evaluación del desempeño, de tal manera que pueda, por un lado, realizarse la selección de los mejores candidatos para la provisión de los cargos públicos y, por otro, verificarse el grado de cumplimiento de la funciones y responsabilidades que a éstos, una vez vinculados, les ha sido asignada para el logro de los objetivos institucionales. El enfoque de los derechos, al menos de aquellos que se manifiestan en algunos de los escenarios posibles, no es evidente, al menos como propósito principal de las mismas; quizás lo haya sido de manera mediata o indirecta⁴⁸.

En definitiva, habrá de preguntarse si al Estado Colombiano no sólo le es exigible hacer realidad el principio del mérito en la función pública, sino que a la par y con mayor prevalencia, hacerlo vigente en la perspectiva de los derechos fundamentales.

Conclusiones

- El Estado Constitucional de derecho es un nuevo escenario jurídico en el que a partir de la consagración de unos valores, principios y derechos, el Estado tiene una clara orientación hacia el respeto, la promoción y la garantía de la dignidad humana y de los distintos componentes que la integran y realizan, entre ellos los derechos fundamentales. Ello supone entonces, que las instituciones públicas están destinadas ante todo a ese compromiso, y no necesariamente a la prestación simple y llana de los servicios públicos.
- El principio del mérito es una de las consagraciones centrales del Estado Constitucional de derecho instaurado en Colombia a partir de la Carta Política de 1991. Con él los sistemas de mérito o de carrera trascienden los ámbitos estrictamente laborales y administrativos, y se encaminan al aseguramiento y efectividad de un número apreciable de derechos fundamentales y de principios constitucionales que fundamentan la función administrativa del Estado.

47 Así parece reconocerlo la Corte Constitucional en la sentencia SU-917 de 2010, página 88.

48 Los principios de la función pública que aparecen vertidos el artículo 2° de la Ley 909 de 2004 apuntan más a la eficiencia en la prestación del servicio que a la garantía de los derechos fundamentales. Nada diferente se encuentra en el resto del articulado de la ley.

- Esa relación estrecha entre principio de mérito y derechos fundamentales, sugiere la ineludible obligación por parte del legislador y de otras autoridades, de diseñar los sistemas de mérito desde la perspectiva de tales derechos, atendiendo a las particulares tensiones que en la aplicación de los regímenes de carrera se puedan con ellos generar. Esto no implica desatender los parámetros propios del servicio público, sino que, por el contrario, contribuye a complementar los propósitos de satisfacción de las necesidades sociales, a partir del equilibrio entre los derechos y la eficiencia y eficacia de su regulación y prestación

Bibliografía

- AGUILÓ REGLA, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Bogotá-Lima, Ed. Temis-Palestra, 2004
- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Segunda edición en español), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Gacetas No. 5, 6, 8, 9, 10, 12, 15, 16, 18, 19, 20, 30, 45, 68, 70 y 78 de 1991.
- ATIENZA, Manuel, *El Derecho como Argumentación*, Barcelona, Ariel Derecho, 2006.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El Precedente en Colombia*, En: *Revista Derecho del Estado* No. 21, diciembre de 2008.
- CAÑAL, Diana, *Decisiones Judiciales – La relación entre normas de fondo y de forma*, Buenos Aires, Editorial Quorum, 2006.
- CARBONELL, Miguel (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- CONGRESO (X) INTERNACIONAL DEL CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct. 2005.
- CORDERO NIEVES, Yolanda, *Un Sistema de Mérito para el Siglo XXI*. En: *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. No. 48. (Oct. 2010). Caracas.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencias de la Sección Segunda: del 30 de junio de 2005, del 12 de noviembre de 2009 y del 28 de enero de 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-109 DE 1995, C-030 DE 1997, SU-250 DE 1998, SU-640 de 1998, C-372 DE 1999, C-734 de 2000, T- 203 de 2002, C-426 DE 2002, T-843 de 2004, T-804 de 2005, T-549 de 2007, T-104 de 2009, C-588 DE 2009, SU-917 de 2010.

- DEL PERCIO, Enrique, *La condición Social – Consumo, poder y representación social en el capitalismo tardío*, 2ª edición, Buenos Aires, Jorge Baudino Ediciones, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris – Teoría del Derecho y de la Democracia*, Tomo I (Teoría del Derecho), Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- FUENTES, Guillermo; GÜEMES, María Cecilia e ISAZA, Carolina, *Modernizar y Democratizar la Función Pública. Una Mirada desde la Realidad Latinoamericana*. Revista Enfoques, Vol. VII No. 11, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, 1993.
- GUYPETERS, B, *La Política de la Burocracia*, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- LOSADA I MARRODÁN, Carlos (comp.). *De burócratas a gerentes – las ciencias de la gestión aplicadas a la gestión del Estado*. Washington D.C. Banco Interamericano de Desarrollo, 1999.
- MARCILA CÓRDOBA, Gema, *Racionalidad Legislativa – crisis de la ley y la nueva ciencia de la legislación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2005.
- MARTÍNEZ ROLDAN, Luis; FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, y SUÁREZ LLANOS L, Leonor, *La Ley Desmedida – Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*. Madrid, Editorial Dykinson, 2007.
- VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. *Derecho Administrativo Laboral*, Tomo I y II, Séptima edición, Bogotá, Legis, 2005.