

Igualdad y mérito, equilibrando la balanza para lograr una función pública de avanzada

La Constitución de 1991 en el artículo 125 consagró que los empleos en los órganos y las entidades del Estado son de carrera, con excepción de aquellos que son de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los que determine la ley. En ese mismo artículo se menciona que el método para el nombramiento de funcionarios se hará por medio del concurso público, a menos que la Constitución o la ley digan algo distinto. Para entrar en la carrera o ascender dentro de ella se tendrán en cuenta los méritos y las calidades que tengan las personas que aspiran ocupar esos determinados cargos. Por último, el artículo deja muy en claro que la filiación política de los ciudadanos no será un criterio para tomar en cuenta a la hora de decidir el ingreso de los ciudadanos a la carrera, el ascenso dentro de ella o el retiro de la misma.

El artículo mencionado trae unos conceptos que son claves y que juegan un papel importante en cuanto a la igualdad y al interés general. El primer concepto que sale a relucir es el de Carrera Administrativa la cual es definida por la Ley 909 de 2004¹.

La definición de carrera se presta para un análisis detallado de cada una de las pautas y condiciones que se requieren para

llevar a cabo el fin deseado por ella. Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional de la siguiente manera: “Dado que la carrera administrativa se basa única y exclusivamente en el mérito y la capacidad de los aspirantes, es deber de la administración escoger o seleccionar a aquellas personas que por su capacidad profesional y condiciones personales, son las que requiere el servicio público, pues la eficiencia y eficacia del mismo, dependerán de la idoneidad de quienes deban prestarlo”². Aparece entonces la búsqueda de unas personas dotadas de determinadas características, las cuales serán las adecuadas para desempeñar esos cargos.

Para que al país le vaya bien se requiere que la administración sea hecha de la mejor manera posible. Para lograr ese fin se ha de buscar a ciertas personas que deben reunir unos requisitos que permitirán tener una administración eficaz que mejore y evolucione constantemente. Al respecto, la Corte ha dicho: “El sistema de carrera tiene como finalidad la realización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, así como procurar la estabilidad en los cargos públicos, con base en estos principios y en la honestidad del desempeño de los mismos. Se busca que la administración esté conformada por per-

sonas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado. El elemento objetivo de la eficacia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente”³. La Corte se ha pronunciado en diversas ocasiones al respecto; otro apartado que aclara la figura y finalidad de la carrera administrativa lo encontramos en la Sentencia C-041 de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ⁴.

La Constitución del 91 lo que hizo fue implementar la figura de la carrera para lograr que de esa manera se pudieran llevar a cabo los fines que tiene el Estado y por lo tanto, y a la luz de los principios que establece la Carta, velar por el interés general. Es importante aclarar que por interés general no me refiero a una determinada mayoría, sino todo lo contrario, a la generalidad de la población.

Es decir que al velar por el interés general lo que se busca es garantizar un orden económico, social y justo. Es por tanto la carrera un instrumento de suprema utilidad para lograr los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2.º de la Constitución. También, la Carta del 91 ha escogido un método para lograr que la carrera administrativa cumpla con los propósitos fijados, y para hacerlo se ha apoyado en la figura del mérito. Y es apenas obvio que se utilice al mérito para lograr los propósitos, ya que lo que se busca es la selección de los mejor capacitados para que administren, de manera tal que se pueda llevar a cabo el proyecto de Estado y sociedad que se consagra en el preámbulo de la Constitución y los fines esenciales que se mencionan en el artículo 2.º, junto con

todo lo que se expresa en toda la Constitución.

EL DESEO DEL CONSTITUYENTE
EN CUANTO A LOS CONCURSOS.
EL MÉRITO COMO SOLUCIÓN
PRÁCTICA Y PROGRAMÁTICA

Si lo que se busca en la carrera administrativa son personas capacitadas para llevar a cabo con eficacia y eficiencia la administración, es necesario tener un sistema que pueda garantizar con una probabilidad bastante alta que la persona escogida es la más adecuada para desempeñar determinada función dentro de la administración. El sistema que se ha escogido es el del concurso de méritos, lo cual figura de manera expresa en el artículo 125 de la Constitución cuando dice “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”. Se ve que la Constitución habla de manera abierta acerca del mérito deja en manos del legislador la forma en la cual va a ser evaluado; pero lo que sí es claro desde un principio es que el mérito está estrechamente vinculado con la carrera. La Corte Constitucional ha tocado el tema en varios pronunciamientos, que sirven de guía para saber qué se busca al hablar de mérito.

La sentencia T-591 de 1992 dice “Existen diversas modalidades de empleos en los órganos y las entidades del Estado. Unos son de carrera, otros de libre nombramiento y remoción, y otros son nombrados por concurso público. Independientemente de los efectos jurídicos de cada forma de vinculación al Estado, *todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la con-*

secución de los fines del Estado [cursivas fuera de texto]. El ingreso y ascenso en los cargos de carrera se realiza por el sistema de méritos y cualidades de los aspirantes; igualmente la permanencia o desvinculación de una persona de libre nombramiento y remoción obedece a las razones de buen servicio, eficiencia o confianza, sin que la discrecionalidad de la administración se torne arbitraria [...] serán los méritos personales los que determinen quien es el más oprimado para ejercer las funciones públicas”⁵. La cita anterior muestra cómo el mérito abarca todos los tipos de empleo del Estado y lo puede hacer de manera directa por medio de la figura del concurso, como también indirecta, en que se tomará en cuenta el desempeño para efectos del retiro.

La manera que se utiliza para determinar el mérito es el concurso (el cual por mandato constitucional debe ser *público*), y por medio de este concurso se determinará el mérito de las personas para desempeñar los cargos. La figura del mérito parece clara en la teoría, pero ya en la práctica presenta varias dificultades de aplicación y determinación, que serán analizadas más adelante. Es importante tener en cuenta que el concurso tiene varias etapas: convocatoria, reclutamiento, pruebas, listas de elegibles y periodo de prueba (artículo 31 de la Ley 909 de 2004) y en cada una de ellas se debe velar por que se garanticen ciertos principios y reglas.

En el momento del reclutamiento es el legislador quien ha determinado unos requisitos que se deben tener en cuenta para poder entrar a concursar. Esos requisitos legales no pueden violar la Constitución, pero al mismo tiempo deben procurar que con ellos se logre encontrar a la persona adecuada para el trabajo. El análisis que se lleva a cabo es objetivo, y determina la *aptitud legal* que tengan las personas para desempeñar el cargo.

En cuanto a la etapa de pruebas, la Corte se ha pronunciado de la siguiente manera: “Con la realización de las pruebas se busca la evaluación del candidato no sólo en el aspecto intelectual por medio de exámenes de conocimiento generales y profesionales específicos de acuerdo con el cargo, sino también sus condiciones de preparación, competencia, capacidad o aptitud física, comportamiento social, idoneidad moral, presentación personal, capacidad para relacionarse, antecedentes personales y familiares, etc., para lo cual se practicarán pruebas psicológicas, entrevistas y todos aquellos otros mecanismos que se consideren aptos para ese fin”⁶. Los últimos requisitos que se mencionan son bastante polémicos, ya que constituyen el factor subjetivo del mérito y pueden llegar a presentarse violaciones al principio de igualdad e inclusive desvirtuar la figura del mérito. Vale plantearse unas preguntas desde ya: ¿El hecho de que el mérito tenga un valor subjetivo viola la igualdad? ¿Ese factor subjetivo no podrá afectar una apreciación del mérito? Esos interrogantes se responderán cuando se incluya el principio de igualdad en el análisis de lo que se ha mencionado.

Desarrollando la figura del concurso, la Corte nos da la siguiente definición de concurso: “... el procedimiento complejo previamente reglado por la administración, mediante el señalamiento de las bases o normas claramente definidas, en virtud del cual se selecciona entre varios participantes que han sido convocados y reclutados, a la persona o personas que por razón de sus méritos y cualidades adquieren el derecho a ser nombradas en un cargo público”⁷. Además de darnos una definición, la Corte también dice cuál es su finalidad: “La finalidad del concurso es hacer que sean los mejores los que ingresen al servicio pú-

blico; su idea-fuerza, en consecuencia gira alrededor del mérito. Para alcanzar este objetivo es indispensable que la sociedad y sus miembros respondan positivamente a la convocación y que el afán de servicio junto a la cultura y al saber concurren con miras a escoger a los más aptos y capaces”⁸. La Corte da su concepto de lo que es un verdadero concurso de méritos en la Sentencia T-164 de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Como se ha tratado de mostrar, la Corte se ha pronunciado con amplitud cuando se trata de cuestiones de mérito, pero es también consciente de que es un método que si bien garantiza que se escoja a la persona adecuada, no lo hace de manera absoluta, ya que es demasiado difícil lograr determinar de manera exacta quién es el más adecuado. Si tenemos presente el fin que busca la carrera y las ayudas que brinda el sistema de méritos y de concursos podemos decir que son los métodos adecuados para desarrollar la carrera. Pero aun así siempre existirá un margen de relatividad y de error, que en mi opinión es bajo.

Mi interés por el momento ha sido dar claridad sobre las figuras y mencionar qué problemas van surgiendo de esas figuras. Habiendo mostrado ya la posición de la Corte Constitucional, es pertinente entrar a analizar cómo está reglada la carrera administrativa en la actualidad. Por mandato constitucional, los temas de carrera serán desarrollados por la ley; de ahí se infiere que es de suprema importancia tener presente cuál es la ley que regula la figura (Ley 909 de 2004) y más importante es ver el espíritu de la ley, que se encuentra en los proyectos de ley y en los debates que se llevaron a cabo antes de su promulgación.

LA LUCHA POR UNA FUNCIÓN PÚBLICA EFICAZ Y EL ESPÍRITU DE CAMBIO.

Como se vio anteriormente el constituyente del 91 busca mejorar la función pública para poder lograr los fines que tiene el Estado. Se podría decir que en un primer plano tenemos la figura de los concursos basados en el mérito y la búsqueda constante de mejorar la administración pública a favor del interés general. Pero aparece en un segundo plano un factor que lastimosamente ha sido una constante en Colombia a través de la historia: el uso de los cargos administrativos y públicos como mecanismo para favorecer intereses clientelistas y para “devolver favores”.

Para eso la Constitución del 91 consagró el sistema de méritos y concursos, y además le dio la calidad de órgano autónomo y permanente a la Comisión Nacional del Servicio Civil, así que de esa manera se pueda evitar que intereses individuales afecten la función pública, la cual siempre debe estar guiada o encaminada a favorecer el interés general de la población. Era (¿o es?) costumbre que después de que ciertos grupos o personas apoyaban campañas políticas se les devolvía el favor, y se nombraba a alguien (que en el mayor de los casos no era el más capacitado) para desarrollar determinado cargo en la administración. Lo anterior afecta de manera directa al manejo óptimo de la administración y por tanto entorpece el desarrollo del país. Teniendo presente lo que yo he decidido llamar “dos planos o motivos”, vemos que en la Constitución del 91 buscó darle solución al problema, pero lo hizo señalando los parámetros básicos por medio de los cuales se debe regular posteriormente la materia. Fue el Congreso de la República el llamado a regular y desarrollar lo dis-

puesto por la Constitución del 91 en materia de carrera administrativa, empleo público, etc.

En el año de 1998 se promulgó la Ley 443 que regulaba la materia, pero fue declarada en su mayoría inexecutable por la Sentencia C-372 de 1999. Debido a que la ley era en gran parte inconstitucional, se creó lo que se podría llamar un vacío legislativo, lo cual generó que la distribución de los cargos administrativos y de funciones públicas fuera bastante precaria y pareciera ser que se hubiere olvidado el objetivo que se buscaba lograr con la Constitución del 91. Solo fue en 2003, mediante el proyecto de ley 262 de ese año, cuando se buscó darle una solución al problema. En la exposición de motivos del proyecto que posteriormente se convertirá en la Ley 909 de 2004, se planteaban los problemas que se han generado al regular lo dispuesto en la Constitución del 91 en relación con la carrera y el mérito: “La falla del modelo, como es sabido, radicaba (y radica) no tanto en la garantía de estabilidad de los empleados públicos, sino en el desfallecimiento constante del principio del mérito como vector principal del sistema de acceso (y ascenso) a ese empleo público de carrera...”. En la sesión plenaria de 22 de mayo de 1999 (durante la Constituyente) se afirmaba lo siguiente: “La libertad de acceso de los colombianos al servicio de su país es una vieja aspiración y larga frustración de los colombianos”⁹.

Más adelante, en la exposición de motivos, se menciona el problema de las prácticas clientelistas; mediante este proyecto de ley se buscó darle solución al problema y hacerlo de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución del 91 para evitar que se repitiera lo sucedido con la Ley 443 de 1998: “El gran reto pendiente de nuestro sistema de empleo público es garantizar de una vez

para siempre que el acceso a los empleos públicos se haga *exclusivamente* de acuerdo a los principios de mérito, capacidad e igualdad, a través de un procedimiento en el que esté salvaguardada la objetividad, imparcialidad y la especialización del órgano de selección. No obstante, debemos ser conscientes que superar el duro y pesado lastre de decenios de clientelismo político, de actitudes teñidas de nepotismo o simplemente de amiguismo, es difícil; pues no cabe olvidar que en este punto concreto las leyes que elaboremos, por muy sabias y justas que sean, tropezarán de lleno con las *mentalidades*, esto es, con una determinada concepción o “cultura” *de lo público* muy arraigada y difícil de erradicar, que –seamos honestos– no se supera únicamente con buenos textos legislativos, sino principalmente con conductas decididas y comportamientos ejemplares que aboquen hacia una reconstrucción del espacio público que expulse, de una vez para siempre, las prácticas clientelistas” (curativas fuera de texto)¹⁰.

Se ve que existió sintonía en cuanto a los fines que buscaba la Constitución del 91 y lo que buscaba el poder legislativo al regular la materia. Se ve que tanto en las sentencias de la Corte como en la exposición de motivos del proyecto de ley se reconocen los problemas y se le da una suprema importancia a la figura del mérito como el instrumento adecuado para construir una función pública pulcra y encaminada a favor del interés general. El legislador se basó en tres principios para orientar su proyecto: y un sistema de carrera serio, igualitario y que permita el avance hacia los fines que se plantean para el Estado en la Constitución¹¹.

Después, el proyecto trae consigo una idea de cómo será el sistema de carrera, determinará sus fines y buscará que haya

una armonía con la Constitución del 91, armonía que, de lograrse, hará posible que se consolide el modelo de Estado (que ya cumple sus primeros quince años).

En la exposición de motivos se considera lo siguiente: “La carrera administrativa [...] tiene como fin primordial asegurar la eficiencia y la eficacia de la administración pública, ofreciendo igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos colombianos para que puedan tener acceso al servicio público [...] no es posible obtener un óptimo resultado o rendimiento de las personas al servicio de una organización sino cuando se garantiza que quienes ingresan al servicio reúnen las mejores condiciones personales, poseen un alto grado de motivación y sean objeto de continuos procesos de perfeccionamiento lo cual no se consigue sino mediante el establecimiento de sistemas técnicos de selección...”¹².

Uno de los problemas que se presentaron con la Ley 443 de 1998 es que le dio a la Comisión Nacional del Servicio Civil una errónea noción de carácter jurídico, asunto que fue señalado por la Corte en Sentencia C-372 de 1999. Según esa ley, la comisión era un “apéndice directo de un departamento administrativo perteneciente a la rama ejecutiva”. Noción completamente errónea si tomamos en cuenta el modelo de Estado que planteó la Constitución del 91, en el cual existen tres ramas que no se hayan separadas del todo, sino que existe una interacción dinámica entre ellas, y a su vez se crean órganos independientes o autónomos que no reciben ninguna clase de influencia por parte de las tres ramas. Con esos órganos se busca evitar que alguna de éstas se extralimite y rompa con el equilibrio interactivo que existe.

En cuanto a administración pública, tiene lógica que no se permita la intervención de alguna rama (en especial del ejecutivo),

para que se pueda desarrollar la función pública a favor del interés general y no a favor del interés del gobierno (sería ideal que siempre estuvieran de acuerdo el interés general y el del gobierno, pero lastimosamente nuestra historia y tradición política han dado múltiples ejemplos de que eso no es así). De las grandes e importantes innovaciones que trajo la Constitución del 91 es esa nueva concepción de organización del Estado y esa comprensión de que el interés y bienestar general priman sobre todo (como ya se dijo, es en mi opinión de suprema importancia resaltar que el interés general no es necesariamente el interés de una mayoría, porque en un Estado pluralista como el que plantea la Constitución se debe tener siempre presente a todos los actores y miembros de la sociedad, y no excluirlos por no ser o por ser parte de una mayoría).

La naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil es definida en la Ley 909 de 2004 (resultado del proyecto de ley 262 de 2003) en el artículo 7.^o¹³.

Se mencionó que la razón fundamental por la cual se impulsó el proyecto de Ley 262 de 2003 fue que la sentencia C-372 de 1999 dejó prácticamente sin piso la Ley 443 de 1998 y se creó un vacío jurídico en el tema, de los mayores problemas que presentaba esa ley era la falta de claridad en el carácter autónomo de la Comisión Nacional del Servicio Civil; también se llegó a decir que existían varias comisiones independientes a nivel regional. Al respecto, la Corte se pronunció en la sentencia C-372 de 1999¹⁴.

EL MÉRITO Y LA IGUALDAD, CONTRADICCIÓN SOLO APARENTE

A simple vista se podría pensar que elegir a la mejores personas para desempeñar la

función pública contraría al principio de igualdad. Se ve de entrada que se está diciendo que sólo algunos van a ser los que desempeñen determinado cargo. Pero haciendo un análisis a fondo de ambas figuras e incentivándolas en el concepto de carrera administrativa se llega a la conclusión de que el mérito no excluye a la igualdad, sino que la complementa. Que se pida como requisito que haya mérito no atenta de por sí contra principio de igualdad tal como está contemplado en la Constitución del 91 (aquél principio que deja muy en claro que no se trata de una igualdad entendida de manera simple, sino que por el contrario tiene como concepto inherente la diferenciación, pero que a su vez proscribiera la discriminación).

Por eso es de gran importancia analizar siempre la situación que se presenta de aparente o real conflicto entre los instrumentos para determinar el mérito, y mirar si ese instrumento atenta o no contra el principio. El sistema de carrera busca la convivencia de estas dos figuras, y al hacerlo logra coherencia con la Constitución del 91, ya que por un lado se garantiza la eficiencia y por el otro lado se permite que todas las personas puedan tener oportunidades de hacer parte de la función pública.

La igualdad en cuanto al sistema de carrera no significa que todos van a poder desarrollar los trabajos en la función pública: lo que realmente significa es que todas las personas van a poder tener la oportunidad de ser escogidas. Teniendo en cuenta la finalidad establecida por la Constitución del 91, se debe lograr que todas las personas puedan optar a ser seleccionadas, y será el mérito el que definirá cuál de ellas será la adecuada para desempeñar determinado cargo.

La totalidad de las personas debe tener la oportunidad de participar en los concur-

sos, y además también se debe garantizar que las personas entren en igualdad de condiciones para ser evaluados (esa igualdad de condiciones debe tener siempre presente conceptos *diferenciadores*, si se da el caso). No es tan sencillo como decir que el concurso es público y ya: se requiere también que se tengan en cuenta a todos los sectores de la población y garantizarles la oportunidad de participar (un ejemplo claro son los beneficios que en algunos exámenes se les brindan a las personas discapacitadas para que en virtud de esos beneficios asistan al examen en igualdad de condiciones con los demás). Es importante entender que la igualdad que se va a lograr con estos concursos no se queda en aspectos formales, sino que se requiere un análisis de condiciones subjetivas para de esa manera brindar una real oportunidad de participación a todos los sectores de la población.

Los requisitos por tanto no pueden ser de ninguna manera discriminatorios; serán, obviamente, diferenciadores, pero la justificación de esa diferenciación se basa en que se está buscando a personas que estén capacitadas para desempeñar determinado cargo (este punto es muy polémico, ya que en muchos casos los requisitos pueden atentar contra el derecho a la igualdad de las personas; al respecto ver sentencia T-563 de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ). La Corte también se ha pronunciado en un importante análisis en la sentencia C-041 de 1995¹⁵.

Estas sentencias dejan en claro que la igualdad y el mérito no son dos figuras que se excluyen, sino que deben “convivir”. La figura del mérito puede llegar a ser discriminatoria, y es en ese momento cuando viene a jugar parte de gran importancia el principio de igualdad. Cuando se establecen unos requisitos que no permiten a las personas acceder al concurso debido a que

son discriminatorios (ejemplo: “para poder reclamar el formulario se requiere que la persona sea varón de raza caucásica”) se viola el principio de igualdad; pero cuando se piden unos requisitos que diferencian en virtud de lograr una función pública eficaz y eficiente (ejemplo: “la persona que quiera participar debe tener conocimientos básicos de computación, manejar Word y Excel, y poseer un título universitario”), ya a simple vista no se está permitiendo a todos la posibilidad de participar, pero, que lo que se busca es que las personas se hagan una idea de lo que se necesita para desempeñar el cargo. Finalmente al examinar a la persona, se determinará si es o no la adecuada para el cargo.

Por tanto, lo importante es que al determinar el mérito y los requisitos no se atente contra la igualdad. Si lo que se pide no afecta la igualdad, vemos que ambas figuras (mérito e igualdad) “conviven”, y esa será la única manera de cumplir con lo dispuesto en la Constitución.

Al igual como lo hace la Corte, podemos identificar que el mérito se puede evaluar teniendo en cuenta *factores objetivos* y *factores subjetivos*. Respecto de los primeros, la Corte sido clara en darle importancia y mostrar que pueden ser la mejor vía. Pero también, en mi opinión, la Corte ha mencionado como factores objetivos algunos que en realidad no lo son, y además, al darse cuenta que muchas veces con el solo factor objetivo no basta, pasa a hablar del factor subjetivo, y esa mención que hace en principio no es clara y posteriormente cambiará su apreciación. Sobre el factor objetivo tenemos lo siguiente: “El elemento objetivo de la eficacia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente”¹⁶.

En efecto, si se trata de la calificación de exámenes o de aquellos requisitos ob-

jetivos a los cuales se les ha asignado un determinado valor, la suma de todos estos será una simple operación matemática en la que el ganador será quien haya obtenido el mayor puntaje. Dentro de estos se encuentran los que se demuestran con documentos, por ejemplo: la edad¹⁷, la nacionalidad, la profesión, las especializaciones, los antecedentes penales y disciplinarios, la experiencia de trabajo, etc.¹⁸.

Es el factor objetivo el que evalúa a la persona en aspectos que nada tiene que ver con su configuración personal. Sería ideal que siempre se lograra el óptimo al hacer el análisis de factor objetivo, pero habrán situaciones en las cuales va a ser necesario evaluar ciertas condiciones subjetivas de la persona. Soy de los que opinan que el factor objetivo debe ser el determinante y decisivo y por medio del cual será más fácil respetar el principio de igualdad. Pero también soy consciente de que pueden llegar a presentarse situaciones en las cuales sí sea necesario analizar otros factores.

Siempre deben primar los requisitos objetivos sobre los subjetivos, porque con los últimos es muy probable que el nombramiento quede a discreción del nominador y por tanto se viole el principio de igualdad. Con relación a los factores subjetivos la Corte dice: “Frente al concurso, la administración carece de libertad para adoptar una solución diferente o privilegiar otra alternativa que considere sin embargo más apropiada para el interés público. Por el contrario, se parte de la premisa que el interés público en este caso se sirve mejor acatando el resultado del concurso. La actuación administrativa en lo que respecta a estos empleos no es política y se desarrolla, por ende, de conformidad con estrictas reglas técnicas y objetivas”¹⁹.

Si se ponen como principal criterio de evaluación los factores subjetivos, se vio-

laría constantemente el principio de igualdad, ya que se dejaría al arbitrio de los nominadores decir quién ocupa determinado cargo. Al tocar el tema de igualdad y mérito, es importante tener presente que también para elegir, y no sólo para participar, se debe hacer todo sin discriminar a los demás, y la mejor manera de hacerlo es impulsar en el sistema de carrera la evaluación mayormente objetiva para que de esa manera se logre la eficacia y eficiencia en la administración.

Se mencionó ya que lo que se busca con el sistema de méritos es eliminar las prácticas clientelistas y mejorar de manera considerable la función pública; basado en lo dicho se puede concluir que la mejor manera de evitar que unas personas decidan de manera arbitraria quién va a ejercer determinado cargo es a través de mecanismos de evaluación objetivos que demuestren que en ese mismo plano objetivo la persona que tuvo mejores resultados es la más apta para el cargo.

Antes de que la Corte se pronunciara al respecto, el problema consistía en que la persona que obtenía el mayor puntaje de examen (es decir, el que cumplía de la mejor manera los requisitos objetivos) no era necesariamente la elegida para desempeñar el empleo. Esto se daba porque se permitía que de los tres primeros se eligiera quien iba a ser el elegido, situación que atentaba de manera directa contra la igualdad. Se dejaba al arbitrio de una persona la decisión de quién era el elegido. Para evitar ese tipo de situaciones se prohibió la figura de la lista de elegibles y se dijo que sólo era posible conformar una cuando se fuera a designar más de un cargo y que la distribución debería hacerse en orden descendente, partiendo del primero de la lista y sucesivamente (cfr. Sentencia C-040 de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ)²⁰.

En cuanto a los factores subjetivos, es necesario ser muy cuidadosos, ya que se pueden prestar a arbitrariedades. Las frases “solvencia moral” y “aptitud física”, en mi opinión pueden abrir la puerta a que se incurra en discriminaciones que no podrán ser justificadas como simples diferencias. Por solvencia moral se podrían entender varias cosas, y la moral, siendo algo de naturaleza individual, puede prestarse a que so pretexto de falta de solvencia moral alguien sea excluido del cargo (ejemplo: un nominador que considere que el homosexualismo es algo que atenta contra la moral, si se presenta un empate entre un candidato homosexual y otro heterosexual, el nominador podría verse inclinado a escoger al segundo, porque según su cosmovisión, el homosexual carece de una solvencia moral y podría afectar a la administración); por ello, en vez de solvencia moral debería hablarse de una ética mínima que garantice que no se van a dar comportamientos dudosos en la administración. Quede claro que no estoy diciendo que se permita que acceda al cargo una persona que incurre en desfalcos y actitudes ilícitas, pero sí que se debe buscar reducir al mínimo la arbitrariedad y la desigualdad. Aun así, también como pilar del sistema de carrera, está la constante revisión de cómo ha desempeñado el cargo la persona, y por eso es lógico que se escoja a aquella persona que tuvo el mejor resultado.

Por otro lado, al hablar de una aptitud física, también se debe tener mucho cuidado para evitar que se discrimine a una persona por razones de sexo o discapacidad. Si bien se requiere de un mínimo de aptitud física (una capacidad en el sentido civil), ese mínimo no debe atentar contra las personas que objetivamente cumplieron y fueron los mejores (ejemplo: ser mujer para

algunas personas puede significar carecer de aptitud física).

La conclusión en relación al tema de las listas de elegibles, es que éstas se prestan para arbitrariedades y violaciones al derecho a la igualdad de trato, y por eso adquieren tanta importancia los factores objetivos de evaluación, y el sistema que dice que el que obtiene el mejor puntaje es el que debe desempeñar el cargo. Sin embargo, también es importante resaltar que lo anterior no es de carácter absoluto, sino relativo, y se que se van a presentar situaciones en las cuales será necesario contemplar aspectos objetivos. Debe existir una simbiosis entre lo objetivo y lo subjetivo y lo más importante es que las diferenciaciones de trato siempre sean justificadas a la luz de la Constitución; de lo contrario estaríamos en presencia de discriminaciones y violaciones del derecho y principio de igualdad.

Por último, en cuanto la igualdad y el mérito, quisiera formular una crítica a una sentencia de la Corte, la C-452 de 2005, referente a la inexecutable del artículo 8.º de la Ley 909 de 2004. El artículo 8.º dice que para poder ser miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, aparte de unos requisitos, se requiere que la persona sea mayor de 35 años. La Corte dice que no es violatorio de la Constitución el que se ponga un límite de edad para ser parte de la Comisión. Se basa en la amplia facultad de legislador para exigir requisitos, aunque esos no podrán atentar contra la Constitución en la cual se consagra la igualdad. El orden constitucional adoptado por Colombia permite que al Congreso se le pueda hacer caer en cuenta que lo que dispone atenta contra la Constitución y por tanto no es armónico con el ordenamiento jurídico. En otras palabras, el Congreso tiene amplias libertades, pero sujetas la Consti-

tución. La Corte considera que el requisito de edad no es discriminatorio, y cita a la sentencia T 395 de 1997, que dice: “la edad, como lo han considerado el legislador y las diferentes entidades del Estado, constituye un factor necesario para acceder a determinados cargos públicos, concursos, convocatorias y para ejercer el derecho al voto, entre otros derechos. El exigir en estos casos una edad mínima o máxima determinada, no constituye discriminación alguna; al contrario, es un elemento primordial para determinar la madurez, experiencia y responsabilidad”²¹.

No comparto lo anterior, porque en mi opinión el requisito de la edad es algo discriminatorio si se pone en el contexto de los méritos. Lo que se busca es una idoneidad académica, intelectual y ética (no moral); esa idoneidad se comprueba a través del concurso de méritos y no a través de la edad. Si lo que se pide como requisito es la edad, ese requisito excluirá a personas que tienen la aptitud requerida, pero lastimosamente no tienen el requisito de la edad. Es cierto que existirán ciertas situaciones en las cuales se pide un mínimo de edad, pero si nos enmarcamos dentro del contexto de los méritos, la edad pasa a un segundo plano, porque ésta no garantiza que entre mayor edad se tenga sea mayor la aptitud para el cargo.

La Corte ha reconocido que la edad *per se* no brinda una seguridad acerca de la madurez para el cargo²². Considera que si la edad se acompaña de otros requisitos sirve para lograr una óptima administración. Pero, pongamos un ejemplo: una persona saca los mayores resultados en los concursos y muestra todas las aptitudes que asegurarían que se va a llevar a cabo el cargo de manera óptima; una vez que se ha comprobado que reúne todos los requisitos, resulta que su edad es menor a la que se

requería. Vale la pena entonces preguntarse si la edad como requisito va a garantizar una mejor administración, o si por el contrario puede llegar a ser un obstáculo en el camino de lograr una función pública eficiente.

Opino que si una persona, sin importar su edad, sexo, raza, religión, filiación política, entre otras, logra unos requisitos objetivos (y algunos subjetivos), es la más adecuada para ocupar el cargo. No encuentro justificada la razón para tomar a la edad como algo diferenciador y no como algo discriminatorio. Con esta crítica intento hacer entender lo dicho desde el principio: que el mérito no excluye la igualdad, pero que se deben analizar requisitos para el mérito, porque son terreno fértil para que se presenten desigualdades y discriminaciones.

LOS CONCURSOS Y LOS EXÁMENES. UN EXAMEN A LOS EXÁMENES

Habiendo visto ya cómo funciona el mérito junto a la igualdad, es importante, por último, hacer un análisis de cómo se plantean los exámenes frente a la igualdad. Son objeto de controversia los temas relacionados con el papel que juega el nominador en el examen, los métodos de desempate y los problemas que estos presentan a la luz del derecho de igualdad, y por el último la figura (hoy en día inexistente) del concurso cerrado.

A lo largo de este trabajo se ha defendido la posición que se basa en un examen de méritos hecho en su totalidad de forma objetiva, porque se considera que bajo ese manto de objetividad se puede garantizar tanto el derecho a la igualdad como también una mejor administración. Si a grandes rasgos nuestra tesis es esa, resulta coherente decir

que en los concursos se debe evitar a toda costa la libertad de arbitrio del nominador.

El nominador debe evaluar según unos determinados requisitos (que estén en sintonía con la igualdad, claro está), y en base a esos resultados debe asignar a la persona idónea para el cargo. Pero aterrizando lo anterior en la realidad, y, al igual que sucede con los méritos, se pueden llegar a presentar ciertas situaciones que van a ser objeto de consideraciones por parte del nominador. Esas consideraciones deben ser motivadas y no pueden en ningún momento atentar contra los derechos de las personas que se verán afectadas (o beneficiadas) con las respectivas consideraciones. Por lo anterior, la figura del nominador es de suprema importancia, porque es él quien examina (basado en determinados parámetros), y también él debe estar preparado para que, dado el caso, pueda solucionar un problema sin perder objetividad y mucho menos los conceptos de igualdad que deben ser respetados ante todo. Si los nominadores nombran a su arbitrio, primero que todo se perdería el camino al fin perseguido, que es una administración recta que premia el mérito, y no los contactos y/o influencias; por otro lado, se quiebra de manera tajante la igualdad, ya que las personas en ningún momento van a tener certeza de si en realidad compiten en igualdad de condiciones, porque la valoración no va a ser distinta.

Según lo anterior, la Corte ha considerado importante hacer una distinción entre la discrecionalidad y la arbitrariedad. Considera a la primera como posible dentro del orden constitucional, dado que debe justificarse y en caso en que sea acorde al orden jurídico y constitucional, es permitida; pero sobre la segunda no deja dudas acerca de que se debe evitar en todo caso. Al respecto ver la Sentencia C- 040 de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Como sucede siempre que se va a tocar el tema de igualdad, se debe ser muy cuidadoso y nunca caer en extremos (que es lo que resulta más nocivo), la diferenciación entre la discrecionalidad y arbitrariedad que hace la Corte la considero razonable, pero también se puede caer en un dañino juego semántico que puede abrir la puerta a que se presenten situaciones de desigualdad y ampliamente arbitrarias y se disfracen con la palabra discrecionalidad. Lo que es realmente necesario es que en el momento de hacer una valoración (llámese discreción u otro sinónimo) su justificación no esté dada por lo que él considera que es, sino que lo haga dentro de su papel de nominador, que conoce las especificaciones del cargo y reconoce en una persona un valor agregado que lo hace más óptimo para el cargo. Espero que con el siguiente ejemplo se logre claridad: en un concurso para desempeñar X cargo, el análisis se basa en un examen individual, complementado con una actividad que demuestre su habilidad para trabajar en grupo; ambas pruebas conforman el grado total de desempeño en el examen; A y B obtienen el mismo porcentaje en la prueba, pero B, resulta ser una persona que sirve para trabajar en grupo y tiene claras las nociones del trabajo grupal; considero que si el cargo requiere de trabajo en equipo, el nominador, si bien las calificaciones fueron las mismas, podrá decir que escoge a B y lo justifica diciendo que B es el que mejor se postula para trabajar en equipo. Se concluye que si va a existir un cierto grado de discrecionalidad, éste deberá ser por rasgos diferenciadores justificados y adecuados, y no por rasgos discriminatorios.

Si aceptamos la realidad y caemos en cuenta de que no necesariamente el concurso es suficiente, reconocemos que debe existir algo que complementa esa deficien-

cia, pero también se debe reconocer que ese complemento no debe en ningún momento ir contra la Constitución, ni contra los fines de la carrera. Cfr. Sentencia C-041 de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

En un caso de tutela²³ en la cual el nominador no tomó en cuenta los resultados del examen y decidió de manera arbitraria nombrar a otra persona, era claramente inconstitucional; pero se podrían presentar circunstancias que complicarían el nombramiento de una persona; cuando se presentan empates, se debe buscar resolverlo de manera tal que no se incurra en desigualdades o injusticias. Los empates dejan ver que no siempre con el examen se va a llegar de manera simple y clara a escoger a la persona indicada. Es necesario buscar alternativas y la ley no es clara acerca de los procesos de desempate salvo si entre las personas que empatan hay una con discapacidad²⁴.

La ley sólo es clara en diferenciar y beneficiar a las personas con discapacidad. Pero, tratándose de personas que no sufran de discapacidad, se deberá obrar con sumo cuidado. Por eso algunas entidades públicas como la Procuraduría han decidido evitarse el problema al establecer en las calificaciones cifras decimales de manera tal que no se presenten empates entre los concursantes. Pero independiente del sistema que se elija, cuando se presentan los problemas de empate, el papel del nominador se convierte en parte esencial que deberá tener claro que al desempatar no debe escoger a aquel con el que simpatiza, sino que basado en el perfil buscado deberá encontrar un aspecto diferenciador y justificado para el desempate.

Otro tema que vale la pena aclarar es el relacionado con los concursos abiertos y cerrados. Los concursos abiertos son aquellos en los cuales la convocatoria es para

todo el mundo, esté o no inscrito en la carrera; los cerrados, también conocidos como de ascenso, son aquellos que están destinados *únicamente* para las personas que ya están inscritas en la carrera y que ya se encuentran ejerciendo determinado cargo en una institución y desean ascender. Ambas figuras merecen verse bajo la lupa de la igualdad y además teniendo siempre presente la finalidad de la carrera administrativa y el mérito. Para esto me ayudaré básicamente en la sentencia C-266 de 2002, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, la cual hace un cambio de precedente y concluye que la figura del concurso cerrado o de ascenso no va en contra del principio de constitucionalidad. La sentencia muestra cuáles son los motivos para justificar la figura de los concursos cerrados a la luz de la Constitución²⁵.

De lo anterior surge una nueva figura, que a mi modo de ver es la más adecuada para llevar a cabo una correcta administración pública sin atentar contra el principio de igualdad: el concurso mixto. Entiéndase por concurso mixto aquel que permite la participación tanto de personas inscritas en la carrera (o que estén trabajando en la institución que va a dar el cargo), como también a aquellas personas no inscritas pero que desean entrar a formar parte de ella.

La Corte, en la misma sentencia, encuentra precedente volver a analizar la figura y mirar si se viola o no la Constitución con la figura del concurso cerrado²⁶. Se resalta que, como siempre, al hacer referencia al mérito y la igualdad no se deben entender como figuras que se excluyen entre sí, sino como dos figuras que se complementan para poder llevar a cabo de manera correcta los lineamientos constitucionales. Ejemplo claro de lo anterior es la figura del concurso cerrado, el cual en una primera impresión su-

pone que es el método adecuado para lograr un desempeño óptimo de la función pública, pero al ahondar en él, salta a la vista que no necesariamente va a lograr el fin de la carrera sino que además atenta contra el principio de igualdad, ya que no permite la participación de todos o no la brinda en igualdad de condiciones. También para tener en consideración es la idoneidad del concurso mixto como opción para lograr los fines constitucionales y axiológicos de la carrera. Dentro de la figura del concurso mixto se podría utilizar como factor para desempate la pertenencia a la carrera o el hecho de haber desempeñado cargos en la entidad, factor que, a diferencia del concurso cerrado, no resultaría discriminador, sino diferenciador, ya que se habrán brindado todas las oportunidades a las personas para participar. Así lo contempla el artículo 29 de la Ley 909 de 2004.

CONCLUSIONES

Al ver cómo se desarrolla y funciona el sistema de carrera, queda la sensación de que existen las ideas para poder por fin tener un avance continuo hacia los fines que la Constitución se plantea. Pero nada de eso se logrará si no se tiene siempre en cuenta el principio de igualdad. Principio que, como se mostró, no es contrario al mérito, sino que antes bien es una gran herramienta para la consecución de los fines constitucionales.

Por supuesto, soy consciente de que el reto no es fácil, pero eso no debe ser una barrera para lograr objetivos. La dificultad es real, ya que lograr un sistema donde sea el mejor calificado quien administre y al mismo tiempo buscar la participación de todos, plantea problemas cuya solución requiere ser analizada y razonada. Espero ha-

ber podido mostrar las dificultades que se plantean en la realidad en cuanto a selección de personas para llevar a cabo la función pública; como también mostrar que se trata de un tema de suprema importancia y con serias consecuencias en el diario transcurrir del país. Los avances del país hacia lo expuesto por la Constitución deben darse en todas las esferas de lo público y de lo privado; pero lo más importante es que en esos avances se tengan en cuenta (tanto en parte integrante como parte representada) a todo el país; sólo así podríamos hablar de una igualdad real y, mejor aún, de una democracia constitucional. Por último, tener presente: “Con las malas leyes y buenos funcionarios se puede gobernar. Pero si los funcionarios son malos, las leyes no sirven para nada, por buenas que sean”. OTTO VON BISMARCK.

JUAN PABLO PUERTO

BIBLIOGRAFÍA

Sentencia T-591 de 1992, M. P.: JAIME SANÍN GREIFFENSTEIN.
 Sentencia C-195 de 1994, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.
 Sentencia C-040 de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
 Sentencia C-041 de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
 Sentencia T-256 de 1995, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.
 Sentencia T-326 de 1995, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
 Sentencia T-164 de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.
 Sentencia T-395 de 1997, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.
 Sentencia C-676 de 1998, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
 Sentencia C-372 de 1999, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
 Sentencia C-266 de 2002, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Sentencia C-452 de 2005, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Sentencia C-733 de 2005, M. P.: CLARA INÉS VARGAS.

Gaceta del Congreso n.º 173, jueves 24 de abril de 2003.

Gaceta del Congreso n.º 232, viernes 30 de mayo de 2003.

Gaceta del Congreso n.º 267, martes 10 de junio de 2003.

Ley 909 de 2004.

1. Ley 909 de 2004. Artículo 1.º “La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer igualdad de oportunidad para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad de los empleos y la posibilidad de ascenso.

Para alcanzar estos objetivos, el ingreso, la permanencia y el ascenso en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, sin que motivos como raza, religión, sexo, filiación política o consideraciones de otra índole puedan tener influjo alguno. Su aplicación, sin embargo, no podrá constreñir el libre ejercicio del derecho de asociación al que se refiere el artículo 39 de la Constitución”.

2. Sentencia C-040 de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

3. Sentencia C-195 de 1994, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

4. Sentencia C-041 de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ: “El régimen de ingreso, permanencia y promoción propios de la carrera administrativa, se caracteriza por sus connotaciones técnicas y por su decidida orientación hacia la conformación de un cuerpo administrativo profesionalizado, cuya legitimidad estriba en el mérito y la capacidad. En este método de selección y promoción se basa en buena parte la garantía de que la administración realice en su práctica diaria los principios de servicio a los intereses generales (objetividad), imparcialidad, eficacia y neutralidad”.

5. Sentencia T-591 de 1992, M. P.: JAIME SANÍN GREIFFENSTEIN.

6. Sentencia C-040 de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

7. Sentencia T-256 de 1995, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

8. Sentencia C-041 de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

9. *Gaceta del Congreso* n.º 232, viernes 30 de mayo de 2003, p. 20.

10. Ídem.

11. *Gaceta del Congreso* n.º 267, martes 10 de junio de 2003, p. 4. En los títulos que se refieren al ingreso de los empleos públicos y al desarrollo de la carrera administrativa se evidencia la presencia de tres principios esenciales a la naturaleza del proyecto:

1. Dificil acceso al empleo público.

2. Permanencia con fundamento exclusivo en el mérito y el buen desempeño.

3. Fácil retiro del empleo público.

Se restringe la utilización del nombramiento provisional, conservándolo únicamente para el caso de vacancias temporales. Al respecto se ha detectado que esta figura ha sido utilizada para evadir el proceso de comprobación del mérito.

12. *Gaceta del Congreso* n.º 173, jueves 24 de abril de 2003, p. 12.

13. Artículo 7.º Ley 909 de 2004. La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, carácter permanente de nivel nacional, *independiente de las ramas y órganos del poder público* (cursivas fuera de texto), dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio [...] La Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad.

14. Sentencia C-372 de 1999, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. “Considera la Corte, por una parte, que si, como ya se dijo, la Comisión Nacional del Servicio Civil establecida por la Constitución es un organismo único encargado de administrar y vigilar por regla general el sistema de carrera, ningún sentido tiene la existencia de comisiones independientes a nivel territorial, no previstas por aquella, cuya función descoordinada e inconexa desvertebraría por completo la estructura que la Constitución ha querido configurar en los términos descritos, frustrando los propósitos esenciales de sus artículos 125 y 130”.

15. Sentencia C-041 de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ: “El derecho a la igualdad no significa que el aspirante que toma parte en un concurso adquiere sin más el derecho a ser designado en el cargo. La ley está facultada para señalar los

requisitos y condiciones necesarios para ingresar a los cargos de carrera y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (art. 125 CP). *El principio de igualdad sin embargo, 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 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...*” (cursivas fuera de texto).

16. Íbidem.

17. La edad como factor objetivo la considero discriminatoria; sobre ese tema se hablará más adelante al mencionar la sentencia C-452 de 2005. Acerca de la experiencia de trabajo, ver la sentencia C-733 de 2005 donde fue declarado inexecutable que se reconozca la experiencia a los empleados que están desempeñando cargos de carrera sin estar inscritos.

18. Sentencia C-040 de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

19. Sentencia C-041 de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

20. “Por tanto, quien ocupe el primer lugar, de acuerdo con el puntaje obtenido será el ganador y excluirá a los demás en orden descendente. Si se procede de otro modo habrá que preguntarse ¿para qué el concurso de méritos y calidades, si el nominado puede elegir al candidato de sus preferencias? De este campo es preciso desterrar la arbitrariedad, y justamente, para ese propósito se ha ideado el concurso. *En él, por tanto, se ha de calificar no sólo la idoneidad profesional o técnica del aspirante, sino también su solvencia moral, su aptitud física y su sentido social, de acuerdo con la categoría del empleo y las necesidades del servicio*” (cursivas fuera de texto). Note que es la última frase citada se hace referencia a lo que podríamos llamar factores subjetivos.

21. Sentencia T- 395 de 1997, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

22. C- 676 de 1998, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. “Y no es que la edad *per se* otorgue una plena seguridad al respecto, sino que ella, unida a otros requisitos –como el nivel de preparación académica y la experiencia adquirida en el campo de la profesión correspondiente–, otorga un mayor grado de confiabilidad en el titular del empleo en cuestión”.

23. Sentencia T-326 de 1995, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. “Empero, si en gracia de discusión se admitiera que al nominador le asiste la aludida discrecionalidad es indispensable recordar que el hecho de descartar a quien ocupó el primer puesto en un concurso de méritos, envuelve un trato diferente que exige *justificación objetiva y razonable* (cursivas fuera de texto) no siendo suficiente la simple invocación de las normas que conferían ese margen de discrecionalidad. Así pues, la entidad estaba llamada a aportar pruebas y argumentos valederos orientados a justificar el favorecimiento a concursantes diferentes del ubicado en primer lugar, y, tal como quedó reseñado más arriba, los motivos aducidos carecen de fundamenta serio, de modo que en la práctica el nominador invocó y aplicó sus propios criterios sin que mediara motivación alguna o hubiese esgrimido razones de peso para desconocer los resultados del concurso. Así las cosas, bajo el manto de la pretendida discrecionalidad se encubrió un comportamiento arbitrario”.

24. Ley 909 de 2004, artículo 52: “En todo caso, las entidades del Estado estarán obligadas de conformidad como lo establece el artículo 27 la ley 361 de 1997 a preferir entre los elegibles, cuando quiera que se presente un empate, a las personas con discapacidad”.

25. Sentencia C-266 de 2002, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. “Del razonamiento de la Corte para concluir la constitucionalidad de los concursos cerrados puede sintetizarse la siguiente regla: Los concursos cerrados son constitucionales con las condiciones de 1) que sea posible convocar, por razones de buen servicio, a concurso mixto para la provisión de los cargos de carrera; y 2) que el jefe de la entidad puede determinar en qué casos opta

por un concurso cerrado o uno mixto para ascender en la carrera. De esta forma se aseguraría el principio de igualdad de oportunidades, así como la calidad de la función pública”.

26. Ibídem: “En concepto de la Corte, aunque el mecanismo de concurso cerrado resultase adecuado para alcanzar los fines de estimular a los inscritos en la carrera y reconocerles su cumplimiento, eficiencia y experiencia en el desempeño de cargos en la entidad, *lo cierto es que el concurso cerrado de ascenso –y la exclusión de terceros igual o más calificados que éste lleva implícita– es innecesario, ya que existen otros medios menos lesivos de los derechos fundamentales de terceros* –quienes también podrían, por sus calidades, optar para ocupar el cargo de carrera mediante concurso público– y más adecuados para asegurar no sólo los fines de la norma sino también otros igualmente importantes como son la buena calidad de la función pública y la igualdad en el acceso y el ejercicio de la función pública. En efecto, nada impide que en el diseño del concurso se diseñen y adopten otros medios como, por ejemplo, el otorgamiento de puntos a los inscritos en la carrera y el ascenso del escalafonado y no del externo en caso de empate, con miras a estimular a los servidores de carrera y valorar su desempeño y su experiencia en la entidad, siempre que dichos medios no establezcan ventajas que en la práctica equivalgan a una barrera de entrada para los ciudadanos ajenos a la entidad ni represente un privilegio contrario al sistema de mérito en la provisión de cargos que protege la igualdad de oportunidades. El medio alternativo del concurso abierto (o mixto) además de valorar la dedicación de los servidores de carrera, no excluirá a otros potenciales participantes con mayores calidades y méritos”.