



**Honorables Magistrados**

**Corte Constitucional**

**Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio**

**E. S. D.**

**Ref.:** Expediente 10120. Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 24, 25, 26 y 30 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014.

**Intervención del Fiscal General de la Nación en defensa de las normas demandadas**

Respetados Magistrados:

**I. Introducción**

En su demanda contra el Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014 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, el accionante demandó las normas relativas al 'concurso de ascenso' en la Fiscalía General de la Nación (en adelante, "la Fiscalía") por considerar que se trata de un concurso cerrado para la provisión de cargos públicos que se encuentra proscrito por la jurisprudencia constitucional.

Con el fin de contextualizar las disposiciones normativas bajo examen, debe partirse de la consideración de que la implementación del régimen de carrera especial es uno de los principales retos del proyecto de modernización institucional de la Fiscalía, pues ello permitirá poner fin a algunas de las mayores problemáticas de personal que hoy se evidencian en la entidad. Actualmente, la Fiscalía viene realizando un intenso trabajo para desarrollar herramientas, antes inexistentes, para poner en funcionamiento su régimen de

1



carrera especial. Como se indicó en el primer informe de cumplimiento de la Sentencia SU-446 de 2011 presentado por la Fiscalía a la Corte Constitucional el 13 de junio de 2012, el régimen de carrera de la Fiscalía adolecía de vacíos normativos en temas como la reglamentación del concurso, competencias de vigilancia de los mismos, normas de procedimiento de las actuaciones que adelanta la Comisión de Administración de la Carrera y definición de las funciones de administración de la carrera, entre otros. La regulación contenida en el Decreto Ley 00-020 del 9 de enero de 2014 dispone los mecanismos para superar estos vacíos, dentro de los cuales resulta central el concurso de ascenso previsto en las normas demandadas.

Ello es así en consideración del hecho de que actualmente en la Fiscalía existen alrededor de 28.105 cargos de carrera, pero sólo 6.721 servidores han adquirido los derechos de carrera correspondientes. Ello quiere decir que del total de empleos existentes, solo el 23,54% de los empleados ha podido ingresar a la carrera de la entidad. En primer lugar, esto refuerza la necesidad de adoptar mecanismos como el concurso de ascenso para que haya realmente una carrera en la Fiscalía y permitirle a sus funcionarios acceder a los derechos de carrera que se desprenden del ejercicio de sus cargos. En segundo lugar, tal situación implica que los concursos de ascenso previstos en las normas demandadas no podrán aplicarse sino hasta varios años después de que comiencen a implementarse los concursos de ingreso a la Fiscalía, pues de momento no existen en la entidad suficientes funcionarios escalafonados en la carrera para que puedan adelantarse concursos de ascenso.

Refiriéndose ahora a los fundamentos de la demanda contra las normas que regulan el concurso de ascenso, debe precisarse que aunque el accionante presentó varios argumentos contra las normas acusadas, es evidente que todos ellos parten de la premisa fundamental de que el concurso de ascenso en la Fiscalía constituye un concurso cerrado. Los argumentos del accionante contra las normas acusadas pueden sintetizarse así:

- El concurso de ascenso de la Fiscalía es un concurso cerrado y no abierto a todos los ciudadanos, que desconoce el mérito y el concurso público como una condición para acceder a cargos de carrera. Con ello, viola el artículo 125 de la Constitución y los artículos 156 y 158 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996).



- Al ser el concurso de ascenso de la Fiscalía un concurso cerrado éste viola el principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución), pues impide que personas no vinculadas a la Fiscalía o vinculadas a ella pero no inscritas en su carrera puedan acceder a cargos en la entidad para ingresar a la carrera de la Fiscalía.
- Al ser el concurso de ascenso de la Fiscalía un concurso cerrado viola el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (artículo 40.7 de la Constitución) pues supone que quién no esté vinculado previamente a la Fiscalía no pueda ejercer su derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos en la entidad.

En respuesta a estos alegatos, debe señalarse que el accionante parte del error de considerar que el concurso de ascenso de la Fiscalía se trata de un concurso cerrado. En realidad, es un tipo de concurso distinto a los diseñados por el Legislador previamente.

Como se demostrará a lo largo de este memorial, el concurso de ascenso de la Fiscalía se trata en verdad de un concurso para la provisión de cargos públicos que se enmarca perfectamente dentro de los parámetros constitucionales de dicho tipo de concurso.

Por su novedoso diseño legislativo este concurso puede considerarse como un nuevo tipo de concurso que puede denominarse un **'concurso públicomixtocon cuota condicionada para ascenso'**, lo cual resulta plenamente respetuoso de las exigencias que la jurisprudencia constitucional ha hecho sobre el diseño de concursos abiertos para la provisión de cargos públicos.

Al demostrar que el concurso de ascenso de la Fiscalía no puede considerarse como un típico concurso cerrado, todos los argumentos que el accionante dirige contra las normas del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014 que lo regulan se quedan sin fundamento y por tanto solicito sean rechazados por la Honorable Corte Constitucional.

Con este fin, el presente memorial seguirá la siguiente estructura: En la Sección II se hace una breve descripción del concurso de ascenso de la Fiscalía y de sus características, con el fin de contextualizar las normas demandadas. A continuación, en la sección III se reseñan las exigencias que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado sobre el régimen de carrera y los concursos para la provisión de cargos públicos. En la Sección IV se efectúa una caracterización del concurso de ascenso de la Fiscalía a la luz de los parámetros



constitucionales sobre la materia, mientras que en la Sección V se realiza una distinción del concurso de ascenso de la Fiscalía de otros sistemas de provisión de cargos públicos que han sido declarados inconstitucionales en el pasado, con el objetivo de reforzar la conclusión sobre la constitucionalidad de las normas acusadas. Por su parte, en la Sección VI se presentan algunas consideraciones sobre la constitucionalidad de la cuota de ascenso y en la sección VII se aplicarán las conclusiones a las que se llega en el memorial a todas las normas demandadas. Por último, el memorial concluye en la sección VIII con el petitorio a la Honorable Corte Constitucional.

## **II. Descripción del concurso de ascenso de la Fiscalía**

El concurso de ascenso de la Fiscalía previsto en el Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014 corresponde a un nuevo diseño legislativo de concurso para la provisión de cargos públicos. Este nuevo tipo de concurso puede denominarse como un ‘concurso público mixto con cuota condicionada para ascenso’.

El concurso tiene las siguientes características que se desprenden de los artículos 23,<sup>1</sup>24,<sup>2</sup> 25<sup>3</sup> y 27<sup>4</sup> del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014:

---

<sup>1</sup> “Artículo 23. Concurso de ingreso. Para la provisión definitiva de los empleos de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas se adelantarán procesos de selección o concurso de ingreso, en los cuales podrán participar todas las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos, sin ningún tipo de discriminación”.

<sup>2</sup> “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.”*

<sup>3</sup> *“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.”*

<sup>4</sup> *“Artículo 27. Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso o concurso de selección de ingreso o de ascenso, comprende las siguientes etapas:*

1. *Convocatoria.*
2. *Inscripciones.*
3. *Verificación del cumplimiento de requisitos mínimos para el desempeño del empleo.*
4. *Publicación de la lista de admitidos al concurso o proceso de selección.*
5. *Aplicación de pruebas de selección.*
6. *Conformación de listas de elegibles.*
7. *Estudio de seguridad.*
8. *Periodo de Prueba.”*



- Se trata de un concurso para la provisión de cargos públicos de carrera en la Fiscalía, que se encuentra abierto a la participación de toda la ciudadanía, incluyendo tanto a los funcionarios de la Fiscalía escalafonados en su régimen de carrera especial como a los ciudadanos externos a la entidad.<sup>5</sup> Al permitir la participación de ambos tipos de concursantes, el concurso se clasifica como un concurso público mixto, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional (como se demuestra en las secciones III y IV del presente memorial).
- No es un concurso reservado sólo a funcionarios vinculados a la carrera de la Fiscalía ni a aquellos que detenten cargos de carrera en provisionalidad o por encargo. Aunque estos funcionarios pueden participar en el concurso, deben hacerlo en las mismas condiciones que los participantes externos a la Fiscalía.<sup>6</sup>
- El concurso dispone una cuota de ascenso condicionada de hasta el 30% de los cargos a proveer que se reserva a los funcionarios ya escalafonados en la carrera que cumplan con determinados requisitos.<sup>7</sup> El fin de la cuota es reconocer la capacitación y el desempeño de los funcionarios de carrera y permitirles el ascenso a un cargo o categoría inmediatamente superior dentro del mismo grupo o planta de personal al que pertenecen.<sup>8</sup>
- La cuota de ascenso es condicionada y contingente, pues para que pueda aplicarse en la convocatoria de un concurso deben cumplirse las siguientes condiciones:<sup>9</sup>
  - La vacante o vacantes a proveer deben pertenecer a un mismo grupo o planta de personal y a los niveles profesional y técnico.
  - Deben existir 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.
  - El número de los servidores escalafonados en carrera que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso deberá ser igual o superior al número de empleos a proveer.

<sup>5</sup> Artículo 24.3 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014.

<sup>6</sup> *Ibíd.*

<sup>7</sup> *Ibíd.*

<sup>8</sup> Artículo 24, inciso primero del Decreto Ley 00-020 del 9 de enero de 2014.

<sup>9</sup> Artículo 24, numerales 1, 2 y 3 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014.



- De no cumplirse con las anteriores condiciones, no podrá aplicarse la cuota de ascenso y el concurso para la provisión de cargos en la Fiscalía deberá hacerse mediante concurso de ingreso, en el que no existe ninguna cuota de cargos reservada para los funcionarios de carrera.<sup>10</sup>
- En caso de que en el desarrollo del concurso no se inscriba como mínimo el doble de funcionarios escalafonados en carrera por empleo a proveer, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos deberá hacerse mediante un concurso de ingreso. En este evento, quienes se hayan inscrito inicialmente al concurso de ascenso continuarán inscritos en el concurso de ingreso.<sup>11</sup>
- Para poder participar en el concurso y acceder a los cargos públicos reservados mediante la cuota de ascenso, los funcionarios de carrera de la Fiscalía deben cumplir con los siguientes requisitos:<sup>12</sup>
  - Deben estar escalafonados en la carrera especial de la Fiscalía.
  - Deben reunir los requisitos y condiciones exigidos para el desempeño del cargo.
  - Deben haber obtenido una calificación sobresaliente en su evaluación de desempeño del año inmediatamente anterior.
  - No pueden haber sido sancionados disciplinaria ni fiscalmente dentro de los cinco años anteriores a la convocatoria.
- Los participantes del concurso que no se encuentren escalafonados dentro del régimen de carrera especial de la Fiscalía pueden concursar sin restricción de ningún tipo para acceder a por lo menos el 70% de los cargos a proveer. De no cumplirse las condiciones para que pueda aplicarse la cuota de ascenso en un caso concreto, podrán participar por el 100% de los cargos a proveer sin ninguna restricción.<sup>13</sup>
- Sin importar si los cargos públicos se proveen mediante concurso de ascenso o de ingreso, una vez se publica la lista de admitidos a los concursos de la Fiscalía todos los participantes de los mismos deberán presentar las mismas pruebas de selección. Una vez superadas las pruebas, y en caso de ser incluidos en la lista de elegibles,

<sup>10</sup> Artículos 23 y 24.3 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014.

<sup>11</sup> Artículo 24, parágrafo del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014.

<sup>12</sup> Artículo 25 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014.

<sup>13</sup> Artículo 24.3 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014.



todos los concursantes deberán aprobar el mismo estudio de seguridad y el mismo periodo de prueba para ser inscritos en la carrera de la Fiscalía. En este aspecto, no hay ninguna diferencia de trato entre funcionarios de carrera de la Fiscalía o participantes externos a la entidad.<sup>14</sup>

### III. Exigencias jurisprudenciales del régimen de carrera y los concursos para la provisión de cargos públicos

La jurisprudencia constitucional ha señalado que mediante el sistema de carrera administrativa se persiguen diferentes fines constitucionales. Así por ejemplo en la sentencia T-131/05 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte indicó que “*mediante el sistema de carrera se persigue:*

*(i) El óptimo funcionamiento en el servicio público, de forma tal que el mismo se lleve a cabo bajo condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad; siendo condiciones que se alcanzan a través del proceso de selección de los servidores del Estado por concurso de méritos y capacidades (C.P. Preámbulo, arts. 1º, 2º y 209).*

*(ii) Garantizar el ejercicio del derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, así como la efectividad del principio de igualdad de trato y oportunidad para quienes aspiran a ingresar al servicio estatal, a permanecer en él, e incluso, a ascender en el escalafón (C.P. arts. 13, 25 y 40).*

*Y, finalmente, (iii) proteger y respetar los derechos subjetivos de los trabajadores al servicio del Estado, originados en el principio de estabilidad en el empleo, en los derechos de ascenso, capacitación profesional, retiro de la carrera y en los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados (C.P. arts. 53, 54 y 125).<sup>15</sup>* (Destacado fuera del texto).

En el mismo sentido, en la sentencia C-733/05 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) se indicó que “[e]n numerosas ocasiones, la Corte se ha pronunciado en relación con los fines que orientan la carrera administrativa en Colombia. En tal sentido, existen unas claras

<sup>14</sup> Artículo 27 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014.

<sup>15</sup> Esta misma postura es reiterada en la sentencia C-279/07 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).



*líneas jurisprudenciales en el sentido de que aquélla ( i ) permite al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados; ( ii ) asegura que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado; ( iii ) permite seleccionar adecuadamente a los servidores públicos y garantiza que no sean los intereses políticos, sino las razones de eficiente servicio y calificación, las que permitan el acceso a la función pública en condiciones de igualdad; y ( iv ) asegura la vigencia de los principios de eficiencia y eficacia en el servicio público, la igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos, así como los derechos subjetivos reconocidos mediante el régimen de carrera administrativa." (Destacado fuera del texto).*

De lo anterior, cabe destacar como el sistema de carrera para la provisión de cargos públicos busca proteger el mérito como principal criterio para el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos y el principio de igualdad, así como la importancia constitucional que tiene la protección de los trabajadores del Estado y el estímulo al ascenso laboral dentro de las entidades públicas.

### **1. Exigencia de evaluar el mérito como criterio principal para el ingreso y ascenso en el desempeño de cargos públicos**

Respecto del mérito como criterio para el ingreso y el ascenso en el desempeño de cargos públicos, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la exigencia de proveer cargos de carrera según el mérito de los aspirantes deriva del artículo 125 de la Constitución<sup>16</sup> y ha

<sup>16</sup> "Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*



desarrollado el alcance de este requisito. Así por ejemplo en la sentencia C-211/07 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) la Corte indicó que “[e]l artículo 125 de la Constitución también señala que el nombramiento de funcionarios en cargos de carrera debe hacerse, salvo excepciones constitucionales o legales, mediante concurso público. Esta disposición constitucional establece, como regla general, el mérito como criterio tanto para el ingreso y el ascenso, como para la permanencia en la carrera. Este sistema busca garantizar además un adecuado funcionamiento de los servicios públicos y asegurar que su prestación esté orientada a la satisfacción del interés general. (...) En ese orden de ideas y dado que el concurso es un instrumento de selección que tiene como finalidad establecer la capacidad, idoneidad y potencialidad del aspirante para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo, la Corte Constitucional ha rechazado el empleo de factores de evaluación que no sean compatibles con esa finalidad, como por ejemplo cuando se acude a criterios subjetivos o irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen, o cuando se acude a motivos ocultos, preferencias personales, o animadversión o a criterios de tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión política o filosófica, para descalificar al aspirante.” (Destacado fuera del texto).

Más recientemente, la Corte Constitucional ha considerado en su sentencia C-588/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) que “[d]e conformidad con la interpretación que de las disposiciones superiores ha realizado la Corte Constitucional, la carrera administrativa “se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público”, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los principios generales de la carrera administrativa se

---

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.*

*Parágrafo. Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2003, artículo 6°. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”*

10

enfocan “todos ellos a la eficacia del criterio del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público” y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general.

Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, 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.

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

## **2. Exigencia de respetar el principio de igualdad en el régimen de carrera y los concursos para la provisión de cargos públicos**

De otra parte, la jurisprudencia constitucional también ha precisado el alcance del principio de igualdad como un criterio rector de los concursos para el acceso al desempeño de cargos públicos. Así, la Corte ha indicado que dicho principio se encuentra íntimamente ligado al mérito en el sentido en que prohíbe que se impongan requisitos incompatibles con el mérito como limitantes de acceso al desempeño de cargos públicos. A manera de ejemplo, en la sentencia C-963/03 (M.P. Jaime Araújo Rentería) se indicó que el principio de igualdad “se



opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales. Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca.”<sup>17</sup> (Destacado fuera del texto).

Así mismo, la Corte ha precisado que el principio de igualdad supone que debe darse un trato igualitario y equitativo a los aspirantes a ocupar cargos públicos, por lo que están prohibidas las diferencias de trato entre aspirantes que carezcan de una justificación constitucional. En ese sentido, en la sentencia C-753/08 (M.P. Jaime Araújo Rentería) la Corte indicó que “[e]sta Corporación ha encontrado como un principio fundamental informante de la carrera administrativa en la función pública el principio de igualdad, el cual se encuentra de manera transversal en la Carta Política y entraña para el caso de la carrera administrativa el mandato de un tratamiento igualitario y equitativo a todas aquellas personas que quieran, sean competentes y estén habilitados para acceder a la función pública, y por tanto de contera la prohibición de tratos discriminatorios basados en criterios sospechosos que no puedan ser justificados desde un punto de vista constitucional para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro de la carrera.” (Destacado fuera del texto).

Más recientemente, la Corte ha reiterado las anteriores reglas mediante su sentencia C-588/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), donde se señaló que “tratándose de la relación de la carrera administrativa con el derecho a la igualdad, la Corporación ha indicado que “el acceso a la carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la igualdad” que se opone al establecimiento de “requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes”, pues, en tal evento, se erigirían “barreras

<sup>17</sup> Reiterado en las sentencias C-211/07 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y C-753/08 (M.P. Jaime Araujo Rentería), entre otras.



*ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales”*

### **3. El respeto al criterio del mérito y al principio de igualdad en el régimen de carrera especial de la Fiscalía**

En este punto es necesario indicar que la Fiscalía tiene un régimen de carrera especial de origen constitucional que encuentra su fundamento en los artículos 249<sup>18</sup> y 253<sup>19</sup> de la Constitución, así como en el artículo 159 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996).<sup>20</sup> Ésta última norma dispone que “[l]a Fiscalía General de la Nación tendrá su propio régimen autónomo de carrera sujeito a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman.” (Destacado fuera del texto).

En ese sentido, el argumento del accionante en el sentido de que con el concurso de ascenso de la Fiscalía se desconoce el artículo 158 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia carece de fundamento, pues ese artículo se refiere al campo de aplicación de dicha

<sup>18</sup> “Artículo 249. La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

*El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.*

*La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.”*

<sup>19</sup> “Artículo 253. 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.”

<sup>20</sup> “Artículo 159. Régimen de carrera de Fiscalía. La Fiscalía General de la Nación tendrá su propio régimen autónomo de carrera sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman.

*Los cargos de libre nombramiento y remoción, así como los de carrera, serán los previstos en la ley.*

*Con el objeto de homologar los cargos de la Fiscalía con los restantes de la Rama Judicial, aquélla observará la nomenclatura y grados previstos para éstos.”*



ley estatutaria, y por disposición de la misma ley es claro que a la Fiscalía le aplica un régimen de carrera propio y distinto del régimen general previsto en la Ley Estatutaria.

No obstante lo anterior, es claro que a los regímenes especiales de carrera en general –y al de la Fiscalía en particular- les aplican los mismos principios del acceso a cargos públicos en razón del mérito y del principio de igualdad, tal como ha sido señalado por la Corte Constitucional en diversas sentencias. Así por ejemplo en la sentencia C-563/00 (M.P. Fabio Moron Díaz) y la C-963/03 (M.P. Jaime Araújo Rentería) que la reitera, la Corte fue clara en que los sistemas de selección de personal de los regímenes especiales resultan constitucionales *“en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general”*. (Destacado fuera del texto).

En el caso específico del régimen especial de carrera de la Fiscalía, la jurisprudencia también ha indicado que al mismo le aplican los principios de mérito e igualdad de oportunidades. Así, en la sentencia C-1546/00 (M.P. Jairo Charry Rivas) y la C-517/02 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) que la reitera, la Corte indicó que *“[c]onforme a lo preceptuado en los artículos 125 y 253 de la Carta, la carrera es el principal sistema para acceder a un cargo en la Fiscalía General de la Nación. Así mismo, esas disposiciones cualifican la existencia de la carrera autónoma y especial para esa entidad, la que si bien puede ser diferente a la carrera administrativa o a la carrera judicial, debe regirse bajo los principios de mérito e igualdad de oportunidades, que irradian el acceso a la función pública en la Constitución.”* (Destacado fuera del texto).

Por último, resulta pertinente enfatizar que aunque el régimen de carrera especial de la Fiscalía en efecto debe garantizar el respeto por el mérito y el principio de igualdad, no se puede perder de vista que por disposición de la propia Ley Estatutaria de la Administración de Justicia éste régimen de carrera debe perseguir los fines de garantizar *“la permanencia y*

14

*ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman*".<sup>21</sup> Así, siempre que las medidas orientadas a ese fin respeten las exigencias constitucionales respecto del mérito y el principio de igualdad, éstas resultarán constitucionales.

#### **4. Proscripción constitucional de los concursos cerrados y exequibilidad de los concursos públicos abiertos y mixtos con estímulos al ascenso de los funcionarios públicos**

En aplicación de los criterios reseñados anteriormente, la Corte Constitucional ha declarado inexecutable los sistemas para la provisión de cargos públicos mediante concursos cerrados, incluyendo entre ellos a los concursos cerrados para ascenso. Tales concursos impedían que personas ajenas a la entidad convocante participaran en el concurso, por lo cual eran totalmente excluyentes y creaban privilegios y barreras de entrada al desempeño de cargos públicos. La *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad en que se han declarado tales concursos inexecutable fue que los concursos cerrados implicaban una violación del sistema de mérito y del principio de igualdad. Sin embargo, en estos mismos fallos la Corte advirtió claramente que el legislador sí podía establecer estímulos para el ascenso de los funcionarios mediante sistemas de concurso público. Es connatural a una carrera que los funcionarios puedan ascender en ella. De lo contrario, no habría una carrera, sino tan solo un mecanismo de ingreso a la función pública por el mérito.

Reiterada jurisprudencia ha reconocido que resulta constitucional adoptar estímulos razonables en el sistema de concursos para promover el ascenso de los funcionarios públicos inscritos en las carreras de las entidades públicas. Como se sigue de la misma jurisprudencia, con ello no se desconocen los principios del mérito y la igualdad como criterios rectores del acceso al desempeño de cargos públicos sino que por el contrario se refuerzan.

Esto fue considerado por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia C-266/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), donde la Corte Constitucional modificó y fijó su nueva jurisprudencia en el sentido de indicar que los concursos cerrados para la provisión

---

<sup>21</sup> Artículo 159 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.



de cargos públicos resultaban contrarios a la Constitución. Aunque en ese caso concreto la Corte declaró que el sistema de concurso de ascenso de la Procuraduría General de la Nación resultaba inconstitucional por tratarse de un concurso cerrado que sólo permitía la participación de los funcionarios inscritos en la carrera de la entidad (con exclusión de todos los ciudadanos no inscritos en ella), en sus consideraciones la Corte reconoció que podían diseñarse sistemas de concurso en los que se introdujeran estímulos para el ascenso de los funcionarios inscritos en las carreras de las entidades públicas, siempre que del concurso no se excluyera a los ciudadanos no vinculados a la entidad en cuestión y no se desconociera el mérito como criterio rector para la provisión de cargos públicos.

En palabras de la propia Corte, “[I]os fines perseguidos por la norma que define quienes pueden en principio participar en el concurso de ascenso de la Procuraduría General son estimular a quien se ha destacado y reconocer los esfuerzos, el cumplimiento, la eficiencia y la experiencia en la carrera de la entidad. Tales fines son sin duda legítimos e importantes.” (Destacado fuera del texto). Agregó la Corte que “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. El 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. 41 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.)” (Destacado fuera del texto). En el mismo sentido, al referirse al sistema de concurso mixto, es decir, aquel en el cual pueden participar tanto ciudadanos internos como externos a la entidad que adelanta el concurso, la Corte indicó que tal sistema resultaba constitucional pues “[e]n él se podrán reconocer a los inscritos en la carrera, mediante diversos mecanismos, su experiencia, eficiencia, cumplimiento y mérito en el desempeño de otros cargos de carrera dentro de la entidad, sin excluir del concurso a personas no

16



inscritas en la entidad ni convertir el criterio para estimular el esfuerzo de los ya escalafonados en una barrera de entrada para los externos o en un privilegio contrario al sistema de mérito que protege la igualdad de oportunidades." (Destacado fuera del texto).

En conexión con las anteriores reglas sobre la constitucionalidad de los estímulos al ascenso de funcionarios inscritos en carrera, cabe mencionar que en la sentencia T-131/05 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte Constitucional señaló expresamente que dichas reglas aplicaban también al régimen especial de carrera de la Fiscalía.

Como lo demuestran estas sentencias, es claro que estimular el ascenso de los funcionarios públicos es uno de los fines "*justificados desde un punto de vista constitucional para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro de la carrera*"<sup>22</sup> que permitirían efectuar diferencias de trato razonables en el sistema de carrera entre los funcionarios inscritos en carrera y las personas que simplemente aspiran a ingresar a la misma.

Ciertamente, estimular el ascenso promueve intereses de gran importancia a la luz de la Constitución, como son el profesionalizar la Fiscalía y estimular la permanencia en cargos que requieren de capacitación especial, de tal forma que los recursos invertidos en la capacitación de los funcionarios no se pierdan. Es en razón de ello que puede entenderse la importancia constitucional que tiene el ascenso en las entidades especializadas y el estímulo al mismo, y se explica por qué la Corte Constitucional ha desarrollado tan extensas consideraciones sobre esa materia.

Así por ejemplo, en la sentencia C-292/01 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 6 del Decreto 274 de 2000, que disponía que -a pesar de que los cargos de Embajador y Cónsul General Central eran de libre nombramiento y remoción- se debía mantener en la Planta Externa "*un 20% del total de cargos de Embajador con el fin de designar en dichos cargos a funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular, a medida que se presenten las vacantes*". Al pronunciarse sobre la norma, la Corte encontró ajustado a la Constitución que se reservara una cuota de los cargos de embajador a los funcionarios de la carrera diplomática y consular, pues consideró

<sup>22</sup> Sentencia C-753/08 (M.P. Jaime Araújo Rentería)



que era un fin constitucionalmente legítimo que se estimulara el ascenso de los funcionarios de carrera. En palabras de la propia Corte “[a]quí el criterio de razonabilidad se entiende mejor en la determinación del fin, no sólo permitido sino también legítimo, que se busca con la determinación del porcentaje, que es, de una parte, estimular la carrera, es decir, abrir la posibilidad para que estos funcionarios la culminen en el cargo de Embajador, pero también la de explorar qué tanto peso tiene la carrera en el éxito del manejo de la política exterior del Estado.” (Destacado fuera del texto).

En similar sentido, la Corte emitió pronunciamientos que destacan la importancia del ascenso en las entidades especializadas del Estado en su sentencia C-819/05 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), donde estudió la constitucionalidad del régimen de ascenso en las fuerzas militares. Así, al declarar la constitucionalidad del proceso de selección y ascenso de los aspirantes al grado de Sargento Mayor o equivalentes en las otras fuerzas, la Corte indicó que “esta Corporación considera importante resaltar que la legislación colombiana ha estructurado una compleja secuencia de etapas destinadas a verificar el cumplimiento de los requisitos que deben cumplir los aspirantes a ascensos en la escala militar, así como una secuencia procesal de los pasos que deben agotarse para calificar las aptitudes personales y profesionales de quienes buscan la promoción en el escalafón. Así, el proceso de calificación y selección está precedido por una rigurosa estratificación que garantiza que quienes lleguen al escalafón precedente, sean las personas de mayor idoneidad para ser promovidas.”

Lo anterior pretende indicar que, en el proceso de selección de los aspirantes, existe una definitiva tendencia de potestad reglada que condiciona la decisión final de ascenso y que garantiza que las promociones se hagan respecto de los más calificados. El agotamiento de los procesos de calificación de los aspirantes permite concluir, también, que la escogencia a la que está llamado el Comando de la Fuerza es una competencia que se ejerce sobre la base del conocimiento de los mejor calificados para ascender al grado de Sargento Mayor.” (Destacado fuera del texto).

De otra parte, es necesario considerar que estimular el ascenso en el caso particular del régimen de carrera de la Fiscalía resulta especialmente importante en razón de las problemáticas que enfrentan sus empleados en torno a la definición de su situación laboral.

18



Como se señaló en un estudio realizado por un equipo de técnicos de la Universidad de los Andes con anterioridad a la expedición del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014 -en el que se analizó la percepción de los servidores de la Fiscalía por ser quienes mejor conocen la entidad- la mayoría de los servidores de la Fiscalía se encontraban inconformes con las políticas existentes al interior de la Fiscalía en el aspecto de la carrera y movilidad laboral, pues las mismas no estaban basadas en la profesionalización y la especialización de los aspirantes. En primer lugar, los funcionarios consideraban que el sistema vigente de evaluación del desempeño no contaba con criterios claros y objetivos, lo cual conllevaba a inequidad e inconformismo. De igual manera, los servidores con vinculación provisional (que actualmente constituyen la mayoría) trabajaban con gran incertidumbre, pues cada vez que se adelantaba un concurso para la provisión de cargos no existían posibilidades de ascenso y promoción para los funcionarios de la entidad. En el mismo estudio también se diagnosticó que había gran inconformismo entre los servidores de la entidad, pues en el ingreso a los cargos de la Fiscalía no existían criterios de especialidad y la experiencia específica adquirida en el ejercicio de los cargos no era tomada en cuenta, así como tampoco el talento de los servidores. Todo lo anterior, no hace sino reforzar la necesidad imperiosa que tiene la adopción de mecanismos que permitan estimular el ascenso en la Fiscalía, pues de ello depende que la entidad pueda profesionalizarse y retener así a los servidores más capacitados para ejercer los cargos de la entidad en servicio de todos los colombianos.

En conexión con lo anterior, es pertinente señalar que la Corte ha reconocido que la situación en la que se encuentran los funcionarios públicos inscritos en carrera respecto de personas que no lo están no es la misma, por lo cual es permisible adoptar regulaciones que les den un trato diferenciado en reconocimiento de esas diferencias. Así por ejemplo, en la sentencia C-969/03 (M.P. Jaime Araújo Rentería) la Corte declaró exequible el artículo 218<sup>23</sup> del Decreto 262 de 2000 que reformó la estructura de la Procuraduría General de la

---

<sup>23</sup> “Artículo 218. PERIODO DE PRUEBA. La persona seleccionada por concurso abierto no inscrita en la carrera o de ascenso con cambio de nivel será nombrada en periodo de prueba, por un término de cuatro (4) meses, al vencimiento del cual se evaluará su desempeño laboral.

*Aprobado el periodo de prueba, el empleado deberá ser inscrito en el Registro Único de Inscripción en Carrera de la Procuraduría General. Si no lo aprueba, una vez en firme la calificación, su nombramiento deberá ser declarado insubsistente mediante acto administrativo motivado expedido por el Procurador General. Contra la declaratoria de insubsistencia sólo procede el recurso de reposición, dentro de los tres*



Nación. Dicha norma regula el periodo de prueba que los empleados de la Procuraduría deben aprobar para ser inscritos en la carrera de dicha entidad, y prevé consecuencias distintas para funcionarios inscritos en la carrera y aquellos no inscritos en la misma en el evento de que éstos no aprueben el periodo de prueba previsto en la norma. En efecto, dicha norma dispone que los empleados no inscritos en la carrera que no aprueben el periodo de prueba serán declarados insubsistentes en su cargo, mientras que los funcionarios de carrera en la misma situación simplemente serán regresados a su empleo anterior y conservarán sus derechos de carrera. A pesar de que la norma dispone un trato claramente diferente para ambos tipos de funcionarios que favorece a los funcionarios de carrera, ésta fue considerada exequible por la Corte en consideración a las diferencias entre ambos tipos de funcionarios que justificaba un trato diferencial. Sobre el punto, la Corte indicó que el cargo de que la norma suponía una discriminación no era de recibo *“puesto que evidentemente la situación de hecho del concursante inscrito en la carrera es distinta de la del concursante que no lo está, en cuanto aquel es titular de unos derechos subjetivos que no ostenta éste y que gozan de protección constitucional conforme a lo dispuesto en los Arts. 125 y 53 superiores, por lo cual, precisamente en cumplimiento del citado principio de igualdad, la disposición acusada les otorga un trato desigual.”*

En concordancia con los anteriores lineamientos jurisprudenciales, en casos pasados la Corte Constitucional ha reconocido la constitucionalidad de los concursos de ascenso para acceder a cargos públicos, bajo la condición de que en dichos concursos puedan participar todos los ciudadanos, incluyendo tanto a los inscritos en la carrera de la entidad en cuestión como a aquellos externos a la misma.

---

*días siguientes a su notificación, el cual debe resolverse dentro del término de treinta (30) días, quedando agotada la vía gubernativa.*

*Cuando el servidor de carrera sea seleccionado para un nuevo empleo por concurso, sin que implique cambio de nivel, será actualizada su inscripción en el registro mencionado, una vez tome posesión del nuevo cargo. Cuando el ascenso ocasione cambio de nivel, el nombramiento se hará en periodo de prueba; en este evento, si el empleado no obtiene calificación satisfactoria en la evaluación de su desempeño, regresará a su empleo anterior y conservará su inscripción en la carrera. Mientras se produce la calificación del periodo de prueba, el empleo del cual era titular el servidor ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.*



Ello se sigue de la propia sentencia C-266/02 a la que ya se ha hecho alusión, puesto que en ella el concurso de ascenso declarado inexecutable disponía que “sólo” los funcionarios inscritos en la carrera de la entidad podían participar en el concurso. Sobre este punto, la Corte indicó que un concurso en el que se reconozca a los inscritos en la carrera “*su experiencia, eficiencia, cumplimiento y mérito en el desempeño de otros cargos de carrera dentro de la entidad*” mediante diversos mecanismos resulta constitucional en la medida que no excluya del concurso a personas no inscritas en la entidad ni se convierta el criterio para estimular el esfuerzo de los ya escalafonados “*en una barrera de entrada para los externos o en un privilegio contrario al sistema de mérito que protege la igualdad de oportunidades.*”

De manera aún más clara, en la sentencia C-1079/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) la Corte avaló la constitucionalidad de los concursos de ascenso en la Fiscalía General de la Nación previstos en el artículo 115<sup>24</sup> del decreto 261 de 2000 *por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones*, puesto que de la interpretación de esa norma se desprendía que la misma permitía la participación de todos los ciudadanos en el concurso y no sólo de aquellos inscritos en la carrera de la Fiscalía. Ésta norma disponía expresamente lo siguiente: “*El ascenso es una forma de provisión de los cargos de carrera vacantes definitivamente, mediante el sistema de concurso de méritos, con funcionarios o empleados inscritos en la carrera. En este caso no habrá lugar a período de prueba.*”

Al analizar la norma -y aunque en la misma no se indicaba expresamente que en el concurso también podrían participar personas externas a la Fiscalía- la Corte consideró que “*una primera lectura del texto acusado no conduce a la conclusión propuesta en la demanda y compartida por la Agencia Fiscal. De hecho, atendiendo a su tenor literal, no puede afirmarse que en forma expresa la norma este limitando el concurso de ascenso sólo para los inscritos en carrera, ni tampoco que este excluyendo a quienes no pertenecen a la*

---

<sup>24</sup> La norma en cuestión dispone lo siguiente: “*Artículo 115. El ascenso es una forma de provisión de los cargos de carrera vacantes definitivamente, mediante el sistema de concurso de méritos, con funcionarios o empleados inscritos en la carrera. En este caso no habrá lugar a período de prueba*”



*misma de la posibilidad de aspirar a ocupar los cargos que se encuentren vacantes. (...) Pues bien, analizado con detenimiento el conjunto normativo al que se ha hecho expresa referencia, no encuentra la Corte que a través del artículo 115 del Decreto 261 de 2000, se estatuya un sistema de concurso cerrado para la fase de ascenso en el régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación, tal y como lo pretenden hacer ver la actora en su escrito de demanda y el Ministerio Público en el concepto de rigor. Sin desconocer que a partir de la Sentencia C-266 de 2002, la Corte rectificó su posición en torno a la regulación de los concursos cerrados para la fase de ascenso en los regímenes de carrera, bajo la consideración que éstos resultan contrarios a la Carta por desconocer lo preceptuado en sus artículos 125, 13 y 40, para este Tribunal es claro que, de acuerdo con una interpretación sistemática y armónica del Decreto en cuestión, el concurso de ascenso en los términos en que aparece previsto por la preceptiva impugnada, no está adoptando una discriminación negativa en perjuicio de los ciudadanos que no pertenecen a la Fiscalía General de la Nación, y que en ejercicio de sus derechos políticos y de igualdad de oportunidades pretenden aspirar a los cargos que allí se encuentren vacantes. (...) 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 son ajenos a ella, con la expectativa legítima de acceder a un cargo de mayor jerarquía los primeros, o de incorporarse al escalafón los segundos." (Destacado fuera del texto).*

Así, concluyó la Corte precisando que "[l]os concursos mixtos, lo ha dicho la Corte en múltiples pronunciamientos y lo reiteró en la precitada sentencia C-266 de 2002, **son 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. Por el contrario, el ámbito dentro del cual éstos se desarrollan, se ajusta plenamente a la exigencia contenida en el artículo 125 de la Carta, que ordena nombrar a los empleados y funcionarios de carrera "por concurso público", sin distinguir para tales efectos entre la provisión por ingreso o por ascenso.**"

De manera más reciente pero en el mismo sentido, en las sentencias C-1263/05 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y C-211/07 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la Corte señaló que en los

22



concursos de ascenso debe permitirse la participación tanto de personas ajenas a la entidad como de aquellas vinculadas a la carrera de la misma. Precisó la Corte que “[c]omo se ve, con fundamento en el artículo 125 de la Constitución, y como una forma de proteger los derechos a que se ha hecho referencia, esta Corporación ha afirmado que la celebración de concursos que limiten la participación de todos aquellos que cumplen los requisitos para ocupar un cargo en la administración, es inconstitucional.

*Por tanto, la facultad del legislador de organizar concursos que tengan por objeto permitir ascensos dentro de la carrera, no puede quedar limitada únicamente a quienes hacen parte de ella, razón por la que podrá ascender quien haga parte del régimen de carrera, empero, en el mismo concurso de méritos puede participar quien no haga parte de la misma, con el fin de ingresar a ella.”*

Así, en vista de todos los lineamientos jurisprudenciales sobre esta materia, se concluye sin asomo de duda que lo que está constitucionalmente proscrito es que la provisión de cargos públicos se haga mediante concursos cerrados, entendidos como aquellos en los cuales sólo pueden participar los funcionarios vinculados a la carrera de la entidad en cuestión. Ese fue precisamente el entendimiento de la sentencia C-1079/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), que definió el concurso cerrado como aquel cuya finalidad “*es permitir que sólo personal escalafonado pueda inscribirse al concurso para la provisión de cargos de carrera, con el propósito de que sólo ellos tengan la opción de acceder a los cargos de mayor grado que se encuentren vacantes en forma definitiva.*” En contraste con esta prohibición, la jurisprudencia ha entendido que las diferentes modalidades de concurso público (abierto o mixto) resultan plenamente constitucionales. La misma sentencia C-1079/02 definió estas modalidades de concurso precisando que “[e]n relación con los concursos abiertos, el artículo 125 de la Carta es claro en señalar que los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, deben ser nombrados por concurso público, es decir, por aquél que permita a toda persona que no haga parte de la carrera, sin discriminación alguna, participar en el proceso de selección y acceso a los cargos públicos.” (Destacado fuera del texto).

En tales fallos, la Corte definió el concurso mixto como aquellos que “*tienen ocurrencia cuando la ley autoriza la participación combinada de personal ajeno a la carrera y de*

23



*personal escalafonado para que, unos y otros, o bien ingresen a la misma o bien asciendan a cargos de mayor jerarquía o rango.*<sup>25</sup> Por lo tanto, su diferencia esencial con el concurso cerrado reside en que en el concurso mixto se permite la participación de todos los ciudadanos, independientemente de su vinculación previa con la entidad que adelanta el concurso.

En vista de lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado que mientras los concursos cerrados se encuentran constitucionalmente proscritos, los concursos públicos mixtos se encuentran plenamente validados por la Constitución. Así por ejemplo, en la sentencia C-1079/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) se afirmó que *“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 hacia el futuro, y que fija un límite a la libertad de configuración política del legislador cuando se trata de regular los distintos regímenes de carrera.”* (Destacado fuera del texto).

##### **5. El margen amplio con el que cuenta el legislador para determinar cómo evaluar y asegurar el mérito en los concursos públicos.**

Por último, cabe señalar que la jurisprudencia ha reconocido que el legislador cuenta con un margen amplio para determinar cómo evaluar y asegurar el mérito de los aspirantes a cargos públicos mediante el sistema de concursos. Así, el diseño legislativo de los sistemas de concurso no debe corresponder a una fórmula única, sino que por el contrario está abierto a múltiples posibilidades. Así por ejemplo, en la sentencia C-1079/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) la Corte indicó que *“[a] partir de la competencia que le ha sido asignada al Congreso de la República, también la jurisprudencia constitucional sostiene que cuando el órgano legislativo procede a reglamentar el acceso al servicio público, éste se encuentra investido de un amplio margen de apreciación y regulación normativa, únicamente limitado por las condiciones de procedibilidad descritas en el mismo texto Superior, y por los principios y derechos que la carrera administrativa busca garantizar y*

<sup>25</sup> Sentencia C-1079/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).



*proteger. Así, ha considerado la Corte que el legislador “está facultado para escoger libremente cuál objetivo de la carrera se privilegia siempre y cuando no altere la esencia de la carrera”, de manera que, a título de ejemplo, puede determinar “qué es el mérito, [y] qué aspectos relativos a la capacidad e idoneidad de los aspirantes, según las necesidades propias del servicio administrativo, se resaltan o se juzgan prioritarias.”* (Destacado fuera del texto.

#### **6. Síntesis de las exigencias jurisprudenciales del régimen de carrera y los concursos para la provisión de cargos públicos**

A manera de cierre de la presente sección y para mayor claridad, resulta conveniente presentar una síntesis de las diferentes reglas jurisprudenciales que definen los alcances y límites de los sistemas de concursos para el acceso al desempeño de cargos públicos

Así, es claro que -salvo las excepciones constitucionales y legales- toda provisión de cargos y funciones públicas debe hacerse mediante el sistema de concurso público, en la que los cargos se provean según el mérito de los aspirantes y se respete el principio de igualdad en el sentido de no imponer requisitos o condiciones incompatibles y extrañas al mérito para acceder a cargos públicos y que no haya diferencias de trato que carezcan de una justificación constitucional.

En concordancia con estos principios base, la jurisprudencia ha señalado que está constitucionalmente proscrito proveer cargos mediante sistemas de concurso cerrados, es decir, aquellos concursos en los que sólo pueden participar las personas que ya se encuentran inscritas en la carrera, con exclusión de todos los ciudadanos que no se encuentran en tal situación. En contraste con esa prohibición, la Corte Constitucional ha avalado la constitucionalidad de los concursos de ascenso, siempre que en los mismos puedan participar tanto las personas vinculadas a la carrera de la entidad como las personas ajenas a ella. Así mismo, la Corte ha avalado que haya tratos diferenciados en los concursos entre aquellos que se encuentran inscritos en la carrera y aquellos que no lo están, siempre que haya una justificación constitucional para ello. Estas justificaciones son de diversa índole, y pueden consistir en objetivos como la protección de grupos especialmente protegidos por la Constitución o la consecución de fines constitucionalmente importantes como son la obtención de la paz o el estímulo al ascenso de los servidores públicos.

25



La Corte ha distinguido entre concurso mixto y concurso cerrado, y ha avalado los concursos mixtos siempre que se garantice que en los mismos podrán participar tanto las personas que se encuentren vinculadas a la entidad en cuestión como aquellas externas a la misma.

La jurisprudencia también le ha reconocido que el legislador cuenta con un margen amplio para determinar cómo evaluar y asegurar el mérito de los aspirantes a cargos públicos mediante el sistema de concursos.

A continuación se procede a caracterizar el concurso de ascenso de la Fiscalía previsto en el Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014 a la luz de los parámetros constitucionales que se han reseñado hasta ahora. Con ello, se demostrará que el concurso de ascenso de la Fiscalía en realidad corresponde a un concurso público con un diseño legislativo novedoso, que resulta totalmente acorde con las exigencias constitucionales.

#### **IV. Caracterización del concurso de ascenso de la Fiscalía a la luz de los parámetros constitucionales**

A la luz de la jurisprudencia constitucional, el concurso de ascenso de la Fiscalía previsto en el Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014 puede caracterizarse como un nuevo diseño de concurso público que, por sus particularidades, puede denominarse como un ‘concurso público mixto con cuota condicionada para ascenso’.

##### **1. El concurso de ascenso se trata de un concurso público en el que pueden participar todos los ciudadanos**

Se equivoca el demandante al señalar que el concurso de ascenso de la fiscalía es un concurso cerrado. Pasa por alto un dato fundamental: en el mismo pueden participar todos los ciudadanos, estén o no inscritos en la carrera de la Fiscalía. Así, es claro que el concurso de ascenso no encaja dentro de la noción de ‘concurso cerrado’ que ha sido proscrita por la jurisprudencia constitucional.

En efecto, el artículo 24.3 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014 dispone que de cumplirse las condiciones para la realización de un concurso de ascenso “*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.*” Esto quiere decir que en el concurso de ascenso las personas externas a la Fiscalía podrán concursar para acceder a por lo menos el 70% de los cargos a proveer. Por tanto, al permitir la participación tanto de personas ajenas a la Fiscalía como de aquellas inscritas en su carrera en el concurso para la provisión de cargos, el concurso de ascenso debe considerarse como un concurso público mixto. En efecto, el concurso esta abierto por lo menos para el 70% de los cargos a proveer y puede volverse abierto para el 100% de los cargos si no se cumplen las condiciones fijadas en la propia ley, es decir, (i) que se cumplan las condiciones mínimas para poder convocar a concurso de ascenso previstas en el artículo 24 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014,<sup>26</sup> y (ii) que en el desarrollo del concurso se inscriba como mínimo el doble de servidores escalafonados en carrera por empleo a proveer, como lo dispone el parágrafo del mismo artículo.<sup>27</sup> De no cumplirse la condición (i), no podrá convocarse a concurso de ascenso y todos los cargos por proveer deberán asignarse mediante concurso de ingreso. De no cumplirse la condición (ii), el concurso de ascenso se declarará desierto y la provisión de cargos deberá hacerse mediante concurso de ingreso.

<sup>26</sup> Artículo 24 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014: *“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.”* (Destacado fuera del texto).

<sup>27</sup> “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.”



## **2. El concurso de ascenso se ajusta a la exigencia del mérito como criterio rector del acceso al desempeño de cargos públicos**

En el concurso de ascenso de la Fiscalía se respeta plenamente la exigencia según la cual el concurso debe garantizar el mérito de quienes pretenden aspirar a ejercer cargos y funciones públicas. Ello es evidente por varias razones: (i) El concurso de ascenso sólo está abierto a quienes cumplan con todos los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos a proveer y superen las mismas pruebas. Así, mediante dicho concurso no pueden vincularse a la carrera personas que no acrediten su mérito en igualdad de condiciones a los demás participantes; (ii) el sistema de la cuota de ascenso de hasta el 30% de los cargos a proveer que se reserva a los funcionarios de carrera y las condiciones para beneficiarse de ella corresponden a un diseño legislativo que evalúa y asegura el mérito de los funcionarios de carrera que participen en el concurso; (iii) la cuota de ascenso es una cuota condicionada que asegura que el concurso de ascenso sea verdaderamente competitivo.

### **2.1. El concurso sólo está abierto a quienes cumplan con todos los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos a proveer y superen las mismas pruebas, por lo que mediante él no pueden vincularse a la carrera personas que no acrediten su mérito en igualdad de condiciones a los demás participantes**

A diferencia de otros sistemas de concurso que han sido declarados inconstitucionales por permitir el acceso a cargos de carrera de personas que no han demostrado sus méritos para el desempeño del cargo (como, por ejemplo, permitiendo la vinculación automática a la carrera de personas vinculadas a las entidades públicas en provisionalidad y sin haber pasado por un concurso), en este tipo de concurso todas las personas que participan en el mismo deben acreditar su mérito al tener que demostrar los mismos requisitos para el desempeño de los cargos a proveer.

Así, todos los concursantes participan en el mismo concurso y son evaluados con base en los mismos criterios de mérito. Adicionalmente, todos los nombrados deben aprobar las mismas pruebas de selección para la conformación de la lista de elegibles, deben superar el mismo estudio de seguridad y deben pasar el mismo periodo de prueba. Por último, la lista

28



de elegibles se conforma en estricto orden de mérito, por lo que sólo accederían a los cargos quienes demuestren el mayor mérito respecto de los demás concursantes.

Vale la pena detenerse en cada uno de estos elementos.

El elemento común de partida es que todos los concursantes deben cumplir los requisitos y condiciones para acceder al cargo, sin distinguir si el concursante estaba o no previamente escalafonado. Así los funcionarios que aspiran a ascender también deben cumplir con los mismos requisitos que los demás concursantes para acceder a los cargos abiertos a concurso.

En efecto, como condiciones para la realización de un concurso de ascenso la norma impugnada dispone en su artículo 24.2 que deben existir servidores escalafonados en la carrera especial de la Fiscalía “*que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso*”. En el mismo sentido, el artículo 25 de la misma norma indica los requisitos que debe cumplir el servidor público para participar en los concursos de ascenso, disponiendo que éste debe “*reunir los requisitos y condiciones exigidos para el desempeño del cargo*”.

Así mismo, todos los participantes del concurso deben aprobar las mismas pruebas de selección para la conformación de la lista de elegibles, deben superar el mismo estudio de seguridad y deben pasar el mismo periodo de prueba, sin distinguir entre funcionarios de carrera y personas externas a la entidad. En efecto, el artículo 27 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014<sup>28</sup> dispone que los concursos de selección de ingreso o de ascenso

---

<sup>28</sup> “Artículo 27. Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso o concurso de selección de ingreso o de ascenso, comprende las siguientes etapas:

1. Convocatoria.
2. Inscripciones.
3. Verificación del cumplimiento de requisitos mínimos para el desempeño del empleo.



comprenden las mismas etapas, donde después de la verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos para el desempeño del empleo (i) se publica la lista de admitidos al concurso o proceso de selección, (ii) se les aplican a todos los concursantes las mismas pruebas de selección, (iii) se conforma la lista de elegibles, (iv) se realiza el estudio de seguridad a todos los elegibles y (v) se somete a todos los elegibles a un mismo periodo de prueba.

Por último, cabe precisar que la conformación de la lista de elegibles se ordena en estricto orden de mérito, pues el artículo 35 del Decreto Ley en comento dispone que “[l]as listas de elegibles serán conformadas con base en los resultados del concurso o del proceso de selección, en estricto orden de mérito y con los aspirantes que superen las pruebas en los términos indicados en la convocatoria. La provisión definitiva de los empleos convocados se efectuará en estricto orden descendente, una vez se encuentre en firme la lista de elegibles y después de adelantarse el estudio de seguridad de que trata el presente decreto ley.” (Destacado fuera del texto).

Así, es evidente que tanto los funcionarios inscritos en la carrera como a los ciudadanos ajenos a la misma que aspiren a acceder a cargos de carrera deberán demostrar su mérito, y que el acceso al cargo depende exclusivamente de esa demostración. Los concursantes escalafonados también deben demostrar que tienen los méritos para ascender, porque todos

- 
4. *Publicación de la lista de admitidos al concurso o proceso de selección.*
  5. *Aplicación de pruebas de selección.*
  6. *Conformación de listas de elegibles.*
  7. *Estudio de seguridad.*
  8. *Período de Prueba.”*



los participantes del concurso deben demostrar su mérito independientemente de su vinculación previa a la Fiscalía. En breve, no se exige a ningún participante del concurso de la obligación de demostrar su mérito en igualdad de condiciones que los demás participantes.

En conclusión, un concursante externo a la Fiscalía puede acceder a cualquier cargo abierto a concurso. Puede hacerlo respecto de por lo menos el 70% de los cargos a proveer sin ninguna condición y al 30% restante con una condición, ya que el concurso incluye una cuota condicionada que es compatible con el sistema de méritos y el principio de igualdad, como pasa a explicarse.

**2.2. El sistema de la cuota de ascenso de hasta el 30% de los cargos a proveer que se reserva a los funcionarios de carrera y las condiciones para beneficiarse de ella corresponden a un diseño legislativo que evalúa y asegura el mérito de los funcionarios de carrera que participen en el concurso**

Es necesario recordar que el legislador cuenta con un amplio margen para determinar cómo evaluar y asegurar el mérito de los participantes de un concurso. En ese sentido, el sistema de la cuota de hasta el 30% de los cargos a proveer que se reserva condicionadamente a los funcionarios de carrera y las previsiones legislativas para beneficiarse de esa cuota son mecanismos que sencillamente buscan asegurar un elevado estándar de mérito que deben satisfacer los funcionarios de carrera que pretendan acceder a esa cuota. Así, el mérito de los funcionarios de carrera se mide a la luz de unos exigentes parámetros que el propio diseño legislativo del concurso impone como condiciones mínimas para poder participar en el mismo.

En efecto, el diseño legislativo de la cuota de ascenso de hasta el 30% de los cargos a proveer (que por lo demás, resulta ser una cuota pequeña) exige 6 condiciones de mérito que deben acreditar todos los funcionarios de carrera para acceder a cargos mediante el concurso de ascenso:



- (i) Que los funcionarios que aspiren a beneficiarse de la cuota estén escalafonados en la carrera especial de la fiscalía, por lo que deben haber ingresado a la misma mediante un concurso de méritos previo.<sup>29</sup>
- (ii) Que éstos cumplan con todos los requisitos y condiciones exigidos para el desempeño del cargo.<sup>30</sup>
- (iii) Que hayan obtenido una calificación sobresaliente en su evaluación de desempeño.<sup>31</sup>
- (iv) Que esta calificación sobresaliente corresponda a la del año inmediatamente anterior a la convocatoria.<sup>32</sup>
- (v) Que no hayan sido sancionados disciplinaria ni fiscalmente dentro de los 5 años anteriores a la convocatoria.
- (vi) Que el concurso por el cual accedan a la cuota de ascenso sea verdaderamente competitivo, por lo cual los beneficiarios de la misma sólo podrán ser aquellos que demuestren el más alto mérito entre otros participantes igualmente calificados para desempeñar el cargo en cuestión. Esto se asegura mediante la exigencia de que el concurso de ascenso sólo pueda desarrollarse cuando “[e]l 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”,<sup>33</sup> y en el desarrollo del concurso se inscriba “como mínimo el doble de servidores escalafonados en carrera por empleo a proveer”.<sup>34</sup> De no cumplirse estas condiciones, no podrá adelantarse un concurso de ascenso y todos los cargos deberán proveerse mediante concurso de ingreso.

Así, mediante la cuota se está implementando un mecanismo legislativo para asegurar el más alto mérito de los participantes del concurso, pues -además de exigírseles cumplir con las condiciones básicas para aspirar a los cargos- los requisitos para poder participar en el concurso implican que los que pretendan ascender deben haber demostrado sus méritos:

<sup>29</sup> Artículo 24.2 y 25.1 del Decreto 020 del 9 de enero de 2014.

<sup>30</sup> Artículo 24.2 y 25.2 del Decreto 020 del 9 de enero de 2014.

<sup>31</sup> Artículo 25.3 del Decreto 020 del 9 de enero de 2014.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Artículo 24.3 del Decreto 020 del 9 de enero de 2014.

<sup>34</sup> Artículo 24, parágrafo del Decreto 020 del 9 de enero de 2014.



sólo pueden beneficiarse de la cuota de hasta el 30% aquellos funcionarios que hayan accedido por méritos, y tengan una experiencia y desempeño sobresalientes en el ejercicio de los cargos de la Fiscalía.

### **2.3. La cuota de ascenso es una cuota condicionada que asegura que el concurso de ascenso sea un concurso verdaderamente competitivo**

Es evidente que el concurso de ascenso es un concurso verdaderamente competitivo cuyo diseño legislativo evita que mediante el sistema de la cuota de ascenso de hasta el 30% de los cargos a proveer se destinen cargos a personas que no hayan demostrado su mérito en competencia con otros aspirantes. Esta cuota es entonces una cuota condicionada a que exista una verdadera competencia entre funcionarios de carrera, lo que eleva las exigencias del mérito para poder ascender.

En efecto, como requisito para la celebración del concurso de ascenso se exige que el número de servidores escalafonados en carrera que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos a proveer por concurso sea igual o superior al número de empleos a proveer.<sup>35</sup> No hay ascensos automáticos, sino solo ascensos competitivos por concurso de méritos.

De no cumplirse esta condición, el concurso para acceder a los cargos deberá realizarse por concurso de ingreso ordinario sin ningún tipo de cuota a favor de los funcionarios de carrera.<sup>36</sup>

Así mismo, la norma prevé que en el desarrollo del concurso de ascenso deberán inscribirse como mínimo el doble de servidores escalafonados en carrera por empleo a proveer, y que

<sup>35</sup> Artículo 24.3 del Decreto 020 del 9 de enero de 2014: “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: (...) 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.”*

<sup>36</sup> Artículo 24 del Decreto 020 del 9 de enero de 2014.



en caso de no cumplirse con esta condición, el concurso se declarará desierto y la provisión de cargos deberá hacerse mediante concurso de ingreso.<sup>37</sup>

Con las anteriores previsiones, se impide que se presenten situaciones en que -por falta de competencia- algunos funcionarios puedan acceder a la cuota de ascenso de manera automática sin tener que demostrar un mérito sobresaliente frente a otros aspirantes, lo que resultaría en un privilegio injustificado a favor de los funcionarios de carrera de la Fiscalía. Así, mediante una verdadera competencia entre funcionarios de carrera se asegura que sólo aquellos funcionarios que demuestren el más alto mérito puedan beneficiarse de la cuota de ascenso.

### **3. El concurso de ascenso es plenamente respetuoso del principio de igualdad**

De otra parte, el concurso de ascenso también es plenamente respetuoso del principio de igualdad como criterio rector para la provisión de cargos públicos mediante concurso.

#### **3.1. La cuota condicionada de ascenso supone un trato diferenciado razonable de personas que se encuentran en situaciones diferentes.**

La cuota del 30% implica una clasificación de los concursantes en dos grupos: los que están escalafonados y los que no lo están. Los dos grupos han sido distinguidos a partir de un criterio que es el mérito preexistente, ya que los escalafonados están inscritos en la carrera por haber ingresado por concurso. Los efectos de esta clasificación no son absolutos ni permanentes. Son relativos, ya que la distinción entre ambos grupos sólo se materializa para fines del concurso en el evento de que se cumplan todas las condiciones para poder celebrar el concurso de ascenso, es decir, (i) que el número de servidores escalafonados en carrera que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos a proveer por concurso sea igual o superior al número de empleos a proveer, y (ii) que en el

<sup>37</sup>Parágrafo del artículo 24 del Decreto 020 del 9 de enero de 2014: “*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.*”



desarrollo del concurso de ascenso se inscriban como mínimo el doble de servidores escalafonados en carrera por empleo a proveer. De no cumplirse estas condiciones todos los cargos deberán proveerse mediante concurso de ingreso, y no habrá ninguna distinción entre funcionarios de carrera y personas externas a la misma.

Ahora bien, esta clasificación es compatible con el principio de igualdad.

Primero, le da un trato diferente a quienes son diferentes, puesto que quien está escalafonado ya ha demostrado un mérito para acceder a la carrera, ya ha prestado un servicio público para la Fiscalía y ha sido evaluado satisfactoriamente para poder intentar ascender. En cambio, los demás concursantes no reúnen estos requisitos que son relevantes a la luz de los mandatos de la Constitución en el sentido de establecer una carrera fundada en el mérito.

Segundo, el trato diferenciado supera un test de igualdad. La jurisprudencia ha indicado que en materia de acceso a cargos públicos la intensidad del test de igualdad es intermedia. En efecto, en la sentencia C-673/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se indicó que el test intermedio debe emplearse *“cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia”*. Dado que lo que se objeta del concurso de ascenso de la Fiscalía es que vulnera el criterio del mérito y el principio de igualdad al restringir la libre competencia por cargos públicos, es claro que éste es el test que debe aplicarse en el presente caso.

En la sentencia C-673/01 la Corte indicó cuales son los criterios de análisis del test intermedio, precisando que *“[p]rimero, se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Segundo, se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial.”* (Destacado fuera del texto).

Aplicando estos criterios a la cuota condicionada de ascenso, puede concluirse con facilidad que la misma supera todos los criterios de análisis del test intermedio de igualdad. En efecto, la jurisprudencia ha reconocido expresamente que *“estimular a quien se ha destacado y reconocer los esfuerzos, el cumplimiento, la eficiencia y la experiencia en la*



*carrera de la entidad*” son fines “*sin duda legítimos e importantes*”.<sup>38</sup> Además, no hay duda de que la medida de reservar una cuota de los cargos a proveer para los funcionarios de carrera es una medida efectivamente conducente al fin de estimular el ascenso de los funcionarios, pues así estos sabrán que si demuestran un desempeño sobresaliente en su gestión tendrán mejores posibilidades de ascender en su cargo en reconocimiento a su esfuerzo, cumplimiento, eficiencia y experiencia en la entidad. Así, la medida estimula a los funcionarios de carrera a superarse a sí mismos para poder ascender.

Tercero, debe considerarse que incluso en el evento de que se aplicara un test de igualdad estricto la cuota de ascenso condicionada también lo superaría. La jurisprudencia ha señalado que en el test estricto de igualdad “*los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Éste exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.*”<sup>39</sup> (Destacado fuera del texto).

Aplicando estos criterios a la cuota de ascenso condicionada de la Fiscalía, es claro que la medida supera todos los criterios del test estricto. Ciertamente, (i) profesionalizar la Fiscalía que ejerce la acción penal para proteger la vida, la integridad, la libertad y los demás derechos constitucionales de los colombianos es un fin constitucionalmente imperioso que redundaría en beneficio de toda la ciudadanía. Así mismo, (ii) el medio de estimular el ascenso de los funcionarios mediante la reserva de una cuota de menos de la mitad de los cargos a proveer, relativa, contingente y que no excluye el mérito, es una medida necesaria. En efecto, sin tal cuota no habría una carrera especial de la Fiscalía propiamente dicha, de la que depende la profesionalización de las personas dedicadas y comprometidas con la institución. En efecto, si no existiese ninguna diferencia de trato a la

<sup>38</sup> Sentencia C-266/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

<sup>39</sup> Sentencia C-673/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).



hora de proveer cargos públicos entre los funcionarios de carrera y las personas externas de la entidad, la propia noción de la ‘carrera’ se tornaría ilusoria. Por último, (iii) es evidente que la medida supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues los beneficios que persigue la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre los derechos de los concursantes externos a la Fiscalía. Ciertamente, el grado de afectación de los derechos de los no escalafonados es muy bajo dado que éstos pueden acceder a por lo menos el 70% de los cargos a proveer, y si no se cumplen las estrictas condiciones para que aplique la cuota, también podrán acceder al 30% de los cargos a proveer restantes. Así mismo, la promoción de objetivos constitucionales es alta, pues efectivamente se estimula el ascenso de los funcionarios de carrera de la Fiscalía, pero sin sacrificar el mérito o el principio de igualdad que deben regir los procesos de selección para el desempeño de cargos públicos.

Cabe reiterar que en la regulación de los concursos para la provisión de cargos públicos lo que está prohibido son los “*tratos discriminatorios basados en criterios sospechosos que no puedan ser justificados desde un punto de vista constitucional para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro de la carrera*”,<sup>40</sup> y que el estímulo al ascenso de los funcionarios y la profesionalización de la Fiscalía son fines constitucionalmente imperiosos que por tanto permiten adoptar diferencias de trato entre los funcionarios de carrera y los ciudadanos externos a la misma.

Finalmente, puede darse el caso de que al aplicar la cuota, un concursante que haya quedado justo debajo del que accedió al último de los cupos del 70% disponibles para los externos a la Fiscalía, no ingrese a la entidad pero un concursante ya escalafonado con un puntaje de mérito menor sí logre ascender en virtud de la aplicación de la cuota. En todo caso, ésta hipótesis extrema no es suficiente para sacrificar los beneficios constitucionales derivados del sistema diseñado, pues debe considerarse que la Constitución no impone al legislador el deber de diseñar instituciones perfectas, como bien lo ha dicho la jurisprudencia. Así por ejemplo, en la sentencia C-1149/03 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte indicó que “[l]a Constitución no exige que el legislador adopte leyes perfectas en las cuales prevea todas las hipótesis posibles y responda a cada una de ellas

---

<sup>40</sup> Sentencia C-753/08 (M.P. Jaime Araújo Rentería).



*de manera análoga, así estas hipótesis no se inscriban claramente dentro de los fines buscados por el propio legislador al configurar las normas legales acusadas.”*

### **3.2. La cuota no crea barreras de entrada al desempeño de cargos públicos en la Fiscalía ni establece un privilegio contrario al sistema de mérito**

Ciertamente, este estímulo al ascenso para profesionalizar la Fiscalía tiene límites constitucionales, en el sentido de que los medios escogidos para estimular el ascenso “*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.*”<sup>41</sup> Sin embargo, es evidente que en el presente caso el concurso de ascenso de la Fiscalía se enmarca perfectamente dentro de esos límites.

La cuota de ascenso reservada a los funcionarios de carrera no constituye una barrera de entrada a los ciudadanos ajenos a la Fiscalía, pues como ya se vio el concurso de ascenso es un concurso público en el que cualquier ciudadano puede participar con prospectos de acceder a por lo menos el 70% de los cargos a proveer. Adicionalmente, en el evento de que no se cumplan las condiciones para la celebración del concurso de ascenso también podrán participar por el 100% de los cargos a proveer mediante el concurso de ingreso. Así mismo, en caso de que el concurso de ascenso se declare desierto se seguirán las mismas consecuencias, y en tal evento quienes se encontrasen inscritos en el concurso de ascenso seguirán participando en el concurso de ingreso sin necesidad de inscribirse en un nuevo concurso.<sup>42</sup>

De otra parte, la cuota tampoco constituye un privilegio contrario al sistema de mérito en la provisión de cargos, pues como se indicó en los apartados precedentes, el sistema del concurso de hecho refuerza el estándar de mérito que deben satisfacer los funcionarios para ascender. En efecto, éste se refuerza al elevar el estándar de mérito que deben acreditar los funcionarios de carrera, pues además de acreditar los requisitos y condiciones mínimas exigidas para el desempeño del cargo estos deberán (i) haber obtenido una calificación

<sup>41</sup> *Ibíd.*

<sup>42</sup> Artículo 24, parágrafo del Decreto Ley 00-020 del 9 de enero de 2014.

sobresaliente en su evaluación de desempeño del año inmediatamente anterior a la convocatoria, (ii) no podrán haber sido sancionados disciplinaria ni fiscalmente dentro de los 5 años anteriores a la convocatoria, y (iii) sólo podrán beneficiarse de la cuota cuando el concurso de ascenso sea verdaderamente competitivo y quienes accedan a los cargos sean quienes demuestren el más alto mérito entre otros participantes igualmente calificados para desempeñar el cargo en cuestión.

Por estos motivos, se concluye que el concurso de ascenso de la Fiscalía es plenamente respetuoso del principio de igualdad.

#### **4. Conclusión frente a las pretensiones del demandante**

Por los anteriores motivos, es forzoso concluir que todas las pretensiones del demandante deben ser denegadas, pues al tratarse el concurso de ascenso de un concurso público mixto, abierto siempre en por lo menos un 70% y contingentemente en un 100%, que respeta los parámetros constitucionales sobre este tipo de concursos, todos sus argumentos se quedan sin fundamento.

En efecto, el concurso de ascenso de la Fiscalía se trata de un concurso público que puede denominarse un ‘concurso públicomixto con cuota condicionada para ascenso’. Por tanto, al ser un concurso que garantiza el derecho de igualdad de acceso a la función pública, no hay lugar a considerar que desconoce el artículo 125 de la Constitución<sup>43</sup> el cual dispone que

---

<sup>43</sup> “Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.*

*Parágrafo. Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2003, artículo 6°. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean*



los “funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público”.

Ningún concursante puede acceder a un cargo en este concurso mixto sin demostrar que tiene los méritos para ello en un concurso competitivo y público.

Los concursantes previamente escalafonados no tienen privilegio alguno, puesto que también deben participar en el concurso público y demostrar sus mayores méritos. Tampoco establece barreras de acceso, puesto que los aspirantes a cargos en la Fiscalía que no se encuentren inscritos en la carrera administrativa de la entidad en todo caso podrán participar por la gran mayoría de los cargos a proveer.

En el mismo sentido, tampoco hay lugar a considerar que se vulnera el artículo 156 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia,<sup>44</sup> pues lo único que esta norma ordena es que el mérito sea el “*fundamento principal*” de la carrera judicial. Cómo se ha evidenciado, este concurso mixto de ascenso no sólo no desconoce sino que por el contrario refuerza el mérito como fundamento principal de la carrera de la Fiscalía.

De otra parte, y como se señaló con anterioridad, resulta contraevidente suponer que el concurso de ascenso vulnera el artículo 158 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia,<sup>45</sup> pues dicho artículo simplemente indica cuál es el campo de aplicación del régimen de carrera judicial. Al pasar por alto que el artículo 159 de la misma Ley Estatutaria<sup>46</sup> dispone que la Fiscalía tienen un régimen de carrera propio y distinto del

---

*designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”*

<sup>44</sup> “Artículo 156. FUNDAMENTOS DE LA CARRERA JUDICIAL. La carrera judicial se basa en el carácter profesional de funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos al efecto y en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio.”

<sup>45</sup> “Artículo 158. CAMPO DE APLICACION. Son de Carrera los cargos de Magistrados de los Tribunales y de las Salas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, jueces y empleados que por disposición expresa de la ley no sean de libre nombramiento y remoción.”

<sup>46</sup> “Artículo 159. REGIMEN DE CARRERA DE FISCALIA. La Fiscalía General de la Nación tendrá su propio régimen autónomo de carrera sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de

40



régimen de carrera judicial, el argumento del demandante sobre este punto carece de cualquier fundamento lógico.

Así mismo, el concurso de ascenso tampoco vulnera el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución.<sup>47</sup> Como ha quedado demostrado, la afirmación del demandante de que el concurso de ascenso impide que personas no vinculadas a la Fiscalía o vinculadas a ella pero no inscritas en su carrera puedan acceder a cargos en la entidad para ingresar a la carrera de la Fiscalía es totalmente equivocada. Por el contrario, el concurso de ascenso permite que cualquier ciudadano acceda a cargos en la Fiscalía e ingrese a su régimen especial de carrera. Aunque ello ciertamente constituye una diferencia de trato entre los funcionarios de carrera de la Fiscalía y los ciudadanos externos a dicha entidad, esta diferenciación supera incluso un test estricto de igualdad, por lo que no puede considerarse violatorio de dicho principio constitucional.

Por último, es evidente que el concurso de ascenso tampoco viola el artículo 40.7 de la Constitución,<sup>48</sup> pues es totalmente errado sostener que en razón de dicho concurso quienes

---

*servicios, orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman."*

<sup>47</sup> "Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

*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."*

<sup>48</sup> "Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

(...)

*7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.*

*Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública."*



no estén vinculados previamente a la Fiscalía no puedan ejercer su derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos en la entidad. Como se ha señalado reiteradamente, el concurso de ascenso permite que cualquier ciudadano pueda acceder al desempeño de tales funciones y cargos.

**V. Distinción del concurso de ascenso de la Fiscalía de otros sistemas de provisión de cargos públicos que han sido declarados inconstitucionales**

Las conclusiones a las que se llega en los apartados precedentes pueden reforzarse remitiéndose a los casos pasados en los que la Corte Constitucional ha declarado sistemas de provisión de cargos públicos inconstitucionales, para ilustrar las profundas diferencias con el caso actual.

Las normas declaradas inexequibles eran completamente diferentes a la ahora acusada.

Aunque el demandante ha citado la mayoría de estos casos en soporte de sus argumentos, tales precedentes pueden ser distinguidos con facilidad del presente caso. Ello en razón de que en todos ellos, el diseño legislativo de las normas implicaba un desconocimiento de los parámetros constitucionales sobre los sistemas de acceso a los cargos públicos mediante concurso a los que se ha hecho referencia a lo largo del presente memorial.

Por el contrario, en el presente caso el diseño legislativo del concurso de ascenso como un concurso público abierto mixto con cuota condicionada para ascenso no entra dentro de ninguna de las prohibiciones constitucionales señaladas en esos casos. Además, expresamente las normas acusadas exigen la demostración del mérito y respetan el principio de igualdad. Por tanto, la distinción del presente caso de los fallos anteriores sencillamente refuerza la conclusión de que el concurso de ascenso de la Fiscalía previsto en el Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014 resulta plenamente constitucional.

**1. El concurso público mixto con cuota condicionada para ascenso es diferente a los llamados concursos cerrados o de ascenso automático.**



### 1.1. El ascenso no es automático, sino por concurso de méritos competitivo

En primer lugar, cabe referirse a la sentencia C-037/96 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) que declaró inexecutable los artículos 193 y 196 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que eximían a ciertos funcionarios vinculados a la rama judicial del requisito de participar en un concurso para ingresar a la carrera judicial. Concretamente, estas normas disponían lo siguiente:

*“Artículo 193. PERMANENCIA EN LA CARRERA. Los actuales funcionarios y empleados que con anterioridad a la expedición de la presente Ley hubiesen sido vinculados a la Rama Judicial mediante la respectiva designación en propiedad para el cargo, por período fijo o a término indefinido, quedan incorporados al sistema de Carrera Judicial previsto en esta ley Estatutaria y a los derechos derivados de la misma, sin necesidad de providencia que así lo declare.”*

*Parágrafo: Con el fin de determinar su ingreso a la Carrera los funcionarios y empleados que se hallen en período de prueba serán evaluados, por una sola vez, en su desempeño durante todo el tiempo en que hayan ejercido el cargo con tal carácter, en la forma que establezca el reglamento que para el efecto expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.” (Destacado fuera del texto).*

*“Artículo 196. INCORPORACION A LA CARRERA JUDICIAL. los funcionarios y empleados de la Rama Judicial incluyendo los de la Fiscalía General de la Nación, que a la vigencia de la presente Ley hayan desempeñado el cargo en provisionalidad durante un año o más, sin antecedentes disciplinarios, quedan incorporados en carrera judicial en período de prueba, sin necesidad de providencia que así lo declare.*

*Parágrafo: Quienes no hayan desempeñado en provisionalidad por un período inferior al límite indicado en este artículo, asumirán el proceso de incorporación con sujeción a los requisitos exigidos en las normas vigentes al momento de su vinculación en provisionalidad.”*

En ese caso, la Corte declaró el artículo 193 inexecutable al considerar que “*resulta constitucionalmente reprochable que el inciso primero del artículo bajo examen, sin justificación o razonamiento alguno, determine indistintamente que todo aquel que, salvo*



*los casos de vinculación por concurso-los cuales se explicarán más adelante-, hubiese sido nombrado en propiedad en un cargo para un período fijo o a término indefinido, quede automáticamente incorporado al sistema de carrera judicial de que trata el presente proyecto, sin necesidad de providencia que así lo determine. Con esta medida, se estaría permitiendo que las personas que señala la disposición gocen de los beneficios y de la estabilidad que conlleva el sistema de carrera, sin haber tenido necesidad de concursar o de demostrar frente a otros candidatos sus aptitudes, conocimientos y preparación profesional. Repárese, además, en que una cosa es haber sido nombrado en un cargo y otra ingresar al sistema de carrera, pues lo primero no implica necesariamente lo segundo. Lo anterior, constituye para la Corte una palmaria vulneración del derecho a la igualdad y se convierte en una excepción que desconoce flagrantemente el propósito esencial del artículo 125 superior, al determinar como regla general para vincularse a los empleos estatales, el concurso público.” (Destacado fuera del texto).*

Similarmente, respecto del artículo 196 consideró que “[e]n concordancia con las consideraciones hechas en torno al artículo 193 del proyecto, respecto del derecho a la igualdad en el sistema de carrera-las cuales se recalcan en esta oportunidad-, y teniendo en cuenta los argumentos expuestos por los intervinientes, la Corte encuentra que la presente disposición debe ser declarada inexecutable, pues establece como principio general lo que el artículo 125 de la Carta Política ha previsto como excepción. En otras palabras, se permite que ciertos funcionarios de la rama judicial sean vinculados automáticamente al sistema de carrera, sin haber siquiera participado, en las mismas condiciones que otros interesados, en un concurso público que demuestre que los nombrados en cada uno de los cargos fueron quienes lograron los más altos puntajes de acuerdo con sus capacidades, conocimientos, preparación y profesionalismo. Como en varias oportunidades lo ha señalado la Corte, y se ha reiterado en esta providencia, el propósito fundamental del artículo 125 superior es el de garantizar la eficacia y la eficiencia en la función pública, bajo el supuesto general de que las personas interesadas cuentan con igualdad de oportunidades para acceder a los cargos y órganos del Estado. Pero si se permite, como lo hace la norma bajo examen, que quienes sean nombrados en provisionalidad ingresen inmediatamente al sistema de carrera, sin necesidad de concurso y de providencia que así lo determine, entonces se está permitiendo que personas que no han llenado los requisitos mínimos para ejercer las responsabilidades a ellas asignadas-



por eso están nombrados en provisionalidad-, puedan gozar de los beneficios y de la estabilidad laboral que garantiza la carrera, en detrimento de otras a quienes, de haberseles dado la oportunidad, hubieran podido aspirar en las mismas condiciones al respectivo cargo." (Destacado fuera del texto).

En contraste con las normas declaradas inexecutable en ese caso, el concurso de ascenso de la Fiscalía no incurre en ninguna de las violaciones constitucionales identificadas por la Corte en la sentencia C-037/96.

En efecto, en este concurso de ascenso no se presenta ninguna vinculación automática al sistema de carrera de la Fiscalía ni mucho menos se prescinde del requisito del concurso a favor de los funcionarios que ya se encuentran vinculados a la entidad, qué es precisamente lo que objetaba la Corte Constitucional en ese caso.

Por el contrario, en el concurso de ascenso de la Fiscalía todos y cada uno de los aspirantes a ocupar cargos públicos en la entidad deben concursar y demostrar frente a otros candidatos sus aptitudes, conocimientos y preparación profesional en igualdad de condiciones. No hay ascenso automático, sino sólo por concurso de meritos competitivo.

### **1.2. No hay designaciones discrecionales o arbitrarias**

De otra parte, en la sentencia SU-250/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte declaró un estado de cosas inconstitucional en razón de que no se había convocado a concurso para la provisión de cargos de notarios en todo el país, desconociendo así el inciso 2 del artículo 131 de la Constitución que dispone que "[e]l nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso". Este precedente es fácilmente distinguible del presente caso, pues allí se había omitido por completo el requisito de proveer cargos públicos mediante concurso y eso fue lo considerado inconstitucional por la Corte. En contraste, en el presente caso se respeta plenamente la exigencia constitucional de proveer cargos públicos mediante un sistema de concurso público en el que puedan participar todos los ciudadanos.

### **1.3. No es un concurso cerrado sólo para ascender, sino público con una cuota condicionada.**



Cabe también referirse a la sentencia C-266/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) a la que ya se ha aludido en el desarrollo del presente memorial. Como se ha indicado, en esa sentencia la Corte declaró inexecutable el numeral 2 del artículo 192 del Decreto 262 de 2000 que disponía el establecimiento de concursos de ascenso en la Procuraduría General de la Nación. Concretamente, esa norma disponía lo siguiente:

*“Artículo 192. Concursos. Los concursos son: (...) 2) De ascenso: para ascender en cargos de carrera de la Procuraduría General. En ellos sólo podrán participar quienes se encuentren inscritos en la carrera de la entidad.”* (Destacado fuera del texto).

La Corte declaró esa norma inexecutable al considerar que se disponía el establecimiento de un concurso cerrado, lo que resultaba contrario a la Constitución.

Como fundamento de la decisión, la Corte indicó que *“el numeral 2º del artículo 192 del Decreto 262 de 2000 no permite la opción del concurso mixto que sirvió de ratio decidendi de los fallos antes referidos para concluir que el concurso de ascenso no constituye un privilegio para los ya escalafonados sino un estímulo razonable que premia la experiencia en la carrera. En efecto, la segunda frase de la norma demandada excluye el concurso mixto al establecer que “sólo” podrán participar en el concurso de ascenso los inscritos en la carrera de la entidad, con lo que no se permite, en principio, a personas no escalafonadas la posibilidad de concursar para la provisión del cargo de carrera vacante. (...) Le asiste razón al demandante cuando sostiene que la norma acusada no es razonable al establecer que personas ajenas a la entidad o de la entidad pero no escalafonadas no puedan participar en los concursos de ascenso en la carrera. Ello porque los funcionarios de carrera ya habrían recibido una calificación especial en el concurso, sin que se justifique otorgarles un beneficio adicional frente a los demás postulantes. La norma acusada, en efecto, viola el derecho a la igualdad de oportunidades por excluir, en un primer momento, del concurso para ascender en la carrera de la Procuraduría a las personas no escalafonadas en la carrera de la entidad. (...) En consecuencia, la expresión “sólo” empleada en el numeral 2º del artículo 192 del Decreto 262 de 2000, la cual impone a la Procuraduría General convocar concursos cerrados de ascenso, es contraria a la Constitución, y así lo declarará la Corte en la parte resolutive de esta providencia.”*



Cómo ya se ha se indicado, el concurso de ascenso declarado inexecutable en ese caso era esencialmente distinto de aquel previsto en el Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014, pues aquél era un concurso cerrado en el que sólo podían participar quienes se encontraran previamente inscritos en la carrera de la Procuraduría. En contraste con ello, el concurso de ascenso de la Fiscalía que aquí se defiende constituye un concurso público en el que todos los ciudadanos pueden participar, por lo que se trata de un concurso abierto. Ciertamente, la cuota para ascenso no es excluyente, sino condicionada porque –como ya se ha señalado– para que la misma pueda aplicarse deben cumplirse exigentes condiciones orientadas a asegurar una verdadera competencia de méritos entre quienes aspiren a beneficiarse de ella.

Así, el concurso de ascenso de la Fiscalía supera sin ningún problema las objeciones constitucionales por las cuales la Corte declaró inexecutable el concurso de ascenso en la Procuraduría.

**1.4. Para ascender se requiere estar inscrito en la carrera y no se crean evaluaciones adicionales que le den ventaja a los que aspiran a ascender**

Posteriormente, en la sentencia **C-733/05 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)** la Corte declaró inexecutable el artículo 56 de la Ley 909 de 2004 *por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*, que disponía que a los empleados que se encontraran desempeñando cargos de carrera administrativa en provisionalidad y se presentaran a los concursos se les evaluaría y reconocería su experiencia y antigüedad, a diferencia de los demás ciudadanos quienes no podían presentar esa evaluación adicional. Concretamente, la norma declarada inexecutable disponía lo siguiente:

*“Artículo 56. EVALUACIÓN DE ANTECEDENTES A EMPLEADOS PROVISIONALES. A los empleados que a la vigencia de la presente ley se encuentren desempeñando cargos de carrera, sin estar inscritos en ella, y se presenten a los concursos convocados para conformar listas de elegibles para proveer dichos cargos, destinadas a proveerlos en forma definitiva, se les evaluará y reconocerá la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio.”*

Corte declaró la norma inconstitucional considerando que “*la evaluación adicional*



*consagrada para éstos empleados en provisionalidad que aspiren a ingresar a la carrera administrativa resulta contraria a la Constitución.” Como sustento de esta conclusión, la Corte indicó que “si bien no se trata de una incorporación automática a la carrera, tratándose de la previsión de concurso abierto, la norma acusada si consagra un trato distinto entre los aspirantes que se desempeñan en provisionalidad y los demás, pues prevé una evaluación adicional para los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, a la fecha de la vigencia de la ley, y que aspiren a dichos cargos, que termina estableciendo a favor de éstos una ventaja injustificada con respecto a los demás aspirantes, y por lo tanto violatoria del derecho a la igualdad y del derecho de acceso a cargos públicos. El privilegio consiste en que a estos empleados, además de los factores comunes que se les tendrán en cuenta a todos los aspirantes, relativos a sus calidades académicas y experiencia, también se les toma en cuenta, de manera adicional, una evaluación de antecedentes, de experiencia, de antigüedad, de conocimiento y de eficiencia en el ejercicio del cargo para el cual se concursa, lo que representan una ventaja frente a quienes concursan y no se encuentran ocupando el cargo respectivo, según lo disponga la Comisión nacional del Servicio Civil, la cual no se encuentra justificada. (...) Por lo tanto, todos los requisitos y acreditaciones para el concurso deben exigirse en condiciones de igualdad para todos los aspirantes.” (Destacado fuera del texto).*

La norma declarada inexecutable era fundamentalmente diferente a la que aquí se defiende, en el sentido de que los requisitos y acreditaciones mínimas para participar en el concurso no podían ser acreditados en condiciones de igualdad por todos los participantes del concurso.

Primero, la norma inexecutable se aplicaba a los funcionarios no vinculados a la carrera, es decir, a quienes no se encontraran inscritos en la carrera pero ocuparan cargos de carrera. En cambio, el concurso de ascenso de la Fiscalía aplica a todos los ciudadanos, estén o no vinculados a la entidad con anterioridad.

Segundo, al tomar la experiencia en el cargo como un criterio de evaluación del mérito en un concurso abierto a toda la ciudadanía, se generaba una situación en la que -por el sólo hecho de estar vinculados previamente a las entidades públicas- los empleados del Estado contaban con un puntaje adicional con el que ninguna persona externa a tales entidades

48



podía contar. Lógicamente, ello implicaba que todos los ciudadanos externos a las entidades públicas entraban en clara desventaja a los concursos, pues por su propia condición de externos entraban al concurso con un puntaje de mérito más bajo que el de los funcionarios previamente vinculados a las entidades públicas que entraban al concurso con puntaje de mérito adicional que sólo ellos podían tener. Llevado a sus últimas consecuencias, tal norma suponía que todos los funcionarios vinculados previamente a las entidades públicas -sin estar inscritos en la carrera- obtendrían evaluaciones de su mérito más altas que la de los ciudadanos externos a las entidades públicas, por el sólo hecho de contar con experiencia en la entidad y a pesar de haber logrado esa experiencia sin haber concursado previamente para acceder al respectivo cargo. En la práctica, ello impediría que cualquier persona que no tuviera experiencia en la entidad contara con posibilidades reales de acceder a los cargos públicos a proveer, pues todos los funcionarios de la entidad en cuestión tendrían preferencia sobre ellos para la provisión de los cargos.

Por el contrario, aunque en el presente caso se prevé una cuota de ascenso condicionada que opera como un estímulo a los funcionarios de carrera, todos los requisitos y condiciones mínimas que se evalúan en el concurso se exigen en igualdad de condiciones a todos los aspirantes, se encuentren o no vinculados a la Fiscalía con anterioridad.

En ese sentido, ningún funcionario de la Fiscalía que participe en el concurso de ascenso obtendrá un puntaje adicional a la hora de evaluar su mérito por el sólo hecho de tener experiencia en la entidad.

Por estos motivos, el concurso de ascenso de la Fiscalía supera las objeciones constitucionales que llevaron a la declaratoria de inexecutable del artículo 56 de la Ley 909 de 2004.

### **1.5. No se prescinde de la exigencia de proveer cargos mediante concurso público**

En la sentencia **C-421/06 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)**, la Corte declaró inexecutable el artículo 11 de la Ley 588 de 2000 *por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la*



*actividad notarial*,<sup>49</sup> que derogaba las normas que regulaban la carrera notarial y los concursos de notarios. La Corte falló dándole razón a los demandantes, quienes alegaban que mediante la norma demandada “*se hizo desaparecer del mundo jurídico el organismo legalmente competente para organizar la carrera notarial y los concursos de notarios*”. En consecuencia, la Corte declaró inexecutable la norma y ordenó al Consejo Superior de la Administración de Justicia que procediera a realizar concursos abiertos para la provisión en propiedad de los cargos de notarios en un término máximo de 6 meses.

Ciertamente ese caso es fácilmente distinguible del presente, pues allí la Corte determinó que era inconstitucional que se hubiera omitido por completo la exigencia constitucional de proveer cargos de carrera mediante concurso. Por el contrario, en el caso del concurso de ascenso de la Fiscalía es claro que esa exigencia se respeta, al tratarse este de un concurso público para la provisión de cargos públicos en la Fiscalía que se ajusta a todos los parámetros constitucionales de la materia.

#### **1.6. No establece puntajes adicionales para los actuales empleados que les den un privilegio ni los exime de pruebas**

Posteriormente, en la sentencia **C-211/07 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)** la Corte declaró inexecutable el artículo 10 de la Ley 1033 de 2006 que eximía a algunos empleados públicos no uniformados vinculados al sector Defensa de una prueba básica general de preselección para un concurso, y disponía que la experiencia relacionada con el cargo de los vinculados a la entidad se tomaría en cuenta como una prueba adicional con la que no podían contar los demás aspirantes. La norma declarada inexecutable disponía lo siguiente:

*“Artículo 10. Cuando la Comisión Nacional del Servicio Civil prevea en los procesos de selección la aplicación de la prueba básica general de preselección a que hace referencia el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y esta tenga el carácter de habilitante, no le será exigible a los empleados que estén vinculados a la Administración Pública, mediante nombramiento provisional o en carrera, con una antelación no menor a seis (6) meses*

<sup>49</sup> La norma demandada disponía lo siguiente: “*Artículo 11. La presente ley deroga los artículos 164, 170, 176, 177 y 179 del Decreto-ley 960 de 1970 y las demás disposiciones que le sean contrarias, rige a partir de su publicación.*”



*contados a partir de la vigencia de la presente ley, que se inscriban o que se hayan inscrito para participar en el respectivo concurso en un empleo perteneciente al mismo nivel jerárquico del cargo que vienen desempeñando.*

*La experiencia de los aspirantes deberá evaluarse como una prueba más dentro del proceso, a la cual deberá asignársele un mayor valor a la experiencia relacionada con las funciones del cargo para el cual aspiran.* (Destacado fuera del texto).

Al analizar las normas, la Corte determinó que la prueba adicional con la que contaban los vinculados a la entidad constituía un trato discriminatorio porque se trataba de una prueba que no podían presentar quienes no tuvieran experiencia en la entidad, poniéndolos en clara desventaja frente a un privilegio concedido a los actuales empleados.

Indicó la Corte que *“si bien no se trata de una incorporación automática a la carrera, tratándose de la provisión de concurso abierto, la norma acusada si consagra un trato distinto entre los aspirantes que se desempeñan en provisionalidad y los demás, pues prevé una evaluación adicional para los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, a la fecha de la vigencia de la ley, y que aspiren a dichos cargos, que termina estableciendo a favor de éstos una ventaja injustificada con respecto a los demás aspirantes, y por lo tanto violatoria del derecho a la igualdad y del derecho de acceso a cargos públicos. El privilegio consiste en que a estos empleados, además de los factores comunes que se les tendrán en cuenta a todos los aspirantes, relativos a sus calidades académicas y experiencia, también se les toma en cuenta, de manera adicional, una evaluación de antecedentes, de experiencia, de antigüedad, de conocimiento y de eficiencia en el ejercicio del cargo para el cual se concursa, lo que representan una ventaja frente a quienes concursan y no se encuentran ocupando el cargo respectivo, según lo disponga la Comisión nacional del Servicio Civil, la cual no se encuentra justificada.”* (Destacado fuera del texto).

Aquí, pueden reiterarse las mismas consideraciones que se hicieron respecto de la sentencia C-733/05 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) para diferenciar la sentencia en estudio del presente caso. Al igual que en esa sentencia, el reproche constitucional al sistema de provisión de cargos que se presentó en el caso del artículo 10 de la Ley 1033 de 2006 surgió del hecho de que los funcionarios vinculados a las entidades del sector Defensa que



participasen en sus concursos entraban a los mismos con un puntaje de mérito adicional con el que no podían contar los ciudadanos externos a las entidades del sector Defensa.

Por el contrario, en el caso del concurso de ascenso de la Fiscalía, el hecho de contar con experiencia en la entidad no le otorga a los funcionarios de carrera que participen en el concurso ningún puntaje adicional de mérito, por lo que el mérito de todos los participantes en el concurso se evalúa de manera igualitaria, y así la experiencia previa de los funcionarios no se erige como un privilegio, en perjuicio de los ciudadanos externos a la Fiscalía.

Por su parte, respecto de la omisión de la prueba básica general de preselección que se hizo a favor de los empleados del sector Defensa pero que sí se exigía a los demás concursantes para poder aspirar a los cargos a proveer, la Corte también declaró que esa norma era inconstitucional. Como fundamento de ello, la Corte indicó que *“es claro que en aplicación de los criterios señalados en la jurisprudencia a partir de los textos constitucionales sobre el respeto del principio de mérito como eje del sistema de carrera administrativa así como del derecho a acceder a la administración pública en condiciones de igualdad, eximir a aquellos concursantes que se encuentren vinculados a la administración bien sea en provisionalidad o en carrera comporta efectivamente un claro desconocimiento de dichos principios.*

*Como ha señalado la Corporación y se recordó en el acápite 3.7.5.1 de esta sentencia 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. De la misma manera es claro que en el caso de los servidores que se encuentren en situación de provisionalidad, si bien es claro que a los mismos debe garantizarse el respeto de sus derechos es claro también que por su condición no puede desconocerse a los demás el respeto del principio del mérito que permita asegurar una real y franca competencia en condiciones de igualdad”* (Destacado fuera del texto).

Esto último permite distinguir aquel caso del presente con facilidad, pues en el caso del concurso de ascenso de la Fiscalía a todos los participantes del concurso –estén o no vinculados a la Fiscalía con anterioridad- se les aplican exactamente las mismas pruebas de



selección para la conformación de la lista de elegibles. Ello se sigue del artículo 27 del Decreto 020 de 2014<sup>50</sup> que prevé un único sistema de etapas del proceso de selección para los concursos de ingreso y ascenso, en los que se dispone la aplicación de las mismas pruebas a todos los participantes.

Por estos motivos, el concurso de ascenso de la Fiscalía supera todos los reproches constitucionales que llevaron a la declaratoria de inexecutable del artículo 10 de la Ley 1033 de 2006.

#### **1.7. No exime a los funcionarios de carrera del periodo de prueba**

En el caso de la sentencia **C-753/08 (M.P. Jaime Araújo Rentería)**, la Corte declaró inexecutable el artículo 90 del Decreto Ley 091 de 2007 que exoneraba a los servidores del Sector Defensa que ocuparan el primer lugar en la lista de elegibles de un concurso del período de prueba previsto en el régimen de carrera de la entidad, y disponía su inscripción inmediata en la carrera administrativa. La norma declarada inexecutable disponía lo siguiente:

*“Artículo 90. Nombramiento en período de prueba. Para el primer concurso que se lleve a cabo en el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, los empleados civiles y no uniformados del sector, que ocupen el primer lugar en la lista de elegibles, no están sujetos al período de prueba siempre y cuando hayan concursado para el empleo que venían desempeñando, adquiriendo los derechos de Carrera y por consiguiente deberán ser*

---

<sup>50</sup> “Artículo 27. Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso o concurso de selección de ingreso o de ascenso, comprende las siguientes etapas:

1. Convocatoria.
2. Inscripciones.
3. Verificación del cumplimiento de requisitos mínimos para el desempeño del empleo.
4. Publicación de la lista de admitidos al concurso o proceso de selección.
5. Aplicación de pruebas de selección.
6. Conformación de listas de elegibles.
7. Estudio de seguridad.
8. Período de Prueba.”



*inscritos de manera inmediata en el registro del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa.”*

Al analizar la norma, la Corte concluyó que eximir a quienes ya se encontraban vinculados a la entidad del periodo de prueba era un tratamiento que vulneraba el derecho a la igualdad, pues con ello eximía a tales servidores de la obligación de demostrar su mérito frente a otros aspirantes a ocupar cargos públicos. En palabras de la Corte, *“el artículo demandado prevé la exoneración del periodo de prueba y por tanto también de la calificación posterior a este periodo, sin cuyo requisitos no puede operar la inscripción en la carrera administrativa del ente público, autorizando la incorporación automática de los concursantes de que trata la norma a la carrera administrativa, razón por la cual, para la Corte es claro que este precepto normativo constituye una violación del derecho de igualdad en el concurso público de méritos, toda vez que libera a ciertos servidores públicos del Sector Defensa, de la obligación de mostrar la idoneidad en el cargo para el cual se le ha nombrado y quita al superior funcional la facultad legal de calificar su desempeño, poniendo a los demás concursantes que hacen parte de la lista de elegibles en imposibilidad material y jurídica para acceder al cargo.”* (Destacado fuera del texto).

En contraposición con este precedente, es claro que en el caso del concurso para ascenso en la Fiscalía no se exime a los participantes inscritos en la carrera de la Fiscalía de ninguno de los requisitos con los que deben cumplir las personas ajenas a la entidad, por lo cual en ese sentido el trato entre ambos tipos de concursantes es completamente igualitario. Todos los participantes del concurso –estén o no vinculados a la Fiscalía- deben aprobar las mismas pruebas y pasar por el mismo periodo de prueba, por lo que el concurso de ascenso supera los reproches constitucionales que se hicieron al artículo 90 del Decreto Ley 091 de 2007.

#### **1.8. Nadie es eximido del concurso y los funcionarios de carrera de la Fiscalía presentan el mismo concurso que los demás participantes**

Por último, cabe referirse a la sentencia **C-588/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)** en la que el demandante se apoya extensamente para sustentar sus argumentos.



En ese caso, la Corte Constitucional declaró inexecutable en su totalidad, el Acto Legislativo No. 01 de 2008 *por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política*.<sup>51</sup> Esta norma disponía un régimen transitorio para inscribir servidores públicos que estuviesen ocupando cargos de carrera en calidad de provisionales o de encargados en la carrera administrativa, sin necesidad de un concurso público. La norma declarada inexecutable disponía en lo relevante lo siguiente:

*“Artículo 1º. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así:*

*Parágrafo Transitorio. Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en*

<sup>51</sup> *ARTICULO 1º. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así:*

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

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

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

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



*calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción.”* (Destacado fuera del texto).

Al analizar la norma, la Corte determinó que prescindir del requisito del concurso público implicaba una sustitución de la Constitución, por lo que declaró el acto legislativo inexecutable. Indicó la Corte que ello vulneraba el principio de igualdad pues “[e]n el caso de quienes ocupan cargos de carrera en calidad de provisionales, la Corte ha destacado que, conforme lo constitucionalmente regulado, no es procedente establecer a su favor condiciones especiales que no se reconocen a quienes concursan sin hallarse vinculados a la administración, dado que una excepción en el cumplimiento de los requisitos, derivada del solo hecho de haber desempeñado un cargo de carrera, constituye “evidente violación del principio de igualdad entre los concursantes, que infringe el artículo 13.”

En conexión con lo anterior, se consideró que el ingreso automático a la carrera resultaba inconstitucional pues se eximía a las personas beneficiadas con esa provisión de demostrar su mérito frente a los demás aspirantes. Indicó la Corte que “[d]e acuerdo con la jurisprudencia constitucional, también se quebranta la igualdad cuando se permite el acceso automático a la carrera administrativa, esto es, cuando a determinadas personas se les autoriza el ingreso a la carrera sin necesidad de pasar por un proceso orientado a valorar sus capacidades o méritos y con fundamento en la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera, y se quebranta por cuanto “no tienen adquirido un derecho de ingreso a la carrera, ni siquiera por el simple hecho de haber ejercido el cargo por un periodo largo de tiempo.

*En otra oportunidad la Corte expuso que al facilitar el ingreso y permanencia en carrera administrativa “de cierto grupo de personas que, por estar en cierta condición (...) no requieren someterse a un proceso de selección para evaluar sus méritos y capacidades”, se desconoce “el artículo 125 de la Constitución, que exige la convocación a concursos*



*públicos para proveer los cargos de carrera” y “los principios generales que este sistema de selección tiene implícitos, tales como la igualdad y la eficacia en la administración pública.” (Destacado fuera del texto).*

En contraste con este precedente, es claro que el concurso de ascenso de la Fiscalía no incurre en ninguno de los reproches constitucionales que llevaron a la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo No. 01 de 2008. Es claro que en ese caso el Acto Legislativo prescindió por completo del requisito del concurso público como condición para el acceso al desempeño de cargos públicos y dispuso la incorporación automática de determinados funcionarios al régimen de carrera, sin que estos hubieran demostrado la superioridad de sus méritos frente a otros aspirantes. Como se ha señalado reiteradamente, disposiciones de ese tipo han sido declaradas inexequibles de manera consistente por la Corte.

Por el contrario, el concurso de ascenso de la Fiscalía dispone que –salvo las excepciones constitucionales o legales- todos los cargos públicos de la entidad deberán ser provistos por concurso público en el que se excluye la posibilidad de que cualquier persona pueda ser vinculada al régimen de carrera sin haber tenido que demostrar sus méritos en competencia con otros aspirantes. Además, los funcionarios de carrera de la Fiscalía también participan en el mismo concurso, como se sigue del párrafo del artículo 24 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014.

En conclusión, por todos los motivos señalados anteriormente, es menester concluir que el concurso de ascenso de la Fiscalía es una norma que - en razón de su novedoso diseño legislativo que tuvo en cuenta todos los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional - supera todos los reproches constitucionales que la jurisprudencia constitucional le ha hecho a sistemas de provisión de cargos públicos en el pasado.

## **2. El concurso de ascenso de la Fiscalía se trata de un concurso mixto aceptado por la Constitución y la jurisprudencia**



Como se ha señalado con anterioridad, la Corte Constitucional ha avalado en repetidas ocasiones la constitucionalidad de los concursos mixtos para la provisión de cargos públicos. La jurisprudencia ha definido este tipo de concursos como aquellos que *“tienen ocurrencia cuando la ley autoriza la participación combinada de personal ajeno a la carrera y de personal escalafonado para que, unos y otros, o bien ingresen a la misma o bien asciendan a cargos de mayor jerarquía o rango.”*<sup>52</sup> Como también se ha precisado, este tipo de concursos *“son 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. Por el contrario, el ámbito dentro del cual éstos se desarrollan, se ajusta plenamente a la exigencia contenida en el artículo 125 de la Carta, que ordena nombrar a los empleados y funcionarios de carrera “por concurso público”, sin distinguir para tales efectos entre la provisión por ingreso o por ascenso.”* (Destacado fuera del texto).

En el mismo sentido, se ha señalado como *“[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. 41 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.).”*<sup>53</sup> Así, la jurisprudencia ha reconocido que es constitucionalmente legítimo que mediante los concursos mixtos se adopten incentivos para el ascenso de los funcionarios públicos, pues *“[e]n él se podrán reconocer a los inscritos en la carrera, mediante diversos mecanismos, su experiencia, eficiencia, cumplimiento y mérito en el desempeño de otros cargos de carrera dentro de la entidad, sin excluir del concurso a personas no inscritas en la entidad ni convertir el criterio para estimular el esfuerzo de los ya escalafonados en una barrera de entrada para los externos o en un privilegio contrario al sistema de mérito que protege la igualdad de oportunidades.”*<sup>54</sup> (Destacado fuera del texto).

<sup>52</sup> Sentencia C-1079/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

<sup>53</sup> Sentencia C-266/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>54</sup> *Ibíd.*



Así, la Corte ha concluido que *“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 hacia el futuro, y que fija un límite a la libertad de configuración política del legislador cuando se trata de regular los distintos regímenes de carrera.”*<sup>55</sup> (Destacado fuera del texto).

Aplicando estas consideraciones al caso del concurso de ascenso de la Fiscalía previsto en el Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014, no cabe ninguna duda de que el mismo se trata de un concurso de ascenso público mixto, que por tanto resulta completamente ajustado a la Constitución. En efecto, en el concurso de ascenso de la Fiscalía se permite la participación combinada tanto de funcionarios de carrera adscritos a la entidad como de personas completamente ajenas a la misma, a la vez que se adoptan estímulos razonables y legítimos para el ascenso de los funcionarios mediante la adopción de la cuota de ascenso condicionada que se reserva a los funcionarios de carrera.

Para los presentes fines, es pertinente reiterar como la Corte Constitucional ya ha avalado la constitucionalidad de concursos de ascenso mixtos en la Fiscalía General de la Nación en el pasado, pues en su sentencia C-1079/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) declaró exequible el concurso de ascenso para dicha entidad que se encontraba previsto en el artículo 115 del decreto 261 de 2000,<sup>56</sup> al considerar que se trataba de un concurso mixto que por tanto resultaba ajustado a la constitución. En palabras de la propia Corte, *“para este Tribunal es claro que, de acuerdo con una interpretación sistemática y armónica del Decreto en cuestión, el concurso de ascenso en los términos en que aparece previsto por la preceptiva impugnada, no está adoptando una discriminación negativa en perjuicio de los ciudadanos que no pertenecen a la Fiscalía General de la Nación, y que en ejercicio de sus derechos políticos y de igualdad de oportunidades pretenden aspirar a los cargos que allí se encuentren vacantes. (...) En este sentido, lo que consagra el artículo 115 del Decreto 261*

<sup>55</sup> Sentencia C-1079/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

<sup>56</sup> La norma en cuestión dispone lo siguiente: *“Artículo 115. El ascenso es una forma de provisión de los cargos de carrera vacantes definitivamente, mediante el sistema de concurso de méritos, con funcionarios o empleados inscritos en la carrera. En este caso no habrá lugar a período de prueba.”*



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 son ajenos a ella, con la expectativa legítima de acceder a un cargo de mayor jerarquía los primeros, o de incorporarse al escalafón los segundos." (Destacado fuera del texto).

Cabe señalar que el concurso de ascenso previsto en las normas que aquí se defienden resulta incluso más garantista de los parámetros constitucionales sobre los concursos mixtos que el concurso de ascenso declarado exequible en la sentencia C-1079/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), puesto que el concurso analizado en ese caso no disponía expresamente que en el mismo podrían participar tanto los funcionarios de carrera como las personas externas a la misma. Así, la Corte sólo pudo llegar a esa conclusión mediante "una interpretación sistemática y armónica del Decreto en cuestión". Por el contrario, en el presente caso el artículo 24 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014 dispone expresamente que en el concurso de ascenso podrán participar tanto las personas ajenas a la entidad como los funcionarios de carrera, al disponer un límite máximo del 30% de los cargos a proveer que puede reservarse a funcionarios de carrera, mientras que todos los ciudadanos podrán competir libremente por la provisión de por lo menos el 70% de los cargos a proveer. Así, esta norma supera las ambigüedades del concurso de ascenso anterior de la Fiscalía, que por su redacción ambigua podía prestarse a malinterpretaciones que habrían excluido del mismo a ciudadanos externos a la entidad.

En conclusión, en este caso se ha tenido aún mayor celo en exigir apertura que en otros concursos mixtos que en todo caso fueron declarados ajustados a la Constitución.

En ese sentido, el concurso de ascenso de la Fiscalía se erige como un sistema de provisión de cargos públicos que persigue fines constitucionalmente importantes como la profesionalización de la Fiscalía y el estímulo al ascenso de los funcionarios de carrera, pero que resulta plenamente respetuoso de los criterios rectores del mérito y la igualdad que la jurisprudencia ha fijado como ejes de tales sistemas.

En esa medida, el concurso de ascenso de la Fiscalía resulta plenamente constitucional, por lo que la Honorable Corte Constitucional debería declararlo exequible.

60



## **VI. Consideraciones sobre la constitucionalidad de la cuota de ascenso condicionada**

A manera de cierre, cabe plantearse una hipótesis extrema. Ella no surge el texto mismo de las normas sino de una posibilidad fáctica, remota, pero no imposible.

Puede pensarse en la posibilidad de que una vez efectuado un concurso de ascenso, se presente la situación extrema en la cual las calidades y méritos de los participantes externos a la Fiscalía sean tan altos que el cupo del 70% de los cargos a proveer se llene, y no accedan a los cargos algunos aspirantes con un puntaje de mérito más alto que el de cualquiera de los funcionarios de carrera que hayan concursado a cargos previstos en la cuota de ascenso condicionada de hasta el 30% de los cargos a proveer.

En tal evento, cabe cuestionarse si al participante externo a la Fiscalía que quedaría excluido de los cargos a proveer se le estaría imponiendo una carga injustificada que vulneraría sus derechos.

Sobre este punto, es menester señalar que ésta no es una problemática nueva para la Corte Constitucional, pues se trata de un problema que la Corte ha tenido que enfrentar en repetidas ocasiones al evaluar la constitucionalidad de los diversos sistemas de cuotas que se han establecido a favor de determinados grupos de personas para la provisión de cargos o cupos limitados, donde la regla general es que la asignación debe hacerse según el mérito de los aspirantes.

En varios de estos casos, la Corte se ha planteado el mismo interrogante que aquí se formula, y ha llegado a la conclusión de que la carga que se le impone a quien se queda por fuera de la provisión de cargos o puestos -a pesar de tener un puntaje de mérito más alto que quienes se benefician de la cuota- no resulta inconstitucional, siempre que (i) la cuota persiga un fin constitucionalmente legítimo, (ii) la cuota no afecte la disponibilidad de la mayoría de cargos o cupos a proveer, y (iii) no se exima a los beneficiados de la cuota de la obligación de acreditar su mérito frente a otros aspirantes.



Así por ejemplo, en el servicio diplomático y consular el Decreto 274 de 2000 estableció una cuota del 20% del total de los cargos de embajador que se reservaba para los funcionarios de la carrera diplomática, a pesar de que dichos cargos son de libre nombramiento y remoción. Como ya se ha señalado, la Corte Constitucional encontró que dicha cuota era ajustada a la constitución en su sentencia C-292/01 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

En otros ámbitos, las cuotas también han sido admitidas si reúnen las condiciones antes indicadas.

Así por ejemplo, en la sentencia C-371/00 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) la Corte declaró exequible el sistema que disponía que una cuota mínima del 30% de los cargos de "máximo nivel decisorio" y de "otros niveles decisorios" del Estado debía asignarse a mujeres. En el curso de su análisis, la Corte respondió al argumento de algunos intervinientes según el cual la medida establecía una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso a los cargos de "máximo nivel decisorio" y "otros niveles decisorios" que violaba el derecho a la igualdad y al trabajo de las personas que pertenecían a la población masculina.

En respuesta a este argumento, la Corte indicó que incluso *"si en gracia de discusión se admitiera que la cuota propuesta afecta de alguna forma a los hombres, en la medida en que no pueden acceder a por los menos 30% de los cargos en cuestión, la objeción arriba citada tampoco puede ser admitida"*. Como sustento de esta posición, la Corte indicó que, en primer lugar, *"la diferenciación que se hace entre hombres y mujeres no es injustificada. La razón de ser de la medida ya ha sido ampliamente explicada, pero vale la pena insistir en que ella obedece al interés del legislador en que la mujer supere la baja participación en los niveles de decisión del Estado y en erradicar las prácticas discriminatorias en los procesos de selección. Es, entonces, una medida que apunta a satisfacer principios constitucionales importantes, como lo son la igualdad "real y efectiva" y la consecución de un orden social justo. En otras palabras, esta política se justifica porque mejora la situación de un grupo marginado -las mujeres- y, en general, de la sociedad en su conjunto."* (Destacado fuera del texto). Así, el primer fundamento de la decisión fue que la cuota en cuestión perseguía un fin constitucionalmente legítimo.

Como segundo fundamento, la Corte indicó que la medida no resultaba injustificada puesto que *"la situación del grupo masculino no varía significativamente. Los hombres tienen la*



*posibilidad de desempeñarse en un considerable número de cargos del "máximo nivel decisorio" y de "otros niveles decisorios", esto es, el que corresponde al 70% de esos empleos. Cosa distinta sucedería si, por ejemplo, el legislador hubiera establecido una cuota que anulara o restringiera de manera exagerada las posibilidades de las personas del género masculino para acceder a tales cargos. Piénsese, por ejemplo, en un caso extremo en el que se dispusiera que el 80% de los empleos de mayor jerarquía del Estado han de ser desempeñados por mujeres." En ese sentido, el hecho de que la cuota fuese una cuota pequeña que no restringiera el acceso a la mayoría de los cargos a proveer fue otro criterio determinante por el cual la norma se consideró ajustada a los parámetros constitucionales.*

Por último, la Corte señaló que la medida de la cuota a favor de las mujeres resultaba constitucional en la medida en que no se erigiera como un sistema ajeno al mérito como criterio para la provisión de cargos públicos. Así, la Corte indicó que “[e]l hecho de que se establezca una regla de selección como la que aquí se estudia, no es sinónimo de que las personas elegidas no tienen que cumplir con los requisitos que la Constitución y la ley establecen para el desempeño de funciones públicas o, en otros términos, que las autoridades nominadoras tienen que elegir a cualquier mujer, sólo por el hecho de serlo. Por el contrario, está implícito en la norma, que si se trata de proveer cargos del "máximo nivel decisorio" y "de otros niveles decisorios", las mujeres que resulten elegidas tienen que reunir los requisitos y méritos necesarios para desempeñarse en los empleos en cuestión; exigencia que, claro está, también se predica de los hombres.”

Aplicando entonces la *ratio decidendi* de la sentencia C-371/00 al presente caso, puede concluirse que el concurso de ascenso de la Fiscalía resultaría constitucional por los mismos motivos. En efecto, (i) la cuota de ascenso de dicho concurso persigue un fin constitucionalmente legítimo cual es el de profesionalizar el personal en la Fiscalía con un estímulo para el ascenso de los funcionarios de carrera de la Fiscalía. Así mismo, (ii) la cuota es una cuota pequeña de hasta el 30% de los cargos a proveer, que -al igual que en el caso de la cuotas a favor de las mujeres- deja como mínimo el 70% de los cargos a proveer libres para el acceso de cualquier ciudadano. Así, quienes no se benefician de la cuota pueden competir por la mayoría de los cargos a proveer. Por último, (iii) y como se ha señalado reiteradamente, la cuota no exime a los que se benefician de ella de la exigencia



de acreditar su mérito en igualdad de condiciones que todos los demás participantes del concurso.

Además, la cuota no es fija, sino condicionada. Es decir, que para que la misma pueda aplicarse al concurso deben acreditarse las exigentes condiciones que se han reseñado con anterioridad para asegurar que el concurso de ascenso será verdaderamente competitivo.<sup>57</sup> De lo contrario, la cuota no podrá aplicarse y todos los cargos deberán proveerse mediante concurso de ingreso.

En apoyo de esta posición, cabe referirse también a la sentencia T-441/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la que la Corte decidió la tutela interpuesta por un estudiante que no fue admitido a la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena a pesar de los resultados que obtuvo en los exámenes de admisión, mientras que otros postulantes que obtuvieron puntajes más bajos que el suyo si fueron admitidos a dicha facultad a través de diversos sistemas de cuotas especiales que la Universidad reservaba para determinados grupos de personas. El actor consideraba así que la Universidad había vulnerado sus derechos a la igualdad y a la educación.

En su análisis de la norma, la Corte consideró que varias de las cuotas previstas a favor de grupos especiales resultaban injustificadas desde un punto de vista constitucional y ordenó inaplicarlas. Sin embargo, también consideró que dos de las cuotas especiales reservadas para ciertos grupos de personas sí resultaban ajustadas a la Constitución, por lo que no ordenó su inaplicación.

La primera de estas cuotas consideradas acordes a la constitución era una mediante la cual se reservaban 10 cupos en la Facultad de Medicina a los aspirantes provenientes del Sur-Sur de Bolívar, es decir, de la zona más marginada y deprimida del departamento de Bolívar. Al valorar la constitucionalidad de esa cuota, la Corte partió de la consideración de que *“la instauración de mecanismos especiales de ingreso a la universidad para personas provenientes de regiones marginadas del país implica que personas que no sean*

<sup>57</sup> Estas condiciones son: (i) que el número de servidores escalafonados en carrera que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos a proveer por concurso sea igual o superior al número de empleos a proveer, y (ii) que en el desarrollo del concurso de ascenso se inscriban como mínimo el doble de servidores escalafonados en carrera por empleo a proveer.



*originarias de esas zonas pueden ver restringidas sus aspiraciones de realizar estudios superiores. En efecto, bien se puede presentar la situación de que los resultados de los exámenes de estas últimas personas sean superiores y que, sin embargo, no sean admitidas en la universidad, precisamente a causa del mencionado tratamiento preferencial.” A pesar de ello, la Corte consideró que esa carga que se ponía sobre los estudiantes que no eran admitidos a pesar de contar con puntajes de mérito más altos que quienes se beneficiaban de la cuota no resultaba inconstitucional.*

Como fundamento de ello, se indicó en primer lugar que la cuota perseguía una finalidad constitucionalmente legítima cual era compensar a los estudiantes provenientes de las zonas afectadas por el abandono estatal que los ponía en desventaja frente a estudiantes provenientes de otras regiones. Indicó la Corte que “[e]l tratamiento especial para el ingreso a la universidad constituye, entonces, una forma de contrarrestar esas diferencias de origen, que tienen como consecuencia el que los aspirantes de esas zonas, en la práctica, tengan escasas posibilidades de acceder a los estudios superiores. El cupo especial bajo análisis constituye, pues, una medida de compensación por el abandono estatal al que son sometidos los jóvenes de las zonas marginadas.”

Procedió la Corte indicando que dicho objetivo justificaba la consagración de procedimientos especiales para el ingreso a las universidades públicas de los bachilleres de las zonas marginadas del país “a pesar del eventual sacrificio que ello podría aparejar para el conjunto de aspirantes a acceder a la educación superior.” Como fundamento de ello indicó que la carga que se imponía sobre los demás estudiantes no era excesiva puesto que éstos habían podido competir por la provisión de la mayoría de los cupos en la facultad. En palabras de la propia Corte “el aspirante que por causa de las plazas de estudio reservadas para los bachilleres de las zonas marginadas no alcanza a coronar su anhelo de ingresar a la universidad ha podido competir abiertamente por la asignación de la gran mayoría de los cupos. Si bien se puede afirmar que a ese postulante se le impone un sacrificio - equiparable a la carga que de facto se impone sobre los bachilleres provenientes de las zonas marginadas del país -, el hecho de que el aspirante haya podido disputar en igualdad de condiciones por la adjudicación de la mayoría de los cupos permite llegar a la conclusión de que la carga que se le traslada es moderada y que, por lo tanto, es exigible por parte del Estado, con miras a la consecución del fin de

65



*homogeneizar mínimamente los niveles de vida y las oportunidades de que deben gozar los colombianos.”*

*En vista de las anteriores consideraciones, concluyó la Corte afirmando que “[e]n fin, este cupo especial tiene un objetivo válido constitucionalmente y constituye un medio adecuado para contribuir al fin de que la región salga del estado de postración y de violencia en el que se encuentra. Y si bien introduce una diferenciación que obra en desmedro de los intereses de otros aspirantes a ingresar a la Universidad, como ya se advirtió, existen razones poderosas que justifican constitucionalmente el sacrificio que se exige de las personas eventualmente perjudicadas por el establecimiento de estos cupos.*

*Por otra parte, debe recalcar que este mecanismo especial de ingreso a la Universidad no desatiende el criterio del merecimiento, puesto que las personas que aspiren a beneficiarse de él deben haber obtenido el puntaje mínimo establecido por la Universidad, como bien lo señala el literal b) del artículo 8 del acuerdo 6 de 1997.” (Destacado fuera del texto).*

Así, una vez más, la cuota fue considerada constitucional puesto que (i) perseguía un fin constitucionalmente legítimo, (ii) era pequeña y no afectaba la disponibilidad de la mayoría de los cupos a proveer, por lo que podían seguir compitiendo por ellos quienes no se beneficiaran con la cuota, y (iii) la cuota no eximía a los beneficiados por ella del deber de acreditar su mérito frente a otros aspirantes.

Por último, en esta misma sentencia la Corte avaló la constitucionalidad de una cuota especial que la Universidad de Cartagena había dispuesto a favor de los reinsertados del conflicto armado. Como fundamento de esa decisión, la Corte partió de la consideración de que la obtención de la paz era un fin constitucional que debía orientar la actividad estatal. Así, indicó que “[e]l establecimiento del cupo especial para los reinsertados constituye una fórmula apropiada para favorecer la reintegración a la sociedad de guerrilleros desmovilizados, en la medida en que les brinda la posibilidad de realizar estudios profesionales y, por consiguiente, de capacitarse para el mercado del trabajo. Esta medida representa un aporte de la Universidad para el propósito de paz que prohija la Constitución. En esta medida, y dado que el cupo especial se reduce a una plaza de

66



*estudio, deberá concluirse que este cupo no contraría las normas constitucionales.”*

A pesar de lo anterior, la Corte consideró inadmisibles que la Universidad no les exigiera a los beneficiarios de este cupo el puntaje mínimo en las pruebas de ingreso que si se les exigía a los demás beneficiarios de cuotas especiales. En razón de ello, condicionó la aplicación de ese cupo en el sentido de que se les exigiera a los beneficiarios de la cuota obtener el puntaje mínimo requerido para el ingreso a la universidad. Indicó la Corte que *“se observa que en el caso concreto a la persona que aspire a ingresar a la Universidad haciendo uso del cupo para los reinsertados, no se le exige en la práctica el puntaje mínimo requerido para todos los demás cupos especiales. La Universidad ha dejado absolutamente de lado el criterio del merecimiento. Esta situación es inaceptable, por cuanto, como se ha repetido varias veces, el criterio básico de ingreso a los centros de educación superior es el del merecimiento, el cual puede ir acompañado en muy especiales eventos por otros criterios. Por esta razón, la constitucionalidad de la norma universitaria que consagra esta medida excepcional, en favor del reinsertado, supone la obtención del puntaje mínimo requerido para el ingreso a la Universidad.”* (Destacado fuera del texto).

Como puede apreciarse con facilidad, una vez más la cuota fue considerada constitucional a pesar de que podía excluir de la universidad a personas con mayores méritos, en razón de que (i) perseguía un fin constitucionalmente legítimo, (ii) era una cuota pequeña que permitía a los demás aspirantes competir por la mayoría de los cupos en la universidad, y (iii) los beneficiarios de la cuota en todo caso debían acreditar su mérito frente a otros aspirantes.

Cómo ya se ha señalado, la cuota de ascenso condicionada prevista en el concurso de ascenso de la Fiscalía se ajusta perfectamente a estas exigencias. Así, puede concluirse que la cuota de ascenso resulta constitucional incluso frente a situaciones extremas en las que no ingresen a los cargos aspirantes externos a la Fiscalía con puntajes de mérito más altos que quienes se benefician de la cuota de ascenso.

## VII. Aplicación de las conclusiones del presente memorial a las normas demandadas

Lo señalado hasta este momento permite concluir sin ninguna dificultad que los artículos 24 y 25 del Decreto Ley 020 del 9 del enero de 2014 resultan ajustados a la Constitución. En efecto, el contenido de esas dos normas contiene toda la regulación sobre las características y condiciones del concurso de ascenso de la Fiscalía, y se ha demostrado a lo largo del presente memorial que las mismas se ajustan completamente a los parámetros constitucionales sobre la materia. Al caracterizarse el concurso de ascenso de la Fiscalía como un concurso público mixto con cuota condicionada para ascenso, se ha demostrado plenamente que se trata de una modalidad de concurso respetuosa del criterio del mérito y del principio de igualdad.

Cabe hacer algunas consideraciones adicionales sobre las normas demandadas restantes.

Respecto del artículo 26, el demandante únicamente censura una sección del párrafo segundo de dicha norma. El artículo dispone lo siguiente, donde se destaca la expresión demandada: *“Parágrafo 2º. En la Fiscalía General de la Nación las modalidades complementarias de selección establecidas en el presente artículo, únicamente podrán utilizarse para proveer los empleos de los grupos de Fiscalía y Policía Judicial y en los procesos de selección o concurso de ascenso, por decisión de las Comisiones de Carrera especial.”*

Como puede apreciarse, lo único que el demandante señala como inconstitucional en dicha norma es la mención que se hace del concurso de ascenso. Así, al haber determinado que el concurso de ascenso de la Fiscalía resulta ajustado a la Constitución, no existe ninguna razón valedera que permita concluir que la mención de dicho concurso en otra norma del Decreto Ley resultaría inconstitucional. Por ello, el artículo 26 debe ser declarado exequible.

De otra parte, respecto del artículo 30 el demandante censura los siguientes apartes de la norma que se destacan: *“Divulgación de la convocatoria. La convocatoria a concurso de ingreso debe ser divulgada a través de la página web de la entidad convocante y por medio de un (1) anuncio en cualquier medio de comunicación de amplia circulación nacional, con*



*antelación no inferior a diez (10) días hábiles a la fecha de iniciación de la etapa de inscripciones.*

*La convocatoria a concurso de ascenso debe ser divulgada a través de la página web de la entidad convocante, con antelación no inferior a diez (10) días hábiles a la fecha de iniciación de la etapa de inscripciones.”*

Respecto de esta norma, es menester señalar que aunque regula un aspecto del proceso de selección mediante el concurso de ascenso, la disposición atacada tiene un carácter meramente procedimental que en nada se contrapone a los parámetros constitucionales que rigen los procesos de provisión de cargos públicos mediante concursos. En efecto, nada en esa disposición podría interpretarse de tal manera que se desconozca el criterio del mérito o el principio de igualdad que rigen estos procedimientos, pues simplemente dispone una norma procesal que aplica por igual a todos los concursantes, sin distinción alguna. Además, el inciso subrayado no impide en forma alguna que la divulgación de la convocatoria para la provisión de cargos se haga también a las personas ajenas a la entidad cuando se convoca a concurso de ascenso. En efecto, respecto de estas personas la convocatoria para participar en un concurso donde aplique la cuota de ascenso condicionada deberá hacerse aplicando el inciso primero del artículo 30, pues esa es la única manera en que estas personas podrán enterarse del concurso y competir por lo menos por el 70% de los cargos a proveer, como exige el concurso de ascenso.

Por tanto, ninguno de los reproches de constitucionalidad que presenta el demandante contra las normas acusadas tiene relevancia al analizar esta norma, y se puede concluir que lo único que se censura en ella es la mención que hace del concurso de ascenso de la Fiscalía.

Por estos motivos, el artículo 30 también debe ser declarado exequible por la Honorable Corte Constitucional.



### VIII. Petición a la Honorable Corte Constitucional

Por los motivos señalados en el presente memorial, respetuosamente se solicita a la Honorable Corte Constitucional que declare la EXEQUIBILIDAD de los artículos 24, 25, 26 y 30 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014 que regulan el concurso de ascenso de la Fiscalía.

Cordialmente,

**EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT**

Fiscal General de la Nación

NOTARIA 73 BOGOTÁ

### PRESENTACION PERSONAL

NOTARIA SETENTA Y TRES DEL CIRCULO DE BOGOTA D.C.

El anterior escrito fue presentado ante esta Notaría personalmente por Eduardo Montealegre Lynett quien exhibió la C.C. 60000512 de [redacted] y Tarjeta Profesional N.º [redacted] C.S.J. Bogotá D.C.

18 MAR. 2014





## Tabla de Contenidos

I. Introducción .....	1
II. Descripción del concurso de ascenso de la Fiscalía .....	4
III. Exigencias jurisprudenciales del régimen de carrera y los concursos para la provisión de cargos públicos .....	8
1. Exigencia de evaluar el mérito como criterio principal para el ingreso y ascenso en el desempeño de cargos públicos .....	9
2. Exigencia de respetar el principio de igualdad en el régimen de carrera y los concursos para la provisión de cargos públicos.....	11
3. El respeto al criterio del mérito y al principio de igualdad en el régimen de carrera especial de la Fiscalía .....	13
4. Proscripción constitucional de los concursos cerrados y exequibilidad de los concursos públicos abiertos o mixtos con estímulos al ascenso de los funcionarios públicos.....	15
5. El margen amplio con el que cuenta el legislador para determinar cómo evaluar y asegurar el mérito en los concursos públicos. ....	24
6. Síntesis de las exigencias jurisprudenciales del régimen de carrera y los concursos para la provisión de cargos públicos .....	25
IV. Caracterización del concurso de ascenso de la Fiscalía a la luz de los parámetros constitucionales .....	26
1. El concurso de ascenso se trata de un concurso público en el que pueden participar todos los ciudadanos.....	26
2. El concurso de ascenso se ajusta a la exigencia del mérito como criterio rector del acceso al desempeño de cargos públicos.....	28
2.1. El concurso sólo está abierto a quienes cumplan con todos los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos a proveer y superen las mismas pruebas, por lo que mediante él no pueden vincularse a la carrera personas que no acrediten su mérito en igualdad de condiciones a los demás participantes .....	28



2.2. El sistema de la cuota de ascenso de hasta el 30% de los cargos a proveer que se reserva a los funcionarios de carrera y las condiciones para beneficiarse de ella corresponden a un diseño legislativo que evalúa y asegura el mérito de los funcionarios de carrera que participen en el concurso .....	31
2.3. La cuota de ascenso es una cuota condicionada que asegura que el concurso de ascenso sea un concurso verdaderamente competitivo.....	33
3. El concurso de ascenso es plenamente respetuoso del principio de igualdad .....	34
3.1. La cuota condicionada de ascenso supone un trato diferenciado razonable de personas que se encuentran en situaciones diferentes. ....	34
3.2. La cuota no crea barreras de entrada al desempeño de cargos públicos en la Fiscalía ni establece un privilegio contrario al sistema de mérito .....	38
4. Conclusión frente a las pretensiones del demandante .....	39
V. Distinción del concurso de ascenso de la Fiscalía de otros sistemas de provisión de cargos públicos que han sido declarados inconstitucionales.....	42
1. El concurso público mixto con cuota condicionada para ascenso es diferente a los llamados concursos cerrados o de ascenso automático. ....	42
1.1. El ascenso no es automático, sino por concurso de méritos competitivo .....	43
1.2. No hay designaciones discrecionales o arbitrarias.....	45
1.3. No es un concurso cerrado sólo para ascender, sino público con una cuota condicionada.....	45
1.4. Para ascender se requiere estar inscrito en la carrera y no se crean evaluaciones adicionales que le den ventaja a los que aspiran a ascender.....	47
1.5. No se prescinde de la exigencia de proveer cargos mediante concurso público	49
1.6. No establece puntajes adicionales para los actuales empleados que les den un privilegio ni los exime de pruebas.....	50
1.7. No exime a los funcionarios de carrera del periodo de prueba .....	53
1.8. Nadie es eximido del concurso y los funcionarios de carrera de la Fiscalía presentan el mismo concurso que los demás participantes.....	54



2. El concurso de ascenso de la Fiscalía se trata de un concurso mixto aceptado por la Constitución y la jurisprudencia.....	57
VI. Consideraciones sobre la constitucionalidad de la cuota de ascenso condicionada.....	61
VII. Aplicación de las conclusiones del presente memorial a las normas demandadas.....	68
VIII. Petición a la Honorable Corte Constitucional.....	69