C-105-13

Sentencia C-105/13

NORMAS PARA MODERNIZAR LA ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO DE LOS MUNICIPIOS-Elección de personeros municipales

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS A CARGO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION PARA DESIGNACION DE PERSONEROS MUNICIPALES-Inexequibilidad por desconocimiento de las competencias de los concejos y autonomía territorial

INTEGRACION DE LA UNIDAD NORMATIVA-Jurisprudencia constitucional/INTEGRACION DE LA UNIDAD NORMATIVA-Condiciones

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Procedencia excepcional

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS-Reglas jurisprudenciales

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS EN CARGOS QUE NO SON DE CARRERA-Jurisprudencia constitucional/CONCURSO PUBLICO DE MERITOS-Mecanismo general de vinculación al sector público, incluso respecto de los cargos que no son de carrera, con excepción de quienes son elegidos a través del sufragio

CONCURSO DE MERITOS DE PERSONEROS MUNICIPALES Y DISTRITALES-Justificación

PRINCIPIO DEMOCRATICO-Concreción/DEMOCRACIA SUSTANCIAL, DELIBERATIVA Y REPRESENTATIVA-Modelos alternativos

INTERVENCION DE LA PROCURADURIA EN LA REALIZACION DE CONCURSO PUBLICO PARA ELECCION DE PERSONEROS-Procedimiento para determinar si se desconocen las competencias constitucionales de los concejos y como consecuencia de ello, el principio democrático y la autonomía de las entidades territoriales

RELACIONES ENTRE LA NACION Y ENTIDADES TERRITORIALES-Reglas para establecer vaciamiento de competencias/TEST DE VACIAMIENTO-Reglas

En la medida en que la Carta Política reconoce tanto el Estado unitario como la autonomía

de las entidades territoriales, esta Corporación ha identificado una serie de pautas para establecer los casos en que se desconoce el núcleo fundamental de alguno de estos principios y, en particular, para identificar los casos de vaciamiento de las competencias de las entidades territoriales. Así, se ha desarrollado lo que puede denominarse como un "test de vaciamiento", que comprende las siguientes reglas: (i) En primer lugar, se produce un vaciamiento de competencias cuando el órgano del ente territorial pierde el control y el direccionamiento de la actividad administrativa que originalmente detenta por atribución constitucional o legal. Así, existe una relación directamente proporcional entre la pérdida de control y dirección de los procesos decisorios relacionados con las competencias constitucionales y legales de las entidades territoriales y el vaciamiento de sus atribuciones. (ii) En segundo lugar, el análisis de vaciamiento debe estar encaminado a determinar si la limitación en las facultades y atribuciones del órgano territorial, repercute en el objeto institucional de la entidad. A mayor restricción, mayor vaciamiento. (iii) Finalmente, la evaluación no solo debe estar encaminada a definir el nivel de restricción en las competencias de las autoridades públicas, sino también su justificación y razonabilidad. En este sentido, el desplazamiento o traslado de funciones puede tener mayor amplitud en cuanto responda a necesidades o a finalidades constitucionalmente legítimas.

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS PARA ELECCION DE PERSONERO MUNICIPAL-Importancia

INTERVENCION DE LA PROCURADURIA EN LA REALIZACION DE CONCURSO PUBLICO PARA ELECCION DE PERSONEROS-Incompatible con el ordenamiento superior/CONCURSO PUBLICO DE MERITOS DE PERSONEROS MUNICIPALES-Garantía de imparcialidad e independencia/PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Puede intervenir en la vigilancia de los concursos para elección de personeros municipales, pero no sustituir a los propios concejos

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS POR ORGANO DISTINTO AL QUE CORRESPONDE SU ELECCION-Jurisprudencia constitucional/DISGREGACION FUNCIONAL-Reglas jurisprudenciales

Referencia: expedientes D-9237 y D-9238.

Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 35 (parcial) de la Ley 1551 de 2012, modificatorio del Artículo 170 de la Ley 136 de 1994

Actores: José Ignacio Arango Bernal.

Mauro Antonio Higuita Correa

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Bogotá D. C., seis (6) de marzo de dos mil trece (2013)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, profiere la presente sentencia con fundamento en los siguientes

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de inconstitucionalidad

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanosJosé Ignacio Arango Bernal y Mauro Antonio Higuita Correa presentaron, separadamente, demandas contra el Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

1.1. Disposición demandada

A continuación se transcribe el texto del precepto demandada, y se subrayan los apartes acusados:

Ley 1551 de 2012

(julio 6)

Diario Oficial No. 48.483 del 6 de julio de 2012

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los Municipios

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

ARTÍCULO 35. El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

Artículo 170. Elección. Los concejos municipales según el caso, elegirán personeros para periodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su período constitucional, previo concurso público de méritos que realizará la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.

Corresponde a la Procuraduría General de la Nación comunicar a los Concejos Municipales y Distritales los resultados del concurso público de méritos, indicando los respectivos puntajes en estricto orden numérico, hasta agotar la lista de elegibles que tendrá vigencia por el período institucional.

Para ser elegido personero municipal se requiere: En los municipios de categorías especial, primera y segunda títulos de abogado y de postgrado. En los municipios de tercera, cuarta y quinta categorías, título de abogado. En las demás categorías podrán participar en el concurso egresados de facultades de derecho, sin embargo, en la calificación del concurso se dará prelación al título de abogado.

Si en un municipio no se presentan candidatos al concurso de méritos, o ninguno de ellos lo hubiere superado, el Procurador General de la Nación elaborará la lista con los candidatos de los municipios vecinos que figuren en la lista de elegibles de acuerdo al puntaje, siempre y cuando los municipios pertenezcan a la misma categoría. De esta lista, el concejo municipal o distrital respectivo elegirá personero.

En caso de falta absoluta de personero municipal o distrital, el respectivo concejo designará como tal a la persona que siga en la lista, y si no hubiere lista para hacerlo, designará un personero encargado, quien desempeñará el cargo hasta tanto la Procuraduría General de la Nación realice el concurso correspondiente.

Para optar al título de abogado, los egresados de las facultades de Derecho, podrán prestar el servicio de práctica jurídica (judicatura) en las personerías municipales o distritales,

previa designación que deberá hacer el respectivo decano.

Igualmente, para optar al título profesional de carreras afines a la Administración Pública, se podrá realizar en las personerías municipales o distritales prácticas profesionales o laborales previa designación de su respectivo decano". [1]

1.2. Cargos formulados

Los accionantes afirman que la disposición demandada, en los apartes acusados, debe ser declarada inexequible, por vulnerar los siguientes principios, reglas y derechos de orden constitucional:

1.2.1. Principio democrático

En la medida en que según el precepto demandado, los concejos municipales y distritales deben someter la elección de los personeros a los resultados de un concurso efectuado por la Procuraduría General de la Nación, la norma lesiona el principio democrático establecido en los artículos 1, 2, 3, 40 y 209 de la Constitución Política, en los siguientes sentidos:

– Primero, porque se cercenan las competencias constitucionales del órgano de representación democrática por excelencia en los sistemas políticos contemporáneos. En efecto, los concejos abren el espacio al debate y la deliberación pública, así como a la participación de la ciudadanía en los asuntos de mayor trascendencia y relevancia de los municipios y distritos[2].En este contexto, cuando la norma acusada impide que los concejos designen autónomamente a los personeros, y subordina tal decisión a los resultados de un concurso efectuado por un tercer órgano -la Procuraduría General de la Nación-, se bloquea la actuación de las entidades locales y, por esta vía, el principio democrático.

– Segundo, porque debilita la participación ciudadana en la designación de los personeros. En efecto, como la estructura y el funcionamiento de los concejos municipales y distritales incentiva la intervención directa del pueblo, la norma acusada obstaculiza este canal democrático al trasladar la designación del personero a la Procuraduría General de la Nación.

– Tercero, porque en la medida en que los personeros cumplen funciones que

materializan el principio democrático, tales como la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos, su designación debería hacerse a través de mecanismos y procedimientos de esta misma naturaleza, en los que la ciudadanía tenga la posibilidad de incidir directamente, y no a través de fórmulas y sistemas rígidos e inflexibles que alejan al pueblo de tal determinación.

1.2.2. Autonomía de las entidades territoriales

Por otro lado, la disposición impugnada desconoce la autonomía de las entidades territoriales por tres razones:

– Porque sustrae del ámbito de decisión de las autoridades territoriales, y lo traslada a un órgano del orden nacional, un asunto de índole eminentemente local como la designación de los personeros municipales y distritales[3]. Con ello se pasan por alto dos de los componentes fundamentales de la autonomía territorial: la capacidad para gobernarse por autoridades propias, y la potestad para gestionar libremente los asuntos y las problemáticas locales.

– Porque aunque, a la luz de lo dispuesto en el Artículo 118 del texto constitucional, las personerías integran el Ministerio Público y cumplen sus funciones dentro de un sistema de articulación funcional y técnica, no existe ninguna relación jerárquica u orgánica entre éstas y la Procuraduría General de la Nación, ni aquellas son agentes de ésta[4].

– Si lo que pretendía la disposición era adoptar el sistema de méritos, ello ha debido hacerse sin sacrificar la autonomía territorial, dejando en manos de los propios concejos la organización e implementación de los concursos. En otras palabras, no existe ninguna conexidad entre el propósito legítimo de someter la elección de los servidores al modelo meritocrático, y la medida contenida en la disposición demandada de sustraer la elección de los personeros a los concejos, y transferirla a la Procuraduría General de la Nación.

Por las razones expuestas, el precepto acusado vulnera el Artículo 287 de la Constitución Política.

1.2.3. Competencias constitucionales de los concejos para la elección de personero.

La disposición demandada transgrede el Artículo 313.8 de la Carta Política, que atribuye a los concejos municipales y distritales la competencia para "elegir Personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine". Aunque formalmente el precepto acusado no suprime la facultad de los concejos, materialmente sí lo hace, al subordinar sus decisiones a los resultados de un concurso realizado por un tercer órgano. En otras palabras, "el Congreso trató de disfrazar el hecho de que le arrebató las funciones de elección del personero a los concejos en la práctica, dejándoles una función de elección simbólica o notarial para terminar aplicando simplemente los resultados de un concurso de méritos, que aunque en principio garantiza que los mejores accedan a la función pública, no deja de ser violatorio de la Constitución".

1.2.4. Derecho a la igualdad

Por otro lado, la norma acusada vulnera el derecho a la igualdad de quienes aspiran a ocupar los cargos de personeros, ya que mientras que la designación de estos funcionarios es sometida al procedimiento del concurso realizado por la Procuraduría, los demás cargos cuya elección depende de los concejos municipales y distritales, no están sujetos a tal mecanismo.

1.2.5. Modificación del procedimiento constitucional para la elección de los personeros

En la medida en que la Constitución Política se abstuvo de indicar el procedimiento específico para elegir a los personeros, resulta forzoso concluir que la designación de esos funcionarios debe someterse a la lógica decisional general de las corporaciones públicas de elección popular, para que los concejales establezcan un contacto directo con los aspirantes, en orden a apreciar directamente sus calidades, cualidades, destrezas y conocimientos, lo cual permite que cuenten con un alto margen de autonomía y discrecionalidad. Contraviniendo esta dinámica general, la norma demandada impuso un procedimiento rígido e inflexible, ajeno al funcionamiento de estas entidades. En estas circunstancias,"si se quiere que la elección de los personeros distritales y municipales sea a través de un concurso público, deberá modificarse el numeral 8º, del artículo 313 de la Constitución, para indicar que sea por medio del procedimiento que señala la ley".

1.3. Solicitud

De acuerdo con las consideraciones anteriores, los peticionarios solicitan la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones “previo concurso de méritos que realizará la Procuraduría General de la Nación” y “a la Procuraduría General de la Nación”, contenidas en los incisos 1 y 2 del Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

2. Trámite procesal

Mediante Auto del 16 de agosto de 2012, el Magistrado Sustanciador adoptó las siguientes decisiones:

– Admitir la demanda.

– Correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación, para la presentación del correspondiente concepto.

– Fijar en lista la disposición acusada para las respectivas intervenciones ciudadanas.

– Comunicar la iniciación del proceso a la Presidencia de la República, al Congreso de la República, a los Ministerios del Interior y de Justicia y del Derecho, y a la Defensoría del Pueblo.

– Invitar a los decanos de las facultades de derecho de distintas universidades (Rosario, Externado de Colombia, Javeriana, EAFIT, de Antioquia, Santo Tomás de Bucaramanga, del Norte y del Atlántico), y a la Federación Nacional de Municipios, para que emitan concepto técnico sobre la constitucionalidad de la disposición demandada.

3. Intervenciones

3.1. Ministerio del Interior

Mediante escrito presentado a esta Corporación el 4 de septiembre de 2012, el Ministerio del Interior solicitó la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones demandadas, con fundamento en los siguientes argumentos:

– La disposición no elimina la competencia constitucional de los concejos, pues únicamente agrega, como una etapa del proceso de selección de los personeros, el

concurso público de méritos.

– La intervención de la Procuraduría en ese proceso es compatible con la estructura del Ministerio Público establecida en la Carta Política (arts. 118 y 275), ya que los personeros hacen parte de este ente de control y ejercen su función bajo la dirección de aquella.

– El concurso tiene por objeto identificar y seleccionar a quien reúne las calidades para ejercer el cargo de personero, a partir de criterios objetivos, y mediante procesos transparentes y abiertos. Con ello, la media promueve los principios de moralidad, eficacia, imparcialidad, igualdad y publicidad en la administración pública.

3.2. Federación Colombiana de Municipios

Mediante escrito presentado el 6 de septiembre de 2012, la Federación Colombiana de Municipios solicita la declaratoria de inexequibilidad del precepto demandado, por las siguientes razones:

– La facultad para elegir a un servidor público comprende necesariamente la libertad de escogencia y un margen de discrecionalidad y de autonomía para adoptar la decisión. En la medida en que la norma impugnada reduce el papel de los concejos a la mera formalización de una determinación adoptada de antemano por la Procuraduría General de la Nación, termina por desconocer las competencias constitucionales de aquellos.

– La intervención de la Procuraduría en el proceso de elección de los personeros genera una intromisión indebida de las autoridades nacionales en los asuntos locales, ya que los personeros son funcionarios de arraigo y estirpe municipal, cuya designación debe efectuarse por autoridades de su mismo orden territorial. Por esta razón, la medida transgrede la autonomía de las entidades territoriales.

– La estructura del Ministerio Público no justifica la medida legislativa, pues aunque las personerías hacen parte del órgano de control, sus funciones rebasan y trascienden las de la Procuraduría, y tampoco existe una relación jerárquica o de subordinación entre una y otra entidad.

– Los objetivos legítimos de autonomía, independencia e idoneidad para el ejercicio de

funciones públicas que se le atribuyen a la disposición demandada se pueden garantizar mediante otras previsiones que no lesionen la preceptiva constitucional, como el establecimiento de requisitos y estándares más exigentes para el cargo de personero, o la definición de períodos fijos.

3.3. Congreso de la República

Mediante escrito presentado a esta Corporación el 11 de septiembre de 2012, el Congreso de la República solicita la declaratoria de constitucionalidad del precepto impugnado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

– La norma impugnada no lesiona el principio democrático, pues la competencia de los concejos para elegir a los personeros no se elimina, sino que se somete a un procedimiento que asegura el acceso de todas las personas a la función pública y la selección de quienes reúnan las mejores condiciones para el ejercicio del cargo.

– Dado que la autonomía de las entidades territoriales debe ser articulada con el principio de Estado Unitario, que hace necesario un control político centralizado, la medida se enmarca dentro de los principios constitucionales sobre la organización territorial.

– La disposición no vulnera las competencias constitucionales de los concejos, pues éstos conservan su facultad para elegir a los personeros en los términos del Artículo 313 de la Carta Política, pero teniendo en cuenta los resultados del concurso de méritos efectuado por la Procuraduría General de la Nación.

3.4. Universidad Santo Tomás de Bucaramanga.

Mediante escrito presentado a esta Corporación del 26 de septiembre de 2012, la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga solicita la declaratoria de exequibilidad del precepto demandado, por las siguientes razones:

– El concurso de méritos propende por la eficiencia en la gestión administrativa, la participación en la conformación y ejercicio del poder, el derecho a la igualdad, y la transparencia en la administración pública, pues este mecanismo asegura que quienes acceden al cargo tengan las calidades académicas y personales para el cumplimiento de sus funciones, y que sean el mérito y la capacidad los criterios determinantes en la

designación de los funcionarios.

– El control de constitucionalidad debe realizarse a partir del principio de conservación del derecho, orientado a preservar las disposiciones emanadas del legislador como expresión de la voluntad democrática, y a eliminar únicamente aquellas que presentan una incompatibilidad insalvable con la Carta Política. Dado que ordenamiento superior no solo no prohíbe los concursos de méritos, sino que, además, los avala de manera general, la única solución admisible a la luz de este principio es la declaratoria de exequibilidad.

– La medida no transgrede el sistema de distribución de competencias, pues se limita a definir los procedimientos y criterios que deben aplicarse para la selección de los personeros, pero sin desconocer las facultades de los concejos en tal determinación.

Un asunto análogo fue resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-613 de 2012, al considerar que no se transgreden las competencias de la Corte Suprema de Justicia cuando su decisión se condiciona a la lista de elegibles emitida por el Consejo Superior de la Judicatura[5].

3.5. Intervenciones ciudadanas

3.5.1. Solicitud de declaratoria de inexequibilidad

Por fuera del término legal presentaron escritos los ciudadanos Daniel Vásquez Komman, Joselito Silva Millán, José Pérez Moncada, Misael Sánchez Vaca, Nancy Pulido Estrada, Cindy Mayerly Giraldo Calderón, María Camila Bolaños Prieto, Alejandra Sorza Riaño, Viviana Andrea Angarita Forero, Ancizar Conde Tique, Angie Tatiana Triana Buitrago, Tatiana Marcela Montoya Angee, Andrea Morales Castillo, Kely Tatiana Cruz López, Lubny Jhoana rayo Pinilla, David Fabián Cifuentes Téllez, Jhonnathan Reinaldo Riveros López, Diana Yolima Paredes, Jair Alberto Oñate Reales y Leonel Arnulfo Rodríguez Melo, en los que igualmente se solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del precepto demandado por Jorge Ignacio Arango Bernal.

En ambos casos, algunos de los intervinientes omitieron la presentación personal de los memoriales.

Los escritos reiteraron los argumentos planteados por el actor Jorge Ignacio Arango Bernal, y añadieron los siguientes:

– La medida impugnada en la demanda desconoce el derecho al sufragio, en cuanto transfiere las competencias electorales del concejo, órgano cuyos integrantes son designados democráticamente a través del voto, a una tercera entidad como la Procuraduría General de la Nación.

– La norma vulnera el Artículo 136 del texto constitucional, que prohíbe al Congreso interferir en asuntos de competencia privativa de otras autoridades.

– La disposición infringe el Artículo 278 de la Carta Política, que establece de manera taxativa las funciones de la Procuraduría General de la Nación, ninguna de las cuales comprende su intervención en la elección de los personeros municipales y distritales.

– Aunque la participación de la Procuraduría en el proceso de selección de los personeros puede ser conveniente, el Artículo 313 del ordenamiento superior excluye clara e inequívocamente esta posibilidad.

3.5.2. Solicitud de declaratoria de exequibilidad

Mediante escrito presentado a esta Corporación el 11 de septiembre de 2012, los ciudadanos Johnathan Parra Cruz y Nini Johana Rincón Indarraga solicitan la declaratoria de constitucionalidad del precepto demandado, con base en los siguientes argumentos:

– La implementación de concursos de méritos favorece la institucionalidad, tanto de los concejos como de las personerías, pues libera a aquellos de las prácticas clientelistas que afectan su legitimidad, y asegura el correcto funcionamiento de estas últimas.

– La intervención de la Procuraduría se justifica constitucionalmente. De un lado, la designación de los personeros mediante concursos de méritos realizados por una entidad independiente, permite el acceso a la ciudadanía a la función pública en condiciones de igualdad, garantiza la imparcialidad y la transparencia en el respectivo proceso, y excluye la utilización de criterios subjetivos, caprichosos e inaceptables, vinculados al favorecimiento político, el patronato y el clientelismo. Por otro lado, dada la coincidencia material entre las funciones de la Procuraduría General de la Nación y las de los personeros,

aquella tiene la idoneidad para realizar el concurso de méritos. Finalmente, su mediación se circunscribe al diseño y ejecución del concurso, y no implica su injerencia en los planes de gobierno ni en las demás decisiones de los concejos municipales y distritales.

4. Concepto de la Procuraduría General de la Nación

Mediante escrito presentado a esta Corporación el 8 de octubre de 2012, la Procuraduría General de la Nación solicita la declaratoria de exequibilidad del precepto acusado, por las siguientes razones:

– La norma desarrolla y concreta la exigencia constitucional de designar a los servidores públicos a través del concurso público de méritos, mecanismo orientado a vincular a la administración pública a quienes tienen las mejores condiciones, y a asegurar la transparencia y objetividad en el proceso de selección[6].

– El concurso público asegura la independencia y autonomía que por mandato constitucional deben tener los personeros frente a las autoridades de las entidades territoriales.

– La atribución de la Procuraduría prevista en la disposición acusada no afecta las competencias de los concejos, pues la labor de aquellas e limita a identificar a quienes tienen las mejores condiciones para desempeñarse como personeros. Adicionalmente, dada la independencia que la caracteriza, es el organismo mejor calificado para adelantar el procedimiento.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

De acuerdo con el Numeral 4º del Artículo 241 de la Carta Política, esta Corte es competente para conocer y pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto demandado, en cuanto se trata de una disposición de naturaleza y rango legal.

2. Cuestiones a resolver

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, esta Corporación debe resolver las

siguientes cuestiones:

En primer lugar, dado que las demandas de inconstitucionalidad cuestionan algunos apartes normativos del Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, en cuanto establecen el concurso de méritos a cargo de la Procuraduría General de la Nación para la designación de los personeros municipales, pero que esta misma hipótesis se encuentra prevista en otros apartes normativos no demandados de ese artículo, se debe determinar si en esta oportunidad hay lugar a la conformación de la unidad normativa.

En segundo lugar, se debe establecer si la previsión de un concurso público de méritos como instancia previa a la elección de los personeros municipales y distritales, es incompatible con el principio democrático, con el derecho a la igualdad, y con el procedimiento constitucional para la designación de estos servidores.

En tercer lugar, se debe definir si la atribución de competencias a la Procuraduría General de la Nación para adelantar los concursos entre los candidatos a personeros, desconoce el principio democrático, la autonomía de las entidades territoriales y las competencias constitucionales de los concejos.

A continuación, la Corte abordará los referidos asuntos.

3. La conformación de la unidad normativa

Tal como se indicó anteriormente, los accionantes demandan únicamente algunos apartes de los incisos 1º y 2º del Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, que ordenan a la Procuraduría General de la Nación realizar un concurso público de méritos entre los candidatos a ocupar los cargos de personeros municipales y distritales. Aunque otros apartes del inciso 2, y los incisos 4 y 5 del mismo Artículo se refieren a la misma hipótesis, ninguna de las demandas recae sobre estas otras previsiones normativas.

Por tal motivo, corresponde a la Corte establecer si hay lugar a la conformación de la unidad normativa. Con tal propósito, a continuación se recordarán los estándares jurisprudenciales en esta materia, y posteriormente se resolverá la cuestión planteada en el caso particular.

3.1. Las líneas jurisprudenciales sobre la conformación de la unidad normativa

Esta Corporación ya se ha pronunciado sobre el concepto, la justificación y las condiciones para la conformación de la unidad normativa, de la siguiente manera[7]:

– El fenómeno se presenta cuando el juicio de constitucionalidad recae sobre preceptos legales que no fueron objeto de la demanda que le da origen, pero que en virtud de su relación y conexidad con los que sí lo fueron, requieren de un pronunciamiento conjunto sobre todas ellos para evitar un fallo inhibitorio o ineficaz.

– Este mecanismo tiene una doble justificación: Por un lado, tiene fundamento expreso en el derecho positivo, pues el Artículo 6.3 del Decreto 2067 de 1991 dispone que "la Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencias las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales".

Por otra parte, se ampara en la supremacía constitucional y en la función del juez constitucional de garantizar su integridad y prevalencia dentro del ordenamiento jurídico. En efecto, en algunas ocasiones se demanda una disposición cuyo sentido y alcance únicamente es comprensible a la luz de otro que no fue demandado, de modo tal que, de no efectuarse la integración, no sería posible adelantar el juicio de compatibilidad normativa y, por consiguiente, el precepto quedaría exento de control constitucional. En un sentido semejante, cuando el contenido de una disposición que ha sido demandada, se encuentra reproducido en otra que no lo ha sido, un pronunciamiento del juez sobre su validez carecería de utilidad y efectos jurídicos si no se procede a la integración: en caso de declararse la inexequibilidad, la cláusula no impugnada seguiría desplegando sus efectos jurídicos; y en caso contrario, cuando se declara la exequibilidad, la medida no demandada aún podría ser impugnada. En cualquiera de estas hipótesis la ausencia de integración compromete la supremacía constitucional.

– De acuerdo con esto, la Corte ha admitido la figura en tres hipótesis: (i) Cuando se demanda una disposición que individualmente considerada carece de un significado y un sentido claro y unívoco, y cuya comprensión y aplicación requiere su integración con otro precepto no demandado[8]; (ii) Cuando el contenido de una disposición impugnada se encuentra reproducido en otras no demandadas, y se requiere un pronunciamiento de fondo sobre todos ellos para evitar que el fallo sea inocuo[9]; y (iii) Cuando la norma demandada

se encuentra intrínsecamente relacionada con otra que, a pesar de no haber estado comprendida dentro de la demanda, presenta serias dudas de constitucionalidad[10].

– La aplicación de esta figura es excepcional por dos razones: Por una parte, porque, en cierta medida, implica un control oficioso del ordenamiento jurídico, en la medida en el juicio de validez recae sobre disposiciones que no fueron expresamente demandadas. Y por otra parte, porque restringe el carácter participativo de las acciones de inconstitucionalidad, en cuanto los intervinientes en el proceso no tienen la oportunidad de pronunciarse sobre los preceptos con los que se conformó la unidad y no fueron demandados. Por tal razón, la interpretación de las causales anteriores debe ser restrictiva[11].

3.2. La conformación de la unidad normativa entre los incisos 1 y 2 y los incisos 4 y 5 del Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

Las pautas anteriores permiten concluir que en esta oportunidad hay lugar a la integración normativa, en virtud de la conexidad temática entre los apartes demandados del Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, y aquellos que no lo fueron, pero que se refieren al concurso público de méritos y su conducción por la Procuraduría General de la Nación.

En efecto, el inciso 2 dispone que “corresponde a la Procuraduría General de la Nación comunicar a los concejos Municipales y Distritales los resultados del concurso público de méritos, indicando los respectivos puntajes en estricto orden numérico, hasta agotar la lista de elegibles que tendrá vigencia por el período institucional”.

Por su parte, el inciso 4 dispone que “Si en un municipio no se presentan candidatos al concurso de méritos, o ninguno de ellos lo hubiere superado, el Procurador General de la Nación elaborará la lista con los candidatos de los municipios vecinos que figuren en la lista de elegibles de acuerdo al puntaje, siempre y cuando los municipios pertenezcan a la misma categoría. De esta lista, el concejo municipal o distrital respectivo elegirá personero”.

Finalmente, el inciso 5 establece que “en caso de falta absoluta de personero municipal o distrital, el respectivo concejo designará como tal a la persona que siga en lista, y si no hubiere lista para hacerlo, designará un personero encargado, quien desempeñará el cargo

hasta tanto la Procuraduría General de la Nación realice el concurso correspondiente".

Como puede observarse, estos incisos regulan tres hipótesis específicas:

– El inciso 2 se refiere al deber de la Procuraduría de comunicar los resultados del concurso a los concejos, y al contenido mínimo de tal comunicación.

– El inciso 4 regula la hipótesis de la inexistencia de candidatos a personero, disponiendo que tal ausencia se suple con los que se encuentran en los municipios vecinos que pertenezcan a la misma categoría.

– El inciso 5 se refiere a la falta absoluta de personero, ordenando la elección de los candidatos que siguen en la lista de elegibles, y en caso de no existir, la designación provisional de un encargado mientras se efectúa un nuevo concurso.

Aunque los apartes normativos señalados tienen un contenido diverso al de las disposiciones demandadas, existe un vínculo material y una conexidad temática entre ellos, en la medida en que estas últimas parten del supuesto de la realización del concurso por parte de la Procuraduría: el inciso 2 establece el deber de esta entidad de enviar la lista de elegibles al concejo, y tal deber tiene como presupuesto esencial la práctica de dicho procedimiento; el inciso 4 dispone que cuando no existen candidatos, el concurso se efectúa con los que se encuentran en municipios vecinos; de nuevo, esta regla supone necesariamente el mencionado procedimiento; y el inciso 5 determina que la falta absoluta de personero se subsana con la designación del candidato subsiguiente de la lista de elegibles; como es natural, esta lista resulta del concurso de méritos.

De este modo, como todas estas normas parten del supuesto fundamental de que la designación de personeros está en función del concurso de méritos realizado por la Procuraduría, se debe integrar la unidad normativa, con el objeto de garantizar los efectos jurídicos del fallo de constitucionalidad.

4. La constitucionalidad del concurso público de méritos

El primero de los cuestionamientos que se han presentado apunta a demostrar la incompatibilidad entre la preceptiva constitucional yla previsión de un concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales. Esta acusación se

estructura a partir de dos ejes fundamentales: Por un lado, el demandante y algunos intervinientes consideran que la medida se opone a la dinámica decisional de los concejos, en la que las determinaciones son precedidas, no de procedimientos rígidos y formalizados, sino de mecanismos abiertos de deliberación y discusión pública, que permiten visibilizar, identificar y materializar la voluntad popular; en estas circunstancias, la introducción de una institución extraña y ajena a la lógica natural de las corporaciones públicas de elección popular, termina por desconocer tanto el principio democrático, como el trámite constitucional para la elección de los servidores públicos. Por otro lado, se argumenta que la norma es contraria al principio de igualdad, en tanto la designación de otros servidores públicos a cargo de los concejos no está precedida del concurso.

Por su parte, el Ministerio del Interior, el Congreso de la República, la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga y la Procuraduría General de la Nación sostienen la tesis contraria, sobre la base de dos argumentos: de un lado, se afirma que independientemente de las prácticas y costumbres institucionales de las corporaciones públicas, expresamente el ordenamiento superior prevé el concurso público de méritos como mecanismo general de acceso a la función pública, por lo que carece de justificación sustraer de tal exigencia a los personeros. Y en segundo lugar, se justifica la medida legislativa a partir de las finalidades del concurso, relacionadas con la consecución de los fines estatales y la garantía de los derechos al trabajo y de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

En este contexto, se debe definir si someter la designación de los personeros a los resultados de un concurso público de méritos, es incompatible con la dinámica decisional de las corporaciones públicas a cuyo cargo está la elección y si, como consecuencia de ello, la norma lesiona el principio democrático y el procedimiento constitucional de elección.

Para responder este cuestionamiento se seguirá el siguiente procedimiento:

– En primer lugar, se identificarán las reglas jurisprudenciales de esta Corporación sobre el concurso público de méritos como mecanismo de acceso a la función pública, incluso a los cargos que no son de carrera.

– En segundo lugar, se examinará si estos precedentes son aplicables a la presente hipótesis, teniendo en cuenta que en esta oportunidad la elección corresponde a una corporación pública de elección popular, cuya lógica decisional tradicionalmente responde a

dinámicas abiertas de deliberación y debate público, y no a procedimientos altamente formalizados.

4.1. Los precedentes constitucionales sobre el concurso público de méritos en los cargos que no son de carrera

La Corte ha sostenido de manera clara, inequívoca e invariable, que en la medida en que la Carta Política propende por un sistema meritocrático de vinculación de las personas al servicio público, el concurso debe ser el mecanismo regular de incorporación a los empleos y cargos del Estado. De esta directriz se han derivado dos consecuencias específicas: por un lado, el ingreso y el ascenso a los cargos de carrera debe ser el resultado de procedimientos de esta naturaleza; en estos casos, por tanto, el procedimiento es obligatorio. Por otro lado, con respecto a los servidores públicos que no son de carrera, aunque el concurso no constituye un imperativo, es constitucionalmente admisible, excepción hecha de quienes son elegidos a través del sufragio.

Distintos argumentos apoyan esta conclusión. En primer lugar, el Artículo 125 de la Carta Política establece que los funcionarios del Estado deben ser nombrados por concurso público, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y que el ingreso y el ascenso en la misma debe efectuarse mediante dicho procedimiento. Como puede advertirse, la obligatoriedad de este sistema en los cargos de carrera no excluye su utilización en aquellos que no tienen este carácter. Por el contrario, como según el texto constitucional el concurso es la regla general, las excepciones que se establezcan en el derecho positivo deben estar respaldadas y justificadas en los principios y fines del propio ordenamiento constitucional.

En segundo lugar, la Carta Política no solo avala este tipo de procedimiento para la elección de funcionarios de libre nombramiento y remoción y de los que se encuentran sometidos a un período fijo (como los personeros), sino que además, sus finalidades justifican su aplicación en las hipótesis que cuestiona el demandante. Por un lado, este mecanismo de vinculación facilita y promueve la consecución de los fines estatales, en la medida en que su objeto es justamente la identificación de las personas que reúnen las condiciones para ejercer óptimamente el respectivo cargo, y que por tanto, pueden contribuir eficazmente a lograr los objetivos y metas de las entidades públicas. Por otro

lado, por tratarse de procedimientos abiertos, reglados y formalizados, en los que las decisiones están determinadas por criterios y pautas objetivas, garantizan los derechos fundamentales de acceso a la función pública, el debido proceso en sede administrativa, y al trabajo. Finalmente, por excluir las determinaciones meramente discrecionales y ampararse en criterios imparciales relacionados exclusivamente con la idoneidad para ejercer los cargos en las entidades estatales, aseguran la transparencia en la actuación del Estado y el principio de igualdad[12].

En otras palabras, el concurso para la provisión de cargos de servidores públicos que no son de carrera se encuentra avalado en virtud del reconocimiento constitucional explícito y en razón de los fines estatales y los derechos fundamentales por cuya realización propende.

Esta regla ha sido reiterada por la Corte en distintas oportunidades. En primer lugar, en el contexto de las empresas sociales del Estado. Siguiendo la misma lógica de los directores y gerentes de las demás entidades descentralizadas por servicios en los niveles nacional, departamental y municipal o distrital, el Artículo 192 de la Ley 100 de 1993 dispuso que los directores de las empresas sociales del Estado deben ser elegidos por el jefe de la entidad territorial a la que pertenecen, es decir, por el Presidente de la República, por el gobernador, o por el alcalde, según el caso. Pese a lo anterior, el Artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 ordenó que tal determinación sea precedida de un concurso de méritos, de cuya lista de elegibles se conforma la terna por parte de la Junta Directiva. En la Sentencia C-181 de 2010[13], la Corte consideró que este concurso no solo era constitucionalmente admisible, sino que además, en virtud de sus efectos vinculantes, la disposición debía ser entendida en el sentido de que la terna "deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso público de méritos; de que el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero".Este condicionamiento es consistente con la tesis que previamente se había sostenido en sede de tutela. Así, en la Sentencia T-329 de 2009[14], por ejemplo, se examinó la validez de la elección de un director de una ESE, que había estado antecedida de un concurso; en este fallo se reconoció el valor y los efectos vinculantes de

tales procedimientos, y se afirmó que también la selección de los funcionarios que no son de carrera puede estar sometida a sistemas de esta naturaleza. Esta misma línea se siguió en la Sentencia T-715 de 2009[15].

La misma regla también ha sido reiterada con respecto al personal de libre nombramiento y remoción que hace parte de las Misiones en el Exterior, y cuya designación corresponde al Presidente de la República. En efecto, el Artículo 83 del Decreto 274 de 2000 dispuso que el gobierno nacional debe nombrar al personal que presta servicios especializados a las Misiones en el Exterior, en las categorías de agregado, consejero especializado, adjunto y asesor. En la Sentencia C-312 de 2003[16], este tribunal sostuvo expresamente que esta condición no obsta para que la determinación se sujete a los resultados de un concurso de méritos.

Finalmente, se ha seguido este precedente en el contexto de los establecimientos públicos del orden nacional. El Artículo 305.13 de la Carta Política ordena que la designación de los gerentes o jefes seccionales de estas entidades se haga por los gobernadores, de ternas conformadas por el director nacional. En la Sentencia T-1009 de 2010[17] la Corte examinó un caso en el que la integración de la terna resultó de un concurso público de méritos; aunque en esta oportunidad el debate giró en torno a la fuerza vinculante de la lista de elegibles, expresamente se admitió la posibilidad de que la elección de funcionarios que no son de carrera, se subordine a los resultados del mencionado procedimiento.

En definitiva, el concurso público de méritos es el mecanismo general de vinculación al sector público, incluso respecto de los cargos que no son de carrera, con excepción de quienes son elegidos a través del sufragio.

4.2. Los concursos para la elección de personeros.

En el expediente D-9238, el accionante afirma que, en este caso particular, la realización del concurso para la elección de los personeros municipales y distritales, debilita el principio democrático, pasa por alto el procedimiento constitucional de elección de los personeros, y desconoce el derecho a la igualdad de quienes pretenden acceder a los cargos cuya elección depende de los concejos, pero respecto de los cuales no se ha previsto este sistema. En otras palabras, las particularidades y especificidades de la designación de estos funcionarios, haría inaplicable el precedente anterior.

La Corte considera que este argumento no es de recibo. En primer lugar, no se encuentra ninguna diferencia relevante entre los elementos tenidos en cuenta para la formulación de la regla jurisprudencial anterior y la hipótesis examinada esta oportunidad.

Como se explicó anteriormente, la Corte ha afirmado que la elección de funcionarios que no son de carrera, por parte de órganos a los que el derecho positivo les atribuye la correspondiente competencia, puede estar precedida de concurso público, incluso cuando el órgano es de representación popular. De este modo, la regla parte de los siguientes supuestos:

– En primer lugar, se trata de empleos que no son de carrera, o bien por ser de libre nombramiento y remoción, o bien por estar sometidos a un período fijo, como ocurre con los directores de las Empresas Sociales del Estado, con el personal de las Misiones en el Exterior y con los directores de los establecimientos públicos del orden nacional.

– Y segundo lugar, se trata de cargos cuya provisión corresponde, según el derecho positivo, a un órgano de representación popular, como el Presidente de la República, los gobernadores o los alcaldes.

Ahora bien. Podría argumentarse que el rol particular de los personeros dentro de los municipios y distritos, o que el carácter deliberativo de las corporaciones públicas, excluye la aplicación del precedente.

No obstante, esta especificidad no justifica la exclusión de la regla jurisprudencial. Por un lado, de acuerdo con los artículos 118 y 277 de la Carta Política, a los personeros corresponde la promoción, la divulgación y la defensa de los derechos humanos, y la veeduría y vigilancia de la conducta de los servidores públicos municipales y distritales; la importancia de estas funciones, y el control que deben ejercer sobre los órganos del orden territorial justifican una elección reglada y no necesariamente una decisión discrecional que pueda comprometer la independencia y la imparcialidad de la persona que resulte favorecida. De este modo, el rol y las funciones del personero, antes que excluir la aplicación del precedente anterior, refuerzan la necesidad de apelar a este tipo de procedimientos.

Por otro lado, el carácter de corporación pública de elección popular que ostentan los

concejos municipales y distritales, tampoco explica la inaplicación del precedente. En efecto, las dinámicas deliberativas se predican de su rol político y normativo, relacionado con el control a la actividad gubernamental, y con la expedición de los planes y programas de desarrollo, de los tributos y los gastos locales, del presupuesto de rentas y gastos, de la reglamentación del uso del suelo, entre otras; los demás roles que asume no necesariamente responden a esta metodología. Adicionalmente, la independencia que debe caracterizar al personero con respecto a los concejos, cuya actividad controla y supervisa, aconsejan un procedimiento formalizado y reglado, en el que las decisiones se adoptan a partir de criterios y pautas objetivas.

En definitiva, la regla jurisprudencial que avala el concurso público de méritos como instancia previa a la elección de los funcionarios que no son de carrera, es perfectamente aplicable al caso que se examina en esta oportunidad. Esto en modo alguno significa que los concejales deban ser elegidos necesariamente por este mecanismo, sino únicamente que su adopción se encuentra dentro del marco de libertad de configuración del legislador.

4.3. Examen de los cargos formulados por el demandante

Pero aún en gracia de la discusión, y suponiendo que el precedente anterior fuese inaplicable, los cargos formulados por el demandante no ponen en evidencia la inconstitucionalidad del precepto acusado.

En este sentido, encuentra la Corte que las consideraciones relativas a la anulación del principio democrático y al desconocimiento del procedimiento constitucional de elección, por bloquear la dinámica natural de las corporaciones públicas como órganos que canalizan y representan la voluntad general, no son de recibo.

En primer lugar, no es cierto que la previsión normativa modifique el procedimiento constitucional de designación de los personeros. El Artículo 313 de la Carta Política establece las competencias del concejo, y en este marco dispone que debe “elegir personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine”. Se trata entonces de una norma de orden competencial, que únicamente atribuye a este órgano la función de elegir ciertos servidores públicos, pero que en modo alguno puede ser entendida como una norma procedimental, que fije el trámite para atender esta

responsabilidad. En otras palabras, la disposición únicamente define la competencia del concejo, más no el procedimiento mediante el cual se materializa.

En segundo lugar, la suposición de que las corporaciones públicas deben deliberar y decidir discrecional y libremente, en tanto están integradas por personas que representan y actúan en nombre de la voluntad general, parte de una noción restringida del principio democrático.

En efecto, originalmente se radicó la legitimidad del sistema político en la voluntad de la mayoría, expresada a través del sufragio. Se postula entonces un sistema representativo, en el que la conducción política está en cabeza de quienes han sido elegidos a través del voto como auténticos representantes de la voluntad general; de igual modo, se concentra la atención en el sufragio como acto fundamental y decisivo que materializa el interés colectivo; y finalmente, se trata de un modelo formalista, en cuanto hace depender el sistema político de los intereses, necesidades e intereses de la mayoría, independientemente de su contenido.

No obstante, a esta formulación original se han superpuesto otros modelos alternativos de democracia.

Así, frente a las denominadas “democracias procedimentales”, se habla hoy en día de “democracias sustanciales”[18], para las que los “contenidos mínimos”, relacionados con el reconocimiento de un catálogo relativamente amplio de derechos fundamentales, normalmente positivizados en los textos constitucionales, constituye el eje vertebral de la organización política y social. Como consecuencia de ello, mientras el modelo estándar proyecta su atención en los procedimientos mediante los cuales se identifica la voluntad popular, en éste se destaca la importancia de estos contenidos, a los cuales se debe sujetar cualquier sistema político, e incluso la voluntad popular.

En otro sentido, la denominada “democracia deliberativa”[19] afirma que no solo debe tener en cuenta el querer y el interés general expresado mediante el sufragio, sino, fundamentalmente, la deliberación colectiva que antecede a dicha expresión, y, muy especialmente, los procedimientos que canalizan la discusión y el debate público. No es el voto en sí mismo lo que le confiere valor a la organización política, sino la forma en que se conforma la voluntad, a través del diálogo y la discusión colectiva.

Y frente a la “democracia representativa”, en la que se asume que la voluntad popular se canaliza a través de representantes elegidos por medio del sufragio, la “democracia participativa” destaca la necesidad de que los actores sociales se involucran directamente en la dinámica política, social y económica, y gestionen sus intereses sin la mediación de otros agentes políticos.

La Carta Política postula el principio democrático en términos amplios y generosos, sin adherirse a ningún modelo en particular. A lo sumo, en contextos o escenarios específicos, confiere prevalencia a algún u otro elemento destacado por estos paradigmas, pero en términos generales asume que estos no son excluyentes entre sí, y que más bien la actividad estatal debe encaminarse a su articulación y armonización.

Es en este marco más amplio que debe examinarse el cargo por la vulneración del principio democrático. En consonancia con los postulados de la democracia participativa, el concurso público de méritos materializa la intervención ciudadana en distintos sentidos: de un lado, porque cualquier persona que cumpla los requisitos y condiciones para ejercer el cargo de personero, puede tomar parte en el respectivo proceso de selección; esta apertura no es propia ni característica de las dinámicas informales en las que discrecionalmente los concejos conforman su repertorio de candidatos. Y de otro lado, porque como se trata de un procedimiento público y altamente formalizado, cualquier persona puede hacer el seguimiento respectivo, y detectar, informar y controvertir las eventuales irregularidades. En definitiva, la publicidad, transparencia y formalización del proceso incentivan la participación ciudadana. Se trata de un proceso democrático, no en tanto se delega en los representantes de la ciudadanía la conducción política, sino en tanto la ciudadanía interviene activamente y controla la actividad estatal.

Además, el concurso es coherente con los postulados de la democracia sustancial, pues las determinaciones en torno a la integración de las entidades estatales se estructuran alrededor de los derechos fundamentales a la igualdad, a la participación en la función pública y al debido proceso. La garantía de estos derechos no se deja librada al juego de las mayorías, sino que constituye el presupuesto fundamental, el referente y la finalidad de la actividad estatal.

Por tal motivo, las acusaciones en torno al debilitamiento del principio democrático

tampoco son procedentes.

Finalmente, los cargos por la presunta vulneración del principio de igualdad no admiten un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación. En efecto, el demandante en el expediente D-9238 argumenta que la medida legislativa lesiona este derecho de los demás servidores públicos que son designados por el concejo, y cuya elección no está precedida del concurso.

Como puede observarse, el actor alega una omisión legislativa, en la medida en que la ley dejó de prever este sistema respecto de los demás servidores nombrados por estos órganos. No obstante, no indica cuáles son esos funcionarios, ni mucho menos por qué debían tener el mismo tratamiento jurídico. Como quiera que según reiterada jurisprudencia de esta Corporación, las demandas de inconstitucionalidad fundadas en una omisión normativa deben señalar el contenido normativo vinculado con la omisión, la insuficiencia normativa, su alcance y sus efectos jurídicos[20], la Corte se abstendrá de pronunciarse sobre este cargo.

De acuerdo con esto, la Corte concluye que los cargos de las demandas encaminados a cuestionar la validez de los concursos públicos de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, no están llamados a prosperar, y por tanto, se declarará la constitucionalidad, por este concepto, de las previsiones normativas acusadas.

5. Análisis sobre la constitucionalidad de la intervención de la Procuraduría General de la Nación en el concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales

El segundo de los cuestionamientos que se han identificado en este proceso apunta a demostrar la inconstitucionalidad, no del concurso público de méritos como tal, sino de la intervención en el mismo de la Procuraduría General de la Nación. La objeción se funda en la consideración de que la medida legislativa, aunque formalmente no suprime la competencia de los concejos, materialmente la traslada a otro órgano, en tanto los resultados del concurso diseñado y ejecutado por este tercero, no dan lugar a ningún margen decisional para quien, de acuerdo con la Constitución, debe hacer la elección. Esta anulación no solo es intrínsecamente incompatible con el sistema de distribución de competencias establecido en el ordenamiento superior, sino que, además, lesiona el

principio democrático, por debilitar al órgano de representación democrática del nivel local, y la autonomía de las entidades territoriales, por transferir a un órgano del orden nacional, el poder decisorio sobre asuntos de naturaleza eminentemente local.

En contraste, los intervinientes que defienden la constitucionalidad del precepto legal, siguen dos líneas argumentativas: Por un lado, sostienen que en, estricto sentido, la intervención de la Procuraduría General de la Nación no afecta la competencia de los concejos, pues no solo se produce en un momento anterior a la elección, sino que, además, como se trata de un procedimiento reglado y formalizado, que deja un margen de discrecionalidad estrecho y limitado a quien lo diseña y ejecuta, la asignación de tal función a uno u otro órgano es una cuestión accesoria y secundaria, sin la potencialidad para interferir con las atribuciones del concejo.

La otra línea argumentativa, en cambio, reconoce la limitación competencial, pero considera que la misma se encuentra justificada a la luz de principios de orden constitucional. Se sostiene en esta línea que, en la medida en que las personerías integran el Ministerio Público, el cual debe actuar coordinadamente y bajo la dirección de la Procuraduría General de la Nación, tiene pleno sentido que sea dicha entidad la que dirija los concursos públicos. Además, la independencia y autonomía que deben tener los personeros respecto de las autoridades locales se garantiza cuando el procedimiento es organizado y gestionado, no por las mismas autoridades locales que serán monitoreadas, sino por un ente externo como la Procuraduría General de la Nación. Y finalmente, la autonomía de las entidades territoriales no es un principio absoluto, sino que debe ser articulado con el principio del Estado unitario.

De acuerdo con estos planteamientos, corresponde a este tribunal establecer si la realización del concurso público para la elección de los personeros por la Procuraduría General de la Nación, desconoce las competencias constitucionales de los concejos, y como consecuencia de ello, el principio democrático y la autonomía de las entidades territoriales.

Para resolver esta cuestión se seguirá el siguiente procedimiento:

– En primer lugar, se recordarán las pautas fundamentales sobre el vaciamiento de competencias, en el contexto de las relaciones entre la Nación y las entidades territoriales.

– En segundo lugar, a la luz de las pautas anteriores, se establecerá si la intervención de la Procuraduría en el proceso de elección de los personeros, vacía de contenido la atribución constitucional de los concejos, en detrimento de la autonomía de las entidades territoriales.

5.1. El vaciamiento de competencias en el contexto de las relaciones entre la Nación y las entidades territoriales

En la medida en que la Carta Política reconoce tanto el Estado unitario como la autonomía de las entidades territoriales, esta Corporación ha identificado una serie de pautas para establecer los casos en que se desconoce el núcleo fundamental de alguno de estos principios y, en particular, para identificar los casos de vaciamiento de las competencias de las entidades territoriales.

Así, se ha desarrollado lo que puede denominarse como un "test de vaciamiento", que comprende las siguientes reglas:

– En primer lugar, se produce un vaciamiento de competencias cuando el órgano del ente territorial pierde el control y el direccionamiento de la actividad administrativa que originalmente detenta por atribución constitucional o legal[21]. Así, existe una relación directamente proporcional entre la pérdida de control y dirección de los procesos decisorios relacionados con las competencias constitucionales y legales de las entidades territoriales yel vaciamiento de sus atribuciones.

– En segundo lugar, el análisis de vaciamiento debe estar encaminado a determinar si la limitación en las facultades y atribuciones del órgano territorial, repercute en el objeto institucional de la entidad[22]. A mayor restricción, mayor vaciamiento.

– Finalmente, la evaluación no solo debe estar encaminada a definir el nivel de restricción en las competencias de las autoridades públicas, sino también su justificación y razonabilidad. En este sentido, el desplazamiento o traslado de funciones puede tener mayor amplitud en cuanto responda a necesidades o a finalidades constitucionalmente legítimas[23].

5.2. El vaciamiento de la competencia de los concejos para designar a los personeros municipales y distritales

De acuerdo con esto, la Corte pasa a examinar el caso particular, en la medida en que, por un lado, el Artículo 313.8 del texto constitucional expresamente dispone que a los concejos les corresponde "elegir personero para el período que fije la ley (…)", y por otro, el precepto demandado ordena que la Procuraduría General de la Nación efectúe un concurso entre los candidatos respectivos.

Teniendo en cuenta las pautas anteriores, la Corte encuentra que se desconocen las atribuciones constitucionales de los órganos encargados de la elección de un servidor público que no es de carrera, cuando por vía legal se dispone que la decisión debe estar precedida de un concurso público gestionado por un tercer órgano que pertenece a otro nivel territorial. Por este motivo, la función de la Procuraduría de realizar los concursos de méritos entre los candidatos a personero, vacía de contenido la atribución de los concejos municipales y distritales de hacer la elección.

En primer lugar, aunque la elección de servidores públicos supone la realización de un procedimiento complejo que comprende distintas instancias de diversa índole, el concurso público de méritos constituye la fase medular de todo el proceso. Esto se explica por su carácter vinculante, en la medida en que por regla general, quien obtiene la mejor calificación y ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, tiene derecho a acceder al respectivo cargo, de modo que el ente nominador debe atenerse al orden de prelación allí previsto. En otras palabras, se trata de la etapa vertebral de la selección, en cuanto el contenido de las decisiones en torno a la designación, están en función de sus resultados.

Por tal motivo, cuando la etapa fundamental de un proceso electivo que constitucionalmente se atribuye a una entidad territorial, se transfiere a otra del orden nacional por vía legal, se vacía de contenido la competencia constitucional. Esto significa que la disposición acusada limita la intervención de los concejos a la formalización y oficialización de una decisión predeterminada por una tercera entidad del orden nacional, como la Procuraduría General de la Nación.

Por esta razón, como dentro de la arquitectura constitucional la designación de autoridades públicas tiene un papel sustancial dentro de las entidades territoriales, no puede ser

transferida integralmente a un ente del orden nacional, ni mucho menos puede ser considerada como una atribución accesoria y secundaria. Por tal motivo, la función asignada a la Procuraduría General de la Nación, es incompatible con el ordenamiento superior.

5.3. La garantía de imparcialidad e independencia en los concursos públicos de mérito

De los antecedentes legislativos y de lo expresado por algunos de los intervinientes en este proceso puede colegirse que la decisión de atribuir la realización de los concursos para la elección de los personeros municipales y distritales a la Procuraduría General de la Nación tenía el propósito de asegurar la independencia y la transparencia en dicho trámite. Sin embargo, la medida que la Corte encuentra contraria a la Constitución no era indispensable para la obtención del aludido propósito.

Así, observa la Corte que, como el diseño y la realización del concurso previsto en la ley debe sujetarse a los estándares generales que la jurisprudencia constitucional ha identificado en esta materia, los cuales aseguran el acceso a la función pública, el derecho a la igualdad y el debido proceso, los objetivos de transparencia e independencia que pretendían garantizarse con la atribución de competencias a la Procuraduría, se pueden obtener sin sacrificar la competencia de los concejos.

De este modo, los concursos previstos en la ley deben conformarse como procedimientos abiertos en los que cualquier persona que cumpla los requisitos de ley tenga la posibilidad efectiva de participar y en los que los concejos no tengan la facultad, ni directa, ni indirecta, de definir previamente un repertorio cerrado de candidatos. Es decir, debe existir una convocatoria pública que permita conocer de la existencia del proceso de selección, así como las condiciones para el acceso al mismo. De igual modo, tanto los exámenes de oposición como la valoración del mérito deben tener por objeto directo la identificación de los candidatos que se ajustan al perfil específico del personero. Esto significa, por un lado, que los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional deben tener una relación directa y estrecha con las actividades y funciones a ser desplegadas por los servidores públicos y, por otro, que la fase de oposición debe responder a criterios objetivos que permitan determinar con un alto nivel de certeza las habilidades y destrezas de los participantes. Por lo demás, la oposición y el mérito deben tener el mayor

peso relativo dentro del concurso, de modo que la valoración subjetiva a través de mecanismos como las entrevistas, constituya tan solo un factor accesorio y secundario de la selección. Finalmente, el diseño del procedimiento debe asegurar su publicidad, así como que las decisiones adoptadas dentro del mismo puedan ser controvertidas, debatidas y solventadas en el marco del procedimiento, independientementede la vía judicial. En otras palabras, estas "reglas del juego", en tanto aseguran la transparencia del proceso de selección, tornan innecesaria la medida legislativa que restringe la facultad de los concejos. Tratándose entonces de un procedimiento reglado, tanto la imparcialidad del órgano que efectúa la designación, con la independencia del personero elegido, pueden ser garantizadas sin menoscabo de la autonomía de las entidades territoriales y sin menoscabo de las competencias de los concejos.

Adicionalmente, como según el Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 los personeros son elegidos "para períodos institucionales de cuatro años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su período constitucional"¸ resulta forzoso concluir que el concurso debe efectuarse antes de que inicie el período constitucional de los concejos, dado que por su complejidad no podrían ser concluidos seria y responsablemente en tan solo diez (10) días. Este hecho promueve la independencia de los órganos en la conducción del procedimiento.

No escapa a la Corte que los concejos pueden enfrentar limitaciones de diversa índole para llevar a cabo la tarea encomendada por el legislador. En efecto, el concurso de méritos tiene un alto nivel de complejidad, en la medida en que supone, por un lado, la identificación y utilización de pautas, criterios e indicadores objetivos, y, por otro, imparcialidad para evaluar, cuantificar y contrastar la preparación, la experiencia, las habilidades y las destrezas de los participantes. Se requiere, así mismo, el procesamiento y la sistematización de una gran cantidad de información y la disposición de una amplia y compleja infraestructura y logística administrativa, en un contexto conflictivo en el que, por la dinámica natural de la contienda y la competencia, las decisiones son cuestionadas y controvertidas de manera sistemática y reiterada. En otras palabras, las dificultades de los concursos hacen imperativa la disposición y utilización de sofisticadas herramientas humanas, informáticas, administrativas y financieras, de las que en principio carecen los concejos municipales y distritales.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la previsión legislativa en torno al concurso, y las condiciones que de la jurisprudencia constitucional se derivan para el mismo, no implican que estas corporaciones tengan que ejecutar e intervenir directa y materialmente en los concursos y en cada una de sus etapas, sino que esta entidades tienen la responsabilidad de dirigirlos y conducirlos. Es decir deben trazar los lineamientos generales del procedimiento, pero pueden entregar su realización parcial a terceras instancias que cuenten con las herramientas humanas y técnicas para este efecto. Así por ejemplo, pueden realizar convenios con organismos especializados técnicos e independientes dentro de la propia Administración Pública, para que sean éstos quienes materialicen estas directrices bajo su supervisión, tal como ha ocurrido con los concursos realizados por la ESAP. Podrían, incluso, organizarse pruebas de oposición de manera simultánea para varios municipios de un mismo departamento que se encuentren dentro de la misma categoría, y unificarse los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional, y centralizar su evaluación en una única instancia. En este contexto, la Procuraduría General de la Nación podría intervenir en la vigilancia de los concursos, pero no sustituir a los propios concejos.

Por tal motivo, la Corte concluye que el cargo propuesto por los demandantes está llamado a prosperar, como quiera que la medida desconoce las competencias constitucionales de los concejos y por esta vía, la autonomía de las entidades territoriales.

5.4. Los precedentes constitucionales sobre la disgregación entre el concurso de méritos y el acto de elección propiamente dicho

Por último, la Corte aclara que los precedentes jurisprudenciales que avalan la realización de un concurso público de méritos por un órgano distinto al que corresponde la elección, no son aplicables a la hipótesis que se examina en esta oportunidad.

En efecto, este tribunal ha resuelto casos análogos en los que se presenta una disgregación entre el ente que efectúa el procedimiento, y el que elige al servidor público.

En el contexto de la administración de justicia, por ejemplo, la designación de los miembros de la magistratura por regla general está en cabeza del superior jerárquico; así, según el Artículo 17 de la Ley 270 de 1996,la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia elige a los magistrados de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial; y según el Artículo 20 del

mismo cuerpo normativo, la Sala Plena de estos tribunales designa a los jueces del correspondiente distrito judicial. Siguiendo esta misma lógica, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Consejo de Estado elige a los miembros de los tribunales administrativos, y estos a su vez, a los jueces administrativos del respectivo distrito.

Sin perjuicio de la atribución anterior, el mismo precepto legal dispone que la decisión se adopta a partir de las listas que remiten el Consejo Superior y los consejos seccionales de la judicatura, y cuya conformación resulta del concurso público de méritos y oposición efectuado por éstos (arts. 17.1, 20.1 y 41.1 de la Ley 270 de 1996).

En la Sentencia C-037 de 1996[24], la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de tal normativa, que disgrega el proceso de designación de los miembros de la magistratura, entre los consejos seccionales de la judicatura y el Consejo Superior de la Judicatura, encargados de diseñar y ejecutar los concursos y de elaborar las listas, y los jueces y magistrados, encargados de la elección propiamente dicha. Posteriormente la misma Corte aclaró el alcance de este diseño, determinando que la elección de los jueces y magistrados debe ajustarse al orden de prelación que resulte del concurso, para asegurar el principio meritocrático que debe irradiar el acceso al servicio público[25].

Estas hipótesis, sin embargo, tienen diferencias sustanciales y constitucionalmente relevantes con la que se evalúa en esta oportunidad.

En primer lugar, las categorías normativas que establecen la distribución competencial son sustancialmente diferentes en uno y otro caso: en la Administración de Justicia el propio ordenamiento constitucional (Art. 256.1) atribuye directamente al Consejo Superior y a los consejos seccionales de la judicatura la administración de la carrera judicial y dispone, de manera expresa, que a estos entes corresponde “[e]laborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla” (Art. 256.2); se trata, entonces, de una competencia de orden constitucional. Por su lado, el régimen propiamente dicho de elección y designación de los funcionarios, tiene un origen legal, puesto que está previsto en la Ley 270 de 1996. En el presente caso ocurre justamente lo contrario, pues la elección de los personeros a cargo de los concejos se sujeta a una atribución constitucional, al paso que la previsión del concurso tiene una naturaleza legal.

En segundo lugar, la competencia de designación tiene un carácter accesorio para los órganos judiciales, pues no guarda una relación directa y estrecha con sus funciones jurisdiccionales. Por el contrario, como quiera que la elección de los servidores municipales y distritales materializa el derecho de las entidades territoriales a gobernarse por autoridades propias, se trata de una competencia fundamental de los concejos.

En tercer lugar, mientras que en esta oportunidad la disgregación funcional opera entre una entidad del orden nacional y otra del orden local, por lo que se encuentran comprometidos los principios de Estado unitario y de autonomía de las entidades territoriales, en aquella oportunidad la relación versaba entre entidades que pertenecían al mismo nivel territorial, por lo que el eventual compromiso de las competencias eleccionarias, tiene una naturaleza jurídica sustancialmente distinta.

En un sentido semejante, los precedentes en torno a la designación del Director Ejecutivo de la Administración Judicial[26] tampoco son aplicables en esta oportunidad. En efecto, el Artículo 98 de la Ley 270 de 1996 (LEAJ) ordena que el funcionario sea elegido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de tres candidatos postulados por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial; con frecuencia, la conformación de la terna es precedida de un concurso público de méritos diseñado y realizado por esta misma Comisión.

Aunque la Corte Constitucional ha avalado esta disgregación funcional[27], se trata de hipótesis sustancialmente diferente a la que ahora es objeto de examen. En caso al que se alude no existe ninguna asignación de competencias a nivel constitucional que pueda ser vaciada de contenido, y por el contrario, la dualidad se origina en una misma normativa legal (la Ley 270 de 1996). Y al igual que en el caso de la designación de los miembros de la magistratura, los entes involucrados pertenecen al mismo nivel territorial, por lo que no se encuentra comprometido el principio de autonomía de las entidades territoriales.

Por las razones expuestas, la Corte encuentra que las reglas jurisprudenciales que ha fijado esta Corporación, en virtud de las cuales es constitucionalmente admisible que la elección de un servidor público se disgregue entre dos entidades, una de las cuales realiza el concurso y otra adopta la decisión de designación, no es aplicable a los servidores públicos de las entidades territoriales que no son de carrera, y cuya elección ha sido atribuida por

la Carta Política a un solo órgano.

6. Recapitulación

1. Los accionantes demandan la inconstitucionalidad parcial del Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, por ordenar que la elección de los personeros municipales y distritales sea precedida de un concurso público de méritos, y por determinar que este procedimiento sea efectuado por la Procuraduría General de la Nación. A su juicio, estas medidas lesionan el principio democrático, la autonomía de las entidades territoriales, el derecho a la igualdad, los procedimientos constitucionales para la elección de los personeros, y las competencias constitucionales de los concejos.

2. En la medida en que los incisos 4º y 5º del Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 no fueron demandados, pero se refieren también al concurso público de méritos realizado por la Procuraduría, la Corte procedió a la conformar la unidad normativa con estos apartes, en virtud de su conexidad temática.

3. Los cargos formulados contra la norma que ordena el concurso público no están llamados a prosperar, por las siguientes razones:

– Primero, porque la Carta Política consagra expresamente el sistema de méritos como el mecanismo general de vinculación al sector público, y porque éste está dirigido al cumplimiento de los fines estatales y a asegurar los derechos fundamentales de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y al debido proceso.

– Segundo, porque de acuerdo con la normativa superior, la Corte ha señalado explícitamente que el concurso es constitucionalmente admisible, incluso para la elección de los funcionarios de libre nombramiento y remoción y de los funcionarios sujetos a un período fijo, tal como ocurre en esta oportunidad.

– Finalmente, porque aun prescindiendo del referido precedente jurisprudencial, los cargos formulados por los accionantes no son de recibo, de acuerdo con las consideraciones que se expresan a continuación:

Por un lado, el texto constitucional no estableció un procedimiento específico para la elección de los personeros. La norma que atribuye al concejo la función de elegirlos, es una

disposición de orden competencial, a partir de la cual no pueden extraerse conclusiones de naturaleza procedimental.

Por otro lado, las acusaciones por el debilitamiento del principio democrático parten de una concepción de los concejos municipales que no se ajusta a la normativa superior. En efecto, los accionantes argumentan que, en tanto los concejales son elegidos, a través del sufragio, como representantes de la voluntad general, sus decisiones deben ser adoptadas a partir de dinámicas abiertas y flexibles, y no a partir de procedimientos rígidos que bloquean el debate y la deliberación pública. Este argumento supone que la Carta Política se adhiere únicamente al paradigma de la democracia representativa, cuando el ordenamiento superior reconoce el principio en términos amplios y generosos, admitiendo también la democracia sustancial, la democracia deliberativa y la democracia participativa.

Por último, la Corte se abstiene de pronunciarse sobre el cargo por la presunta vulneración del derecho a la igualdad, ya que los accionantes omitieron indicar los funcionarios cuyo nombramiento por el concejo no se encuentra antecedido del concurso, y las razones por las que la omisión lesiona el derecho a la igualdad. En otras palabras, los cargos no cumplieron con las exigencias argumentativas elementales cuando se alega una omisión normativa inconstitucional.

4. Finalmente, la realización del concurso por parte de la Procuraduría vacía de contenido las atribuciones constitucionales de los concejos, al transferir el acto decisivo y medular de la elección a un tercer órgano, en contravía con el sistema constitucional de distribución de competencias, que implica, además, una lesión de la autonomía de las entidades territoriales.

Aunque en otras oportunidades la Corte ha admitido que la elección de funcionarios se disgregue entre dos entidades distintas, una que efectúa el concurso y otra que adopta la decisión propiamente dicha, la regla se aplica a otro tipo de hipótesis, referidas a funcionarios de carrera, y en las que la atribución de competencias para hacer la designación no tiene un origen constitucional, y no afecta la autonomía territorial.

En consecuencia, se declarará la inexequibilidad de los incisos 2, 4 y 5 del Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

5. De acuerdo con esto, la disposición demandada quedará así:

ARTÍCULO 35. El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

Artículo 170. Elección. Los concejos municipales según el caso, elegirán personeros para períodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero en que inicia su período constitucional, previo concurso público de méritos, de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su período el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.

Para ser elegido personero municipal se requiere: En los municipios de categorías especial, primera y segunda títulos de abogado y de postgrado. En los municipios de tercera, cuarta y quinta categorías, título de abogado. En las demás categorías podrán participar en el concurso egresados de facultades de derecho, sin embargo, en la calificación del concurso se dará prelación al título de abogado.

Para optar al título de abogado, los egresados de las facultades de Derecho, podrán prestar el servicio de práctica jurídica (judicatura) en las personerías municipales o distritales, previa designación que deberá hacer el respectivo decano.

Igualmente, para optar al título profesional de carreras afines a la Administración Pública, se podrá realizar en las personerías municipales o distritales prácticas profesionales o laborales previa designación de su respectivo decano".

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión "previo concurso de méritos" contenida en el Inciso 1 del Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

SEGUNDO.- Declarar la INEXEQUIBILIDAD de la expresión "que realizará la Procuraduría

General de la Nación” contenida en el Inciso 1, y de los incisos 2, 4 y 5 del Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en al Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con excusa

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-105/13

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS A CARGO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION PARA DESIGNACION DE PERSONEROS MUNICIPALES-No constituye un vaciamiento de la competencia nominadora de los Concejos Municipales(Salvamento de voto)

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS A CARGO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION PARA DESIGNACION DE PERSONEROS MUNICIPALES-Competencia para elección de personero se mantenía en cabeza de la Corporación edilicia y en modo alguno de la Procuraduría (Salvamento de voto)

PERSONEROS MUNICIPALES-Si bien son funcionarios que por mandato constitucional los elige una corporación territorial, resulta más importante que dichos funcionarios hacen parte del Ministerio Público (Salvamento de voto)

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS A CARGO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION PARA DESIGNACION DE PERSONEROS MUNICIPALES-Regla derivada del artículo 125 de la Constitución Política (Salvamento de voto)

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS A CARGO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

PARA DESIGNACION DE PERSONEROS MUNICIPALES-Alcance (Salvamento de voto)

Ref.: Expedientes Acumulados D-9237 y D-9238

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 35 (parcial) de la Ley 1551 de 2012, modificatorio del Artículo 170 de la Ley 136 de 1994."

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Comedidamente explico mi discrepancia con la decisión de mayoría así:

Resulta exótica la consideración según la cual la provisión del cargo de personero previa la celebración de un concurso público, que según la ley, debe adelantar la cabeza máxima del ministerio público comporte un "vaciamiento" de la competencia nominadora de los Consejos Municipales para elegir dicho funcionario en razón de que: (i) Es claro que la competencia para elegir el personero según la ley examinada se mantenía en cabeza de la Corporación edilicia y en modo alguno de la Procuraduría. (ii) Las limitaciones para elegir al personero, lo que ya no podrá ser de manera discrecional, sino a consecuencia de un concurso de mérito, que debe evaluar objetivamente las actitudes y aptitudes de los aspirantes, en aras de escoger a los más idóneos y preparados, tiene plena justificación constitucional, según lo ha reconocido reiteradamente esta Corte al amparo del artículo 125 superior. Tal limitación prevista legalmente, lejos de desconocer la competencia del nominador, que no desaparece, no hace cosa distinta que darle alcance al mando constitucional que impone el concurso de merito como principio que orienta del ingreso a la función pública. (iii) Si bien es importante reconocer que los personeros municipales son funcionarios que por mandato constitucional los elige una corporación territorial municipal y que eso tiene alguna significación en el ámbito de la descentralización, a mi juicio resulta muchísimo más importante para los fines constitucionales poner de presente que dichos funcionarios hacen parte del ministerio público encardado en virtud de un expreso mandato de la Carta, entre otras competencias, de defender el orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales que es función también asignada constitucionalmente a la Procuraduría General de la Nación, lo cual se constituye en razón más que suficiente para justificar que sea dicho ente el que adelante el concurso de

méritos que en este caso aplica, en la búsqueda del recurso humano optimo para desarrollar a lo largo y ancho del territorio nacional tan señalada, enaltecida y trascendente labor. (iv) La decisión de mayoría desconoce la libertad configurativa de asignación de competencia que esta Corte ha reconocido al legislador en estos asuntos por mandato constitucional pues, en tanto que la ley en este caso manda categóricamente que el concurso de mérito para proveer un cargo, como es la regla derivada del artículo 125 superior, lo realice la instancia máxima del Ministerio Público, la Corte termina decidiendo que es otro ente el que debe realizar dicho concurso, asumiendo claramente funciones del órgano de representación democrática. (v) La proliferación de tantos concursos como concejos municipales existen como manda realizar la decisión de mayoría para elegir al personero, creará una caótica proliferación de actuaciones disimiles y contradictorias que en nada favorece a la necesaria uniformidad que debe caracterizar la adecuada y meritoria designación del funcionario que a nivel municipal cuenta con la delicada y transcendente misión de propugnar por la defensa de los valores constitucionales que el ministerio público debe mantener a salvo. (vi) A términos de la decisión de mayoría el concejo elegido que se instala el primero de enero del año respectivo para un periodo de cuatro años, no podrá realizar en diez días como lo manda la ley, de manera que dicha elección tendrá que hacerla no se sabe cuándo, dependiendo de la liberalidad de los más de mil cien concejos que deben existir en el país, los concejos cuyo periodo está por vencerse. (vii) Si un concurso de mérito, como es de rigor que ocurra, debe arrojar el resultado que con el se persiga, previa la aplicación de actuaciones orientadas por la publicidad, la imparcialidad, la transparencia y la objetividad, entre otras, nada permite suponer fundadamente que la Procuraduría, como máxima instancia del Ministerio Público, llamada a realizar el concurso de mérito, como lo dispuso el órgano democrático, haría uso inadecuado de dicha competencia, predeterminando a su capricho el orden de la lista de elegibles, como al parecer se desprende de la decisión de mayoría.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

[1] Debe aclararse que en el expediente D-9237 se demanda únicamente la expresión “que

realizará la Procuraduría General de la Nación", y no "previo concurso público de méritos". Por su parte, en el expediente D-9238 el peticionario no demanda el inciso 2 del Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

[2] Las aserciones del actor sobre la naturaleza y el arraigo democrático de los concejos, así como sobre la importancia y el contenido de este principio, se apoyan en la Sentencia C-008 de 2003, M.P. Rodrigo escobar Gil, que se transcribe parcialmente en el texto de la demanda.

[3] Las aserciones del actor sobre el alcance del principio de la autonomía de las entidades territoriales se apoyan en la Sentencia C-937 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, algunos de cuyos apartes son transcritos textualmente.

[4] Las aserciones sobre el tipo de vínculos entre la Procuraduría General de la Nación y las personerías se apoyan en la sentencia C-223 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[5] El número de este fallo no corresponde a ninguna sentencia de esta Corporación.

[6] Sobre la trascendencia del mérito y de los concursos públicos en la administración pública, la Procuraduría se apoya en las sentencias C-588 de 2009 y C-249 de 2012, algunos de cuyos apartes transcribe textualmente.

[7]Sobre la unidad normativa cfr. las siguientes sentencias: C-879 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-978 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-121/10, M.P. Juan Carlos Henao; C-714 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; C-503 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-1126 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-871 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-320 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[8] Esta es justamente la hipótesis prevista en la Sentencia C-491 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte debía pronunciarse sobre el fragmento de la disposición que penaliza "llevar consigo", traficar, fabricar y portar estupefacientes. Esta Corporación advirtió que como la criminalización de la conducta esta en función de la cantidad de estupefaciente, en cuanto la legislación penal excluye de sanción la denominada "dosis personal", debía procederse a la integración normativa con tal ingrediente normativo. En este marco, se resuelve "declarar exequible, por los cargos analizados, el artículo 376 de

la Ley 599 de 2000, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, en el entendido de que no incluye la penalización del poder o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado".

[9] Este es el caso de la Sentencia C-595 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esta ocasión se demandó la inconstitucionalidad del Artículo 11 de la Ley 1793 de 2000, que estableció la detención preventiva por más de 60 días calendario como causal de retiro del servicio de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. En la medida en que el Artículo 8.1.3. de la misma ley tenía el mismo contenido, se procedió a la integración normativa, declarando la inexequibilidad de este último, y la exequibilidad condicionada del primero, en el entendido de que la expresión "retirado" significa "suspendido".

[10] Esta fue la hipótesis abordada en la Sentencia C-871 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En esta ocasión se demandó la inconstitucionalidad del Inciso del Artículo 220 del aquel entonces Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000); según este parágrafo, procede la acción de revisión en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, en las hipótesis contempladas en los numerales 4 y 5 del mismo artículo, es decir, cuando se demuestre que la decisión se fundó en una prueba falsa o en un delito del juez o de un tercero. La Corte conformó la unidad normativa con estos dos numerales con fundamento en esta causal, porque aunque tenían contenidos normativos distintos y autónomos, la relación de conexidad entre ellos hacía necesario un pronunciamiento conjunto. En tal sentido, declaró la exequibilidad de los numerales 4 y 5 y del inciso final del Artículo 220 de la Ley 600 de 2000.

[11] Sobre el carácter excepcional de la conformación de la unidad normativa, cfr. la sentencia C-595 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Se demandó la inconstitucionalidad del parágrafo del Artículo 1 de la Ley 1393 de 2009, que establece una presunción de culpa o dolo en material ambiental por las infracciones a la legislación en esta material. Pese a que varios de los intervinientes solicitaron la integración normativa con disposiciones legales con un contenido similar, con fundamento en el carácter excepcional de la figura, la Corte negó la petición, argumentando que la norma cuestionada constituía un enunciado completo e independiente cuyo contenido podía determinarse por sí solo, que aunque algunas de sus expresiones se encontraban reproducidas en otros

preceptos no demandados, se referían a hipótesis fácticas distintas, y que la mera similitud no hacía imperiosa la integración. Concluye entonces que "no procede la integración de la unidad normativa y, por lo tanto, el examen de constitucionalidad habrá de recaer exclusivamente sobre el contenido normativo demandado y bajo el cargo formulado".

[12] Sobre las finalidades del concurso público de méritos cfr la Sentencia C-181 de 2010, M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

[13] M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

[14] M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

[15] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[16] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[17] M.P. María Victoria Calle Correa.

[18] Luigi Ferrajoli, "La democracia constitucional", en Christian Courtis (comp.) Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del derecho, Buenos Aires, Ed. Eudeba – Universidad de Buenos Aires, pp. 255-271.

[19] Roberto Gargarella, La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contra-mayoritario del poder judicial, Barcelona, Ed. Ariel, 1996; Roberto Gargarella, "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el 'constitucionalismo popular' frente a la teoría de Carlos Santiago Nino, en Leonardo García Jaramillo y Miguel Carbonell (ed.), El canon neoconstitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

[20] Auto 141 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[21]En la Sentencia C-149 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, la Corte declaró la inexequibilidad del Artículo 79 de la Ley 1151 de 2007, que prevé los denominados "Macro-proyectos de Interés Social Nacional, por cuanto el efecto de la medida legislativa sería la subordinación de la conducción política de los departamentos, distritos y municipios, a las determinaciones de la Nación, y por cuanto los entes territoriales no tendrían incidencia e impacto en la formulación y adopción de tales proyectos. Este mismo criterio se expuso en

la Sentencia C-219 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, cuando se declaró la inconstitucionalidad del Artículo 236 de la Ley 223 de 1995; la razón de la decisión fue nuevamente el vaciamiento de competencias, en la medida en que al establecer que los impuestos de los departamentos y del distrito de Bogotá debían destinarse al sistema de seguridad social en salud y pensiones, se suprimiría la facultad de las entidades territoriales para manejar sus recursos, incluso los de fuente endógena. Igual criterio se adopta en las sentencias C-937 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-448 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-837 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería y C-535 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[22]En la Sentencia C-149 de 2010, por ejemplo, la inconstitucionalidad devino de que los Macro-proyectos de Interés Social Nacional afectaba transversalmente las competencias de los departamentos, distritos y municipios, y no simplemente una función accesoria sin incidencia en su objeto básico. En la Sentencia C-448 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis, se declaró la inexequibilidad de la medida contenida en la Ley 905 de 2004, que supeditaba la facultad de los departamentos y municipios para establecer regímenes especiales a los impuestos, tasas y contribuciones para fomentar a las Mipymes, a la aprobación de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; a juicio de la Corte, esta medida impide a las entidades gestionar sus intereses y recursos, y por esta vía bloqueaba su gestión.

[23]Así, en la Sentencia C-937 de 2010, la Corte se abstuvo de declarar la inexequibilidad de las estrategias para el control y seguimiento al gasto del Sistema General de Participaciones, que incluíanla suspensión de los procesos contractuales a solicitud del Procurador y de los giros a las entidades territoriales, el giro directo de dinero a las entidades prestadores de servicios o a los destinatarios finales, la asunción temporal de funciones de los municipios o de los departamentos por parte de los departamentos o de la Nación, según el caso, y la declaratoria de ineficacia de actos contractuales; esta Corporación sostuvo que a pesar de la restricción en las competencias de las autoridades públicas del orden territorial, su razonabilidad intrínseca, relacionada con la protección del patrimonio público y con la defensa de los intereses y derechos de las personas, justificaba las medidas.

[24] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[25] Al respecto cfr. las siguientes sentencias: C-333 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa; C-249 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao; C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-713 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-104 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; SU-086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández; SU-133 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[26]Cfr. las sentencias C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y SU-339 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[27] Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Narango Mesa.