Sentencia C-1079/02

REGIMEN DE CARRERA EN ORGANOS Y ENTIDADES DEL ESTADO-Fundamento constitucional y propósitos

CARGO PUBLICO-Nombramiento y provisión por mérito

SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Ingreso y ascenso

REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Finalidad de la institucionalización y configuración

Conforme lo ha señalado esta Corporación, la institucionalización y configuración del régimen de carrera, en los términos en que ha sido concebido por el constituyente de 1991, y salvo las excepciones por él previstas, le permite al Estado “contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos”; responsabilidades que, bajo la actual concepción del Estado social de derecho, exigen la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública que posibiliten la realización de los fines y objetivos estatales más próximos, como lo son el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, derechos y deberes que la propia constitución reconoce a todos y cada uno de los habitantes del territorio nacional.

CARRERA Y SISTEMA DE CONCURSO DE MERITOS-Finalidad

La carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, “descartá[ndose] de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo” que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política, el derecho público y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos.

REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Objetivos que constituyen fundamento de principio/SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Objetivos que constituyen fundamento de principio/SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Finalidad

Ateniendo a su propia naturaleza jurídica y a la filosofía que la inspira, la jurisprudencia constitucional viene considerando que, bajo el actual esquema constitucional, el régimen de carrera encuentra un claro fundamento de principio en tres objetivos básicos; los cuales, amén de encontrarse íntimamente relacionados, se sustentan en valores, principios y derechos plenamente garantizados por la Constitución Política. Así, ha dicho la Corte que mediante el sistema de carrera se persigue: (i) El óptimo funcionamiento en el servicio público, de forma tal que el mismo se lleve a cabo bajo condiciones de igualdad, eficiencia,

eficacia, imparcialidad y moralidad; siendo condiciones que se alcanzan a través del proceso de selección de los servidores del Estado por concurso de méritos y capacidades. (ii) Garantizar el ejercicio del derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, así como la efectividad del principio de igualdad de trato y oportunidad para quienes aspiran a ingresar al servicio estatal, a permanecer en él, e incluso, a ascender en el escalafón. Y, finalmente, (iii) proteger y respetar los derechos subjetivos de los trabajadores al servicio del Estado, originados en el principio de estabilidad en el empleo, en los derechos de ascenso, capacitación profesional, retiro de la carrera y en los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Fases diferenciables/CARRERA ADMINISTRATIVA-Ingreso, ascenso y retiro

CARRERA ADMINISTRATIVA-Ingreso y ascenso

CARRERA ADMINISTRATIVA-Regulación legislativa de procedimiento de selección y fijación de requisitos y condiciones

ACCESO AL SERVICIO PUBLICO-Margen de regulación legislativa

CONCURSO DE MERITOS-Desarrollo legislativo de tipos para ingreso y ascenso

CONCURSO DE MERITOS-Tipos

CONCURSO DE MERITOS-Límites al legislador en establecimiento de tipos

CONCURSO DE MERITOS-Tipos de aplicación en ingreso y ascenso/REGIMENES DE CARRERA-Tipos de aplicación en ingreso y ascenso

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Variación

CONCURSO CERRADO-No permisión para ingreso y ascenso

CONCURSO DE MERITOS PUBLICO-Regulación de ingreso y ascenso

CONCURSO DE MERITOS PUBLICO EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Ingreso y ascenso

CONCURSO PUBLICO Y ABIERTO DE ASCENSO EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: expediente D-4091

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 115 del Decreto-Ley 261 de 2000.

Accionante: Marcela Patricia Jiménez Arango.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dos (2002).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Marcela Patricia Jiménez Arango, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexecuibilidad total del artículo 115 del Decreto-Ley 261 de 2000, “Por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”.

La Corte, mediante auto de veintiocho (28) de junio de 2002, proferido por el Despacho del magistrado Sustanciador, admitió la demanda, ordenó las comunicaciones constitucionales y legales correspondientes, dispuso fijar en lista el negocio en la Secretaría General de la Corte Constitucional para efectos de la intervención ciudadana y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación quien rindió el concepto de su competencia.

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

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada conforme a su publicación en el Diario Oficial N° 43903 de febrero 22 de 2000, reiterando que la acusación se formula contra la totalidad de su contenido material.

“DECRETO NUMERO 261 DE 2000

(febrero 22)

por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1° numeral 3 de la Ley 573 del 7 de febrero de 2000 y oído el concepto del Fiscal General de la Nación,

DECRETA”

“...”

“T I T U L O V I - CAPITULO CUARTO -

De la provisión de cargos”

“...”

“Artículo 115. El ascenso es una forma de provisión de los cargos de carrera vacantes

definitivamente, mediante el sistema de concurso de méritos, con funcionarios o empleados inscritos en la carrera. En este caso no habrá lugar a período de prueba”

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Considera la demandante que la disposición acusada vulnera los artículos 13, 40-7° y 125 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

Al respecto, afirma que: “la sola consagración de la modalidad del concurso cerrado únicamente circunscrito a funcionarios de la Fiscalía General de la Nación que estén inscritos en carrera contraria al principio de igualdad de oportunidades que debe existir en una sociedad abierta, democrática y pluralista. Se impide con tal norma que los ciudadanos que no están previamente vinculados en carrera en la Fiscalía General de la Nación puedan acceder a los ‘cargos públicos’ en los términos del numeral 7°, art. 40 de la Carta Magna, lo cual vulnera el principio de igualdad de oportunidades”.

En concepto de la actora, una norma de similar contenido a la demandada, contenida en el Estatuto de la Procuraduría General de la Nación -Decreto 262 de 2000-, fue declarada inexecutable por esta Corporación mediante sentencia C-266 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), por estimar que los concursos cerrados son contrarios a la Constitución Política.

2.2. Por otra parte, descalifica que la norma acusada pueda considerarse como un estímulo para los trabajadores de la Fiscalía, por cuanto para ese efecto cuentan con el salario y las calificaciones pertinentes en las hojas de vida. Por eso, estima que: “en caso de eliminarse el concurso de ascenso o cerrado en ningún momento se conculcan los derechos de los funcionarios de carrera de la Fiscalía General de la Nación”; entre otras razones, porque el funcionario de carrera también podría inscribirse para un concurso abierto destinado a ocupar los cargos superiores. De ahí que, “si el funcionario de carrera puede inscribirse en la modalidad de concurso abierto, no se ve razón alguna para que se discrimine a las personas ajenas a la entidad y limitarles las oportunidades a favor de aquellos que ya cuentan con vinculación laboral...”.

En estos términos, concluye que la modalidad de concurso abierto en lugar del concurso cerrado dispuesto en la norma acusada, consulta la justicia y la equidad, ajustándose a las previsiones de la Carta Fundamental, específicamente, a los artículos 13 y 40-7°.

2.4. Paso seguido, sostiene que la norma acusada también desconoce el artículo 125 de la Constitución, que consagra como principio rector para acceder a la carrera administrativa el nombramiento por intermedio de concurso público, exceptuando únicamente del mismo a los empleados de “elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”; es decir, sin que dentro de los funcionarios exceptuados del concurso se mencione a los trabajadores de la Fiscalía General de la Nación.

2.5. Así mismo, estima que: "...la norma demandada infringe así mismo, el preámbulo de la Carta Fundamental que consagra como categoría axiológica 'la igualdad' dentro de un marco 'participativo' y 'social justo'. En la medida en que la norma objeto de demanda permite que una misma persona por el solo hecho de tener vinculación laboral actual con la Fiscalía General de la Nación presente dos veces un examen: El concurso de ascenso o cerrado, y, si lo pierde, el concurso abierto; entonces se desmejora (por no brindar iguales oportunidades) a quien no está vinculado laboralmente con la entidad oficial".

En estos términos, concluye que lo ideal es un concurso mixto, en donde se brinde igualdad de oportunidades a los trabajadores vinculados como no vinculados de la Fiscalía.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Fiscal General de la Nación intervino dentro del proceso de la referencia, con el objeto de solicitar a esta Corte declarar exequible la norma acusada.

Inicialmente, el Fiscal General considera que el actor parte de un supuesto equivocado, como es el de considerar que el régimen de carrera establecido para la Fiscalía General de la Nación en el Decreto-Ley 261 de 2000, impone el sistema de concurso cerrado. Según su entender, atendiendo a una interpretación sistemática de las normas del decreto que regulan la materia, puede llegarse a la conclusión que la disposición acusada no está excluyendo la posibilidad de ingreso a dicha entidad oficial de personas ajenas a la misma. Sustenta tal afirmación expresando lo siguiente:

"Dispone el artículo 105 del Decreto Ley 261 de 2000 que la carrera de la Fiscalía General de la Nación tiene por objeto la profesionalización y eficiencia en la prestación del servicio, así como el garantizar la igualdad de condiciones para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro de los funcionarios y empleados. De la misma manera, el artículo 108 garantiza que todo proceso de selección será público y abierto, y ' en consecuencia, podrán participar quienes pertenecen a la carrera o personas ajenas a ella'...

Si ello es así, no resulta válido afirmar que el artículo 115 demandado esté imponiendo una discriminación a ciudadanos ajenos a la entidad que pretendan ingresar a ocupar esos mismos cargos vacantes, pues de ser asó, obviamente, se estaría desconociendo el artículo 125 Superior".

Conforme a lo anterior, el Fiscal considera que la finalidad de la norma acusada no es otra que la de precisar el significado del 'ascenso', como una forma de provisión de cargos de carrera vacantes definitivamente.

Así, una interpretación lógica de las normas referenciadas permite concluir que lejos de consagrar un concurso cerrado, establece un concurso mixto, pues para algunas personas pueden significar el ingreso a la carrera y para otras constituye la posibilidad de ascenso. En este orden de ideas, el precepto legal acusado no vulnera ni el artículo 125 de la Carta Política, ni desconoce los valores superiores de justicia y de igualdad de oportunidades en el

acceso a los cargos públicos.

En síntesis, el Fiscal estimar que la norma acusada debe interpretarse acorde con los principios y normas que rigen la carrera administrativa en la Fiscalía General de la Nación, pues aislar su contenido conduce a desdibujar su alcance.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR

El representante del Ministerio Público solicitó la declaratoria de inexecutable de las disposiciones acusadas, con base en las siguientes consideraciones:

* El artículo 125 de la Constitución Política establece, como regla general, el sistema de concurso abierto o público y no hace distinción si se trata de nombramiento para ingresar o ascender en la carrera. Por ello, el legislador no puede diferenciar donde el Constituyente no lo hace. En consecuencia, el artículo acusado al establecer un curso cerrado, desconoce la citada preceptiva constitucional.

* Por otra parte, afirma la Vista Fiscal que la norma acusada vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades, ya que " sólo pueden participar en dichas convocatorias quienes se encuentran escalafonados o inscritos en la carrera de la entidad, en razón a que previamente agotaron en su totalidad, el trámite de selección y finalmente fueron nombrados en un cargo de carrera, excluyendo de tal posibilidad a quienes no lo están, pero que pueden demostrar tener mejores condiciones para ocupar el cargo que las que posee el que está inscrito en la carrera" (sombreado del texto original). En consecuencia, la norma establece una discriminación irrazonable y desproporcionada que imposibilita a las personas no escalonadas para acceder a los cargos de carrera dentro de la Fiscalía General de la Nación.

* Finalmente, el artículo demandado es contrario al artículo 40 numeral 7° de la Constitución, por cuanto limita el derecho de los ciudadanos a participar en la provisión de los cargos que se convocan mediante el sistema de concurso cerrado.

* En estos términos, el Procurador concluye que: "debe preverse la participación tanto de unos como otros, esto es, permitir que los concursos sean mixtos, evento en el que es procedente la inscripción no sólo de los escalafonados sino de todos aquellos que cumplen con los requisitos y calidades para acceder a un cargo en la Fiscalía...".

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Por dirigirse la demanda contra una disposición que forma parte de un Decreto con fuerza de Ley, la Corte Constitucional es competente para decidir sobre su constitucionalidad, tal y como lo prescribe el artículo 241-5 de la Constitución Política.

2. El problema jurídico.

De acuerdo con la acusación formulada en la demanda, el escrito de intervención presentado por el Fiscal General de la Nación y el concepto rendido por el jefe del Ministerio Público, en esta oportunidad le corresponde a la Corte determinar si el artículo 115 del Decreto-Ley 261 de 2000, al regular el ascenso como una forma de provisión de cargos en la Fiscalía General de la Nación, y establecer que el mismo debe llevarse a cabo mediante concurso de méritos “con funcionarios o empleados inscritos en carrera”, resulta contrario a la Constitución Política; concretamente, por el hecho de haber apelado a un sistema de concurso cerrado, que desconoce el principio de igualdad material (art. 13), el derecho de todos los ciudadanos a acceder a los cargos públicos (art.40-7) y la regla según la cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y deben proveerse a través de concurso público de méritos (art. 125).

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, considera la Corte de la mayor importancia referirse a los siguientes dos temas: (i) el fundamento constitucional de los regímenes de carrera autorizados por la Carta, y (ii) los criterios jurisprudenciales que ha venido fijando esta Corporación en punto a los tipos de concurso de méritos que resultan aplicables a las fases de ingreso a la carrera y de ascenso a los cargos de mayor jerarquía.

3. El régimen de carrera para la provisión de cargos en los órganos y entidades del Estado. Fundamento constitucional y propósitos.

3.1. Siguiendo el derrotero que trazó la Constitución Centenaria de 1886 a partir de la reforma plebiscitaria de 1957, la actual Carta Política también se ha empeñado en acoger y exaltar el mérito como el criterio imperante para el nombramiento y provisión de cargos en el sector público.

3.2. Ciertamente, en procura de dar plena aplicación a los principios de igualdad, eficacia y efectividad que gobiernan la función administrativa, y de garantizar la oportunidad de ingreso y estabilidad en el servicio público, el artículo 125 Superior consagró como regla general que los empleos en todos los órganos y entidades del Estado deben proveerse mediante el sistema de carrera, advirtiendo a su vez que a la misma se accede por vía del concurso público de méritos, el cual resulta plenamente aplicable tanto al proceso de selección de quienes aspiran a ingresar al servicio, como al trámite de escogencia de aquellos funcionarios que estando inscritos en carrera demuestren interés en obtener un ascenso dentro del respectivo escalafón a un cargo de mayor jerarquía o grado.

3.3. Conforme lo ha señalado esta Corporación, la institucionalización y configuración del régimen de carrera, en los términos en que ha sido concebido por el constituyente de 1991, y salvo las excepciones por él previstas¹, le permite al Estado “contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos”²; responsabilidades que, bajo la actual concepción del Estado social de

derecho, exigen la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública que posibiliten la realización de los fines y objetivos estatales más próximos, como lo son el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, derechos y deberes que la propia constitución reconoce a todos y cada uno de los habitantes del territorio nacional 3.

Desde esta perspectiva, la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen, entonces, un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, “descartá[ndose] de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo”⁴ que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política, el derecho público y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos.

3.4. Atendiendo pues a su propia naturaleza jurídica y a la filosofía que la inspira, la jurisprudencia constitucional⁵ viene considerando que, bajo el actual esquema constitucional, el régimen de carrera encuentra un claro fundamento de principio en tres objetivos básicos; los cuales, amén de encontrarse íntimamente relacionados, se sustentan en valores, principios y derechos plenamente garantizados por la Constitución Política. Así, ha dicho la Corte que mediante el sistema de carrera se persigue:

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

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

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

3.5. De este modo, ha sido unívoco el criterio de la Corte⁶ en considerar el sistema de carrera también como un principio de orden Superior que, al margen de constituirse en base

principal de la estructura organizacional del Estado, se erige en una herramienta eficaz e imprescindible -siguiendo lo ya expuesto- para la realización y consecución de otros principios como la igualdad, eficacia, prevalencia del interés general e imparcialidad, y de ciertos derechos fundamentales como el trabajo, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos y aquellos derivados de las garantías laborales reconocidas expresamente por el artículo 53 de la actual Carta Política -igualdad de oportunidades, estabilidad laboral, reconocimiento e irrenunciabilidad de beneficios mínimos-.

3.6. Ahora bien, por disposición expresa del artículo 125 de la Carta, la carrera administrativa está llamada a desarrollarse en tres fases claramente diferenciadas: el ingreso a los cargos, el ascenso en los mismos y el retiro. Respecto a las dos primeras fases, la propia disposición constitucional señala que el ingreso y el ascenso se efectuarán “previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”. Frente a la última fase, la norma consagra que el retiro de un servidor público inscrito en carrera sólo puede ocurrir: “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y en la ley”; precisando el mismo texto constitucional que “[e]n ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un cargo de carrera, su ascenso o remoción”

3.7. En lo que tiene que ver con el ingreso al servicio público y el ascenso en el escalafón, es la propia norma constitucional citada la que se refiere a estas dos fases de desarrollo del régimen de carrera, reconociéndole plena competencia al legislador para que, en ejercicio de su libertad de configuración política, regule el procedimiento específico de selección y fije sus requisitos y condiciones, en el entendido que tal desarrollo legal debe fundarse en el criterio del mérito que, según lo ha destacado la jurisprudencia, “constituye la piedra angular de la carrera administrativa”⁷.

3.8. A partir de la competencia que le ha sido asignada al Congreso de la República, también la jurisprudencia constitucional sostiene que cuando el órgano legislativo procede a reglamentar el acceso al servicio público, éste se encuentra investido de un amplio margen de apreciación y regulación normativa, únicamente limitado por las condiciones de procedibilidad descritas en el mismo texto Superior, y por los principios y derechos que la carrera administrativa busca garantizar y proteger⁸. Así, ha considerado la Corte que el legislador “está facultado para escoger libremente cuál objetivo de la carrera se privilegia siempre y cuando no altere la esencia de la carrera”⁹, de manera que, a título de ejemplo, puede determinar “qué es el mérito, [y] qué aspectos relativos a la capacidad e idoneidad de los aspirantes, según las necesidades propias del servicio administrativo, se resaltan o se juzgan prioritarias”¹⁰.

3.9. Es de aclararse que, en cuanto la Constitución Política no precisa los tipos de concurso a los que debe acudir en pro de definir el ingreso de personal al servicio público y el ascenso en el escalafón de los funcionarios, inicialmente, este asunto constituye una materia que le corresponde desarrollar al legislador, atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y con observancia plena de los principios, derechos y finalidades constitucionales que orientan el instituto del régimen de la carrera.

3.10. Sobre este último aspecto, se tiene que el legislador ha venido expidiendo distintos estatutos por medio de los cuales se regulan los sistemas de concursos, tanto en el régimen de la carrera administrativa como en los regímenes especiales autorizados por la Constitución Política, clasificándolos de manera general en concursos abiertos, mixtos y cerrados. En relación con los concursos abiertos, el artículo 125 de la Carta es claro en señalar que los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, deben ser nombrados por concurso público, es decir, por aquél que permita a toda persona que no haga parte de la carrera, sin discriminación alguna, participar en el proceso de selección y acceso a los cargos públicos. Respecto a los concursos mixtos, éstos tienen ocurrencia cuando la ley autoriza la participación combinada de personal ajeno a la carrera y de personal escalafonado para que, unos y otros, o bien ingresen a la misma o bien asciendan a cargos de mayor jerarquía o rango. Finalmente, en cuanto hace a los concursos cerrados o de ascenso en sentido estricto, su finalidad es permitir que sólo personal escalafonado pueda inscribirse al concurso para la provisión de cargos de carrera, con el propósito de que sólo ellos tengan la opción de acceder a los cargos de mayor grado que se encuentren vacantes en forma definitiva.

3.11. Respecto a los límites del poder regulatorio del Legislador para establecer los tipos de concursos que deben aplicarse a los fases de ingreso al servicio público y de ascenso en el mismo, puede decirse que la Corte, con ocasión del estudio de constitucionalidad de las distintas disposiciones que sobre la materia han sido expedidas, sentó un primer criterio de interpretación que se mantuvo vigente hasta antes de proferirse la Sentencia C-266 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), y que aparece recogido, de manera particular, en las Sentencias C-063 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez cabalero), C-110 de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y C-486 de 200 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo); la última de las cuales se encarga de reiterar la posición adoptada en las dos primeras.

Haciendo una aproximación a los criterios jurisprudenciales fijados en torno al punto en discusión, caben las siguientes precisiones.

4. Criterios hermenéuticos adoptados por la Corte Constitucional en relación con los tipos de concurso de méritos que pueden aplicarse a las fases de ingreso y ascenso en los regímenes de carrera. Variación de la jurisprudencia en torno a la posibilidad de avalar los concursos cerrados en la fase de ascenso.

4.1. Como se indicó en el párrafo anterior, el tema de la competencia legislativa para regular los concursos aplicables al régimen de carrera, se abordó por la Corte Constitucional con ocasión de las distintas demandas de inconstitucionalidad que fueron presentadas contra las leyes que desarrollaban la materia. Así, en la Sentencia C-063 de 1997, la Corte encontró ajustada a la Constitución el artículo 123 de la Ley 106 de 1993, el cual consagraba el concurso abierto para la provisión de empleos comprendidos en la carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República, dejando a salvo la oportunidad de promover concursos cerrados para el ascenso en dicho organismo. Del mismo modo, en la Sentencia C- 110 de 1999, la Corte declaró exequible el literal b) del artículo 140 de la Ley 201 de 1995, que preveía la posibilidad de convocar a concurso cerrado para el ascenso en la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación y en la Defensoría del Pueblo. Y, en la Sentencia C-486 de 2000, el alto Tribunal avaló la vigencia del artículo 15 de la Ley

443 de 1998, que señalaba como regla general para la carrera administrativa en las distintas entidades públicas, que en los concursos de ascenso sólo podían participar “los empleados de carrera administrativa de cualquier entidad, que reúnan los requisitos exigidos para el empleo y las demás condiciones que establezcan los reglamentos”.

4.2. Dentro del contexto de lo contenido en las disposiciones citadas, particularmente en la Sentencia C-486 de 2000, la Corte tuvo oportunidad de precisar que los concursos que se convoquen para proveer cargos o empleos en los órganos y entidades del Estado deben ser abiertos, pues así se infiere del mandato contenido en el artículo 125 Superior. Consideró la Corte que en virtud de ese mandato Superior, para el ingreso a la carrera se “debe otorgar oportunidad abierta e igualitaria a todas las personas, señalando obviamente los requisitos exigidos para el desempeño de aquél, según la ley”. Por eso, precisó que, tratándose del ingreso o acceso a la carrera, “no puede haber restricciones que impidan o dificulten a quien no hace parte de la entidad o del conjunto de la Administración, es decir, a la persona particular que no ha accedido al servicio, llegar a él con base en sus méritos y previo concurso.”

4.3. No obstante, frente al concurso de ascenso, se dijo en la providencia que, en cuanto por su intermedio se persigue seleccionar para un rango superior a quien incorporado a la carrera, acredite méritos suficientes para ascender en la escala jerárquica del órgano administrativo al que pertenece o a la de otro de su misma naturaleza jurídica, no se requiere que el concurso tenga un carácter abierto. En estos casos -son palabras de la Corte-, el concurso puede ser cerrado, en cuanto “comprende sólo a quienes, estando en niveles inferiores, en la organización del ente respectivo, pretenden acceder a puestos de grado superior”, o mixto, “propiciando que en ciertas entidades u organismos sean llamadas a concurso personas no vinculadas a la carrera, junto con las que ya lo están, o permitiendo a aspirantes de varias entidades que puedan participar, bajo ciertas condiciones, aun tratándose de servidores externos a la entidad.”

4.4. Para esta Corporación, la posibilidad de que al ascenso pueda llegarse mediante un sistema de concurso de méritos, cerrado o mixto, surge, precisamente, “de la voluntad del legislador y de sus consideraciones acerca de factores y variables inherentes a las distintas modalidades de actividad estatal”, en el entendido de que si bien la Constitución le asigna a aquél la competencia para regular la carrera, no le impone ni le exige que adopte “una u otra forma de concurso para ascenso”.

4.5. Por eso, dejando a salvo la libertad de configuración legislativa para regular el tipo de concurso que pueden regir determinados ascensos, la Corte consideró justo que para tales concursos la ley “se refiera únicamente a aquellos empleados que están en carrera administrativa, como una forma de proteger precisamente a las personas que ya se sometieron al proceso de selección” A su juicio, “si resultara absoluta la regla del concurso abierto, aplicándola inclusive para los ascensos, ningún valor tendría el mérito ya demostrado en el desempeño de las funciones asignadas, el cumplimiento de las obligaciones y deberes del empleado inscrito en carrera, su esfuerzo por lograr preparación, capacitación y superación, ni las calificaciones obtenidas durante su trayectoria, pues fácilmente podrían resultar descartados todos esos elementos mediante el ingreso de alguien que no ha iniciado la carrera ni ha sido sometido a prueba dentro de la misma. Ello

significaría desestímulo y frustraría en buena parte los propósitos del sistema.”

4.6. Desde esta perspectiva, hasta antes de proferirse la Sentencia C-266 de 2002, la jurisprudencia era unívoca en reconocer que no existía ningún mandato constitucional que le impusiera al Congreso el deber de establecer tipos absolutos de concurso para el ascenso, tanto en el régimen general de carrera como en los especiales cuya existencia garantiza la propia Carta. Bajo ese entendido, la consideración según la cual era posible promover concursos cerrados en el sistema de ascenso; esto es, concursos en los cuales sólo se admitiera la participación de personal escalafonado, para la Corte encontraba un fundamento de principio en el propio artículo 125 Superior. No solo por cuanto dicha norma no limitaba la competencia legislativa en esa área, sino también porque permitía reconocerle a quienes ya pertenecen a la carrera una oportunidad de promoción de acuerdo a sus méritos, a la manera de estímulo necesario para hacer realidad los objetivos perseguidos con el sistema y premiar la experiencia de quienes por méritos vienen laborando en el servicio público.

4.7. Sin embargo, ese aval otorgado por la Corte al Congreso de la República para expedir normas sobre concursos cerrados en la fase de ascenso del régimen de carrera, fue objeto de expresa modificación en la Sentencia C-266 de 2002, rectificándose de este modo la interpretación que hasta el momento venía haciendo la Corporación en torno al alcance reconocido al artículo 125 de la Carta y a las normas Superiores que le son concordantes, y que permitieron justificar la permanencia en el ordenamiento jurídico de las disposiciones regulatorias de los concursos cerrados.

4.8. Compartiendo la misma línea jurisprudencial de la que partió la Corte para justificar su posición inicial, en el sentido de considerar que en atención a los derechos fundamentales de igualdad de oportunidades y acceso y desempeño de funciones y cargos públicos, no es posible la exclusión de ciudadanos para la provisión de empleos en los órganos y entidades del Estado, se precisó en la precitada Sentencia C-266 de 2002 que: “no puede haber concursos cerrados, ni en el ingreso a los cargos de carrera ni en el ascenso a los mismos”, ya que tal tipo de concurso está proscrito para cargos de esa naturaleza conforme a una interpretación sistemática de los artículos 125, 13, 41 y 209 de la Constitución Política que, por lo demás, no había sido advertida por la Corporación en las decisiones judiciales precedentes.

4.9. Sostuvo la Corte que si el régimen de carrera tiene como doble propósito la escogencia de los funcionarios según sus méritos y calidades, y la garantía de la igualdad de oportunidades en el acceso a las funciones y cargos estatales, al restringirse la provisión de esos cargos por vía del concurso público únicamente a la fase de ingreso a la carrera, se afectaría la esencia del régimen y los derechos que le sirven de sustento -igualdad y libre acceso a las funciones públicas-, concretamente, respecto de quienes tendrían la expectativa de acceder a la carrera por vía de los cargos reservados para la fase de ascenso. Esta nueva apreciación jurisprudencial -lo dice el fallo-, se adecua más al fundamento constitucional de la carrera, en cuanto el artículo 125 Superior señala como regla general el sistema de concurso abierto o público, sin entrar a distinguir si se trata de nombramiento para ingreso o ascenso; circunstancia que, a su vez, le impide al legislador entrar a diferenciar entre estas

dos fases para efectos de consagrar los concursos cerrados de ascenso.

4.10. A juicio de este Tribunal, aún considerando que el sistema de concurso cerrado puede resultar adecuado para hacer realidad el objetivo de estimular a los funcionarios escalafonados o inscritos en carrera y reconocerles su experiencia y buen desempeño en el ejercicio de sus funciones, dicho proceder “ es innecesario” en el entendido que puede acudir a otros métodos menos lesivos de las garantías reconocidas a terceros -quienes también por sus calidades podrían acceder al cargo- y, a su vez, más apropiados e idóneos para asegurar tanto la observancia de tales fines lícitos, como la eficiencia de la función pública y la igualdad en la posibilidad de acceso a la misma en todas sus fases.

Sobre este particular, se dijo en la Sentencia C-266 de 2002, lo siguiente:

“4.2.1. La jurisprudencia que admitía la constitucionalidad de los concursos cerrados para el ascenso en la carrera contradice la Constitución, específicamente los artículos 125, 13, 41 y 209.

El artículo 125 de la Constitución consagra dos reglas generales: los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones constitucionales y legales; además, el nombramiento de los funcionarios debe hacerse por concurso público, salvo que el sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, lo que no se aplica a los empleos de carrera. En consecuencia, el nombramiento de funcionarios en cargos de carrera debe hacerse, salvo excepciones constitucionales o legales, mediante concurso público. La disposición constitucional no distingue si se trata de nombramientos para ingresar o ascender en la carrera al establecer el concurso público como condición del nombramiento del funcionario que pretende ocupar un cargo de carrera. Si la Constitución no distingue entre el ingreso a la carrera y el ascenso a la misma - sino que por lo contrario impone, en ambos casos, que se cumplan “los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes” (art. 125 C.P.) -, no corresponde al intérprete distinguir entre estas dos eventualidades para efectos de determinar el alcance de la regla general sobre el nombramiento por concurso público. El concurso público tiene como función no sólo la escogencia según los méritos y calidades del aspirante (arts. 125 y 209 C.P.), sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) en el acceso a las funciones y cargos públicos (art. 40 num. 7 C.P.). De limitarse el mecanismo de nombramiento de funcionarios de carrera por vía del concurso público sólo al ingreso a la carrera y excluirlo, así sea parcialmente, del ascenso en la carrera, no sólo se desconocería el texto del artículo 125 de la Carta, sino que se vulnerarían los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

4.2.1.2. Le asiste razón al demandante cuando sostiene que la norma acusada no es razonable al establecer que personas ajenas a la entidad o de la entidad pero no escalafonadas no puedan participar en los concursos de ascenso en la carrera. Ello porque los funcionarios de carrera ya habrían recibido una calificación especial en el concurso, sin que se justifique otorgarles un beneficio adicional frente a los demás postulantes. La norma acusada, en efecto, viola el derecho a la igualdad de oportunidades por excluir, en un primer momento, del concurso para ascender en la carrera de la Procuraduría a las personas no escalafonadas en la carrera de la entidad. Los factores que llevan a Corte a esta conclusión

consisten en lo siguiente:

4.2.1.2.1. Los fines perseguidos por la norma que define quienes pueden en principio participar en el concurso de ascenso de la Procuraduría General son estimular a quien se ha destacado y reconocer los esfuerzos, el cumplimiento, la eficiencia y la experiencia en la carrera de la entidad. Tales fines son sin duda legítimos e importantes. Ahora bien, uno de los medios escogidos por el legislador para alcanzar dichos fines es el concurso cerrado para ascender a un cargo de carrera de superior jerarquía, en el cual sólo pueden participar – en principio, esto es, si hay por lo menos cinco inscritos en la carrera que cumplen con los requisitos para optar por el cargo que se prevé proveer – los inscritos en la carrera de la entidad. Se pregunta la Corte si la afectación del derecho a la igualdad de oportunidades, respecto de las personas ajenas a la entidad que quisieran ocupar el cargo vacante, que implica el impedirles participar en el concurso cerrado de ascenso, es razonable, o, por el contrario, vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de terceros ajenos a la entidad.

En concepto de la Corte, aunque el mecanismo del concurso cerrado resultase adecuado para alcanzar los fines de estimular a los inscritos en la carrera de la Procuraduría y reconocerles su cumplimiento, eficiencia y experiencia en el desempeño de cargos en la entidad, lo cierto es que el concurso cerrado de ascenso – y la exclusión de terceros igual o más calificados que éste lleva implícita – es innecesario, ya que existen otros medios menos lesivos de los derechos fundamentales de terceros – quienes también podrían, por sus calidades, optar para ocupar el cargo de carrera mediante el concurso público – y más adecuados para asegurar no sólo los fines de la norma sino también otros igualmente importantes como son la buena calidad de la función pública y la igualdad en el acceso y el ejercicio de la función pública. En efecto, nada impide que en el diseño del concurso se diseñen y adopten otros medios como, por ejemplo, el otorgamiento de puntos a los inscritos en la carrera y el ascenso del escalafonado y no del externo en caso de empate, con miras a estimular a los servidores de carrera y valorar su desempeño y su experiencia en la entidad, siempre que dichos medios no establezcan ventajas que en la práctica equivalgan a una barrera de entrada para los ciudadanos ajenos a la entidad ni represente un privilegio contrario al sistema de mérito en la provisión de cargos que protege la igualdad de oportunidades. El medio alternativo del concurso abierto (o mixto) además de valorar la dedicación de los servidores de carrera, no excluiría a otros potenciales participantes con mayores calidades y méritos. Con ello se deja a salvo, además, el derecho a la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) en el acceso a los cargos públicos (art. 41 num. 7 C.P.), se optimiza la calidad de la función pública y se promueve el principio de imparcialidad como fundamento de la función administrativa (art. 209 C.P.).”

4.11. Tomando como base las consideraciones expuestas, aclaró el aludido fallo que las premisas que habían llevado al órgano de control constitucional a considerar legítimos los concursos cerrados, como eran el amplio poder de configuración legislativa reconocido al Congreso y la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades, en últimas se contradecían con tal posición y con la concepción generalizada que sobre el régimen de carrera ha venido adoptando la Corporación en casos semejantes, pues los concursos cerrados constituían un trato privilegiado y preferencial a favor de los empleados del Estado, y una medida restrictiva, discriminatoria e irrazonable frente al derecho de acceso a los

cargos públicos reconocido a todo ciudadano que no pertenece a la carrera y que tiene interés en vincularse. Así, se expresó en la providencia que no resultaba sensato avalar el ejercicio de una competencia legislativa que desborda los cánones constitucionales relacionados con el sistema de provisión de cargos públicos y, además, que resulta lesiva de los principios y garantías allí reconocidos.

Al respecto, precisó la Sentencia:

“Las premisas en las que se basó la Corte en el pasado para concluir sobre la constitucionalidad de los concursos cerrados eran que con ellos se reconocía la igualdad de oportunidades y que el legislador tenía una amplia facultad de configuración jurídica para determinar el tipo de concurso - abierto, cerrado o mixto - a aplicar para el ascenso en la carrera de una cualquiera entidad del Estado. No obstante, esa misma jurisprudencia contradecía las mencionadas premisas. En efecto, en criterio de la Corte era constitucional el concurso cerrado de ascenso, porque de todas formas la administración, por razones del buen servicio, tendría la potestad de determinar cuándo y para qué organismo o entidad del Estado adelantaría un concurso mixto, en el que sí pudieran tomar parte ciudadanos no inscritos en carrera. De lo contrario, la aplicación indiscriminada del concurso público abierto en la provisión de todos los cargos de carrera del Estado, aseveró la Corte en Sentencia C-486 de 2000, “podría hacer imposible el ascenso como forma de estímulo por el mérito demostrado”.

Nótese que la Corte se había abstenido de analizar la razonabilidad de la diferenciación entre los inscritos y los no inscritos en carrera como criterio de diferenciación al momento de determinar quiénes pueden tomar parte en el concurso de ascenso, esto es, si tal exclusión es razonable y proporcionada o por el contrario viola la igualdad de oportunidades y representa una limitación innecesaria del derecho político a acceder a cargos públicos. Tal abstención se funda en que, según la Corte, de aceptarse la aplicación del concurso público abierto se desconocería el mérito de quienes ya están en carrera y se desincentivaría la pertenencia a la misma. Tal afirmación carece, sin embargo, de sustento, ya que - como se dijo más arriba - bien puede reconocerse a los inscritos en carrera su experiencia, cumplimiento, eficiencia y méritos en el desempeño en la carrera, mediante medidas alternativas menos restrictivas de la igualdad de oportunidades y del derecho político fundamental a acceder a cargos públicos. La medida de excluir del concurso a los no escalafonados no es la única disponible para alcanzar los fines de estímulo al esfuerzo, al cumplimiento, a la eficiencia y a la experiencia en la carrera de la entidad. Por otra parte, se contradice la propia Corte en la sentencia C-110 de 1999, al afirmar que es el Jefe de esta entidad el llamado a determinar a qué modalidad de concurso recurre - si cerrado, mixto o abierto - en caso de un concurso de ascenso, cuando anteriormente había sostenido que es el legislador, en ejercicio de la competencia de configuración legislativa, el llamado a determinar el tipo de concurso para el ascenso en la Procuraduría General de la Nación.

4.2.3. Adicionalmente, la ratio decidendi de las jurisprudencias antes citadas sobre la constitucionalidad de los concursos cerrados, tampoco es consistente con las sentencias constitucionales que reconocen en el mérito un criterio fundamental para determinar el acceso, el ascenso y el retiro de la función pública. Entre dichas sentencias cabe mencionar las relativas al ascenso en la carrera diplomática y consular¹¹, a la inconstitucionalidad de la

imposibilidad de participar en concursos de ascenso en la DIAN diferentes al correspondiente a la categoría inmediatamente superior¹², a las calidades requeridas para el cargo de notario¹³ y a los méritos para la promoción en la carrera docente¹⁴. Lo anterior porque cualquier tipo de trato privilegiado o preferencial a servidores públicos, así sean de carrera, es contrario a la calidad y al mérito como criterios para el ingreso, el ascenso y la permanencia en la función pública (art. 125 C.P.).

4.3. Se justifica el cambio de precedente cuando éste contradice la Constitución, es incompatible con las premisas de las que parte para decidir y no es consistente con otras sentencias de la propia Corte sobre la materia. En el presente caso tal cambio - v.gr. excluir totalmente la posibilidad de concursos cerrados para ingresar o ascender a cargos de carrera en la Procuraduría General de la Nación - se justifica porque de otra forma se desconocen los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y al acceso a las funciones y cargos públicos, así como la regla general según la cual los empleos en las entidades y órganos del Estado son de carrera y deben ser provistos mediante concurso público.”

4.12. En consecuencia, a partir de la Sentencia C-266 de 2002, en la que se declaró inexecutable el numeral 2° del artículo 192 del Decreto-Ley 262 de 2000, que preveía los concursos cerrados para ascender en los cargos de la Procuraduría General de la Nación, la Corporación concluyó que la exclusión de ciudadanos no inscritos en carrera de los concursos de ascenso para proveer cargos en los distintos órganos y entidades del Estado, comporta una medida irrazonable, contraria al sistema de ingreso, permanencia y ascenso a los empleos públicos por méritos, que viola ostensiblemente los artículos 125, 13 y 40 de la Constitución Política.

4.13. En este sentido, la Corte Constitucional modificó el precedente existente en torno a la legitimidad de los concursos cerrados, para dejar en claro que es el concurso público, abierto o mixto, el único mecanismo idóneo para regular el ingreso al servicio público y el ascenso en el escalafón, constituyéndose este último en el criterio imperante de interpretación constitucional que debe aplicarse hacia el futuro, y que fija un límite a la libertad de configuración política del legislador cuando se trata de regular los distintos regímenes de carrera.

Teniendo en cuenta esta última consideración, entra pues la Corte a determinar si la disposición acusada contradice la regla de interpretación según la cual no le es dable al legislador establecer concursos cerrados de ascenso en los distintos regímenes de carrera y, en especial, en el previsto para la Fiscalía General de la Nación.

5. Análisis de constitucionalidad del artículo 115 del Decreto-Ley 261 de 2000. Declaratoria de exequibilidad de la disposición acusada.

5.1. Como ya se ha expresado, a través del artículo 115 del Decreto-Ley 261 de 2000, se regula el concurso de ascenso para el régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación, disponiendo el aludido precepto que el ascenso es una forma de provisión de cargos de carrera que se encuentran vacantes definitivamente, el cual se surte mediante el sistema de concurso de méritos, con la participación de funcionarios o empleados inscritos en carrera, para quienes no habrá período de prueba. La norma es del siguiente tenor literal:

“Artículo 115. El ascenso es una forma de provisión de los cargos de carrera vacantes definitivamente, mediante el sistema de concurso de méritos, con funcionarios o empleados inscritos en la carrera. En este caso no habrá lugar a período de prueba.”

5.2. En relación con su contenido material, tanto la demandante como el Ministerio Público coinciden en señalar que por su intermedio se promueve una forma de concurso cerrado de ascenso que, según lo estipulado por la Corte en la Sentencia C-266 de 2000, pugna con las disposiciones constitucionales llamadas a regular el régimen de carrera para todos los órganos y entidades del Estado, y con aquellas que garantizan los derechos a la igualdad de oportunidades y al libre acceso a los empleos y cargos públicos.

5.3. No obstante lo anterior, una primera lectura del texto acusado no conduce a la conclusión propuesta en la demanda y compartida por la Agencia Fiscal. De hecho, atendiendo a su tenor literal, no puede afirmarse que en forma expresa la norma este limitando el concurso de ascenso sólo para los inscritos en carrera, ni tampoco que este excluyendo a quienes no pertenecen a la misma de la posibilidad de aspirar a ocupar los cargos que se encuentren vacantes. En consecuencia, para poder establecer el verdadero alcance de la disposición impugnada, la Corte considera necesario adelantar el presente juicio de inconstitucionalidad a partir del contexto normativo en que la misma fue expedida.

5.3.1. En armonía con la regla general consagrada en el artículo 125 de la Constitución Política, que le asigna al Legislador -ordinario o extraordinario-la competencia para fijar los requisitos y condiciones del régimen de carrera, el artículo 253 del mismo ordenamiento, ya en forma específica, delega en aquél la facultad para determinar lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, “al ingreso por carrera y al retiro del servicio” de los funcionarios y empleados de dicha dependencia.

5.3.2. Dando cumplimiento a este mandato, el legislador extraordinario expidió el Decreto-Ley 261 de 22 de febrero de 2000¹⁵, “Por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”, en cuyo Título VI, Capítulos Primero (I) a Séptimo (VII), se desarrollan los temas referentes a la naturaleza de los empleos de la fiscalía y su régimen de carrera.

5.3.3. En relación con este último, se dispone en los artículos 105 y 107 del citado decreto que la Fiscalía General de la Nación es titular de su propio régimen de carrera, el cual tiene por objeto la profesionalización y eficiencia en la prestación del servicio, así como la “garantí[a] [de] la igualdad de condiciones para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro de los funcionarios y empleados, con base en sus méritos”; y que el mismo es administrado con plena autonomía por la Comisión Nacional de la Fiscalía General, de conformidad con los principios del “concurso de méritos y calificación de servicios”.

5.3.4. Respecto al proceso de selección por concurso de méritos, el artículo 108 dispone que comprende la convocatoria, las pruebas y el periodo de prueba cuando éste es necesario, precisando el mismo dispositivo que: “Todo proceso de selección será público y abierto”, y que: “en consecuencia, podrán participar quienes pertenecen a la carrera o personas ajenas a ella”.

5.3.5. Sobre la convocatoria, los artículos 109 y 110 la definen como norma obligatoria y

reguladora de todo proceso de selección, que se hará en forma periódica cada dos (2) años “a fin de garantizar la conformación de lista de elegibles para la provisión de las eventuales vacantes, en cualquier especialidad y nivel”; debiendo además ser divulgada, en todos los casos, de acuerdo a lo establecido en el reglamento que expida la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General.

5.3.6. Siguiendo lo dispuesto en los artículos 111, 112 y 113, con las pruebas se busca apreciar la capacidad, idoneidad y aptitudes de los aspirantes a través de la valoración objetiva y ponderada de los conocimientos, títulos y estudios académicos, experiencia profesional y habilidades para el cargo. Lo que permite que, a partir de los resultados que tales pruebas arrojen, se proceda a conformar una lista de elegibles con los aspirantes que las hayan aprobado en estricto orden de méritos, dando paso a la provisión de cargos con quien “ocupe el primer puesto en la lista de elegibles y en estricto orden descendente”.

5.3.7. De acuerdo a lo prescrito en el artículo 114, el aspirante que es escogido mediante el proceso de selección será nombrado en periodo de prueba por tres (3) meses, al cabo del cual se califica el servicio con el fin de evaluar su eficiencia, adaptación y condiciones para el desempeño del cargo. Prevé la misma norma que si el aspirante obtiene “calificación satisfactoria, deberá ser nombrado en propiedad y escalafonado dentro de la carrera”, pero en el evento en que “la calificación es insatisfactoria, deberá ser retirado del servicio”.

5.3.8. Como ya se ha tenido oportunidad de explicar, el artículo 115 del citado ordenamiento se ocupa de definir el concurso de ascenso como una forma de provisión de cargos de carrera que se encuentran vacantes definitivamente, en tanto que los artículos 116 y 117, con los cuales se concluye el tema de la provisión de cargos en lo que interesa destacar en esta Sentencia, regulan lo referente al proceso de inducción que deben seguir los nuevos funcionarios y la posibilidad de efectuar nombramientos provisionales en caso de vacancia definitiva y temporal, cuando todavía no se ha surtido el respectivo proceso de selección y no existe lista de elegibles.

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

5.5. En realidad, siguiendo los presupuestos que gobiernan la provisión de cargos en dicha institución, se tiene que, por disposición de los artículos 105 y 108 del Decreto 261 de 2000,

a los que ya se ha hecho expresa referencia, el régimen de carrera en la Fiscalía General de la Nación está soportado en dos principios básicos, a saber: (i) la igualdad de condiciones para el ingreso, ascenso y retiro de funcionarios y empleados (art. 105), y el que (ii) “todo proceso de selección será público y abierto”, con la participación de “quienes pertenecen a la carrera o personas ajenas a ella” (art. 108). En consecuencia, el hecho que la norma impugnada defina el concurso de ascenso señalando que éste se surte con funcionarios y empleados de carrera, no pretende hacer nugatorio los principios que orientan el régimen y que dejan en claro, se repite, que todos los procesos de selección en la entidad son públicos y abiertos y que en sus fases de ingreso y de ascenso debe predominar la igualdad de oportunidades.

5.6. Compartiendo el criterio expresado por el señor Fiscal General de la Nación en su escrito de intervención, a través del precepto impugnado lo que se busca es resaltar el significado de los concursos de ascenso como un medio de provisión de cargos de carrera que se encuentran vacantes de manera definitiva, en el entendido que éstos, en todo caso, deben llevarse a cabo con la participación activa de los funcionarios o empleados escalafonados, sin que ello implique excluir del concurso a personas que no pertenecen a la carrera y que tiene interés legítimo en ingresar. En este sentido, lo que consagra el artículo 115 del Decreto 261 de 2002, en concordancia con los artículos 105 y 108 del mismo ordenamiento, es la posibilidad de un concurso de ascenso público y abierto pero de carácter mixto, en cuanto prevé la participación combinada de aspirantes inscritos en carrera y de quienes son ajenos a ella, con la expectativa legítima de acceder a un cargo de mayor jerarquía los primeros, o de incorporarse al escalafón los segundos. Incorporación que, en tratándose de los que pretenden ingresar por primera vez, se cumple luego de superado el periodo de prueba de que trata el artículo 114 ibídem, y al cual -valga la aclaración- no se encuentra sometido el personal de carrera que aspira a obtener un ascenso, tal y como lo dispone la preceptiva impugnada en su última expresión.

5.7. Los concursos mixtos, lo ha dicho la Corte en múltiples pronunciamientos y lo reiteró en la precitada sentencia C-266 de 2002, son una forma de concurso público y abierto que en nada contradice los principios y garantías constitucionales que se ocupan de fijar las bases en cuyo contexto han de desarrollarse los regímenes de carrera en el servicio público. Por el contrario, el ámbito dentro del cual éstos se desarrollan, se ajusta plenamente a la exigencia contenida en el artículo 125 de la Carta, que ordena nombrar a los empleados y funcionarios de carrera “por concurso público”, sin distinguir para tales efectos entre la provisión por ingreso o por ascenso; mandato que coincide sin discusión, con la regulación normativa mencionada y con el sentido atribuido al artículo 115 objeto de este juicio a partir de lo que describe su texto.

5.8. Entonces, no es posible adelantar el presente juicio de inconstitucionalidad, a partir de una interpretación aislada de la preceptiva acusada, para concluir que promueve una forma de concurso cerrado y excluyente. Tal proceder, no solo atentaría contra el verdadero tenor literal de la norma, en cuanto ella, ni está excluyendo del concurso de ascenso al personal no escalafonado, ni expresamente está limitando su participación únicamente a los servidores en carrera; sino que además, implicaría ignorar el contexto jurídico dentro del cual la misma

fue expedida, como es el de considerar -a título de principio fundamental- que todos los concursos en el régimen de carrera de la Fiscalía General deben ser públicos y abiertos, conforme a lo dispuesto por el artículo 108 del ordenamiento legal acusado y demás normas concordantes.

5.9. Obviamente que si la conclusión a la que hubiere arribado la Corte fuera la contraria; es decir, la de entender que no existen principios regulatorios del régimen de carrera en la Fiscalía que garanticen en todas sus fases la operancia de los concursos abiertos, y que por intermedio de la norma acusada se está consagrando una modalidad de concurso cerrado, la decisión habría coincidido con la acusación de la demanda y con el concepto de la Agencia Fiscal: la declaratoria de inexecutable del artículo acusado, pues como ha quedado suficientemente explicado, los concursos cerrados en cualquier fase de la carrera viola los fundamentos constitucionales de dicho régimen contenidos en el artículo 125 Superior, y los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, también consagrados en los artículos 13 y 40-7 de la Constitución Política. Sin embargo, debe insistirse, la posibilidad de incluir concursos cerrados en el régimen de carrera de la Fiscalía no resulta compatible con las normas generales que lo gobiernan y que proyectan su forma de reglamentación y ejecución, ni tampoco constituye la pretensión de la norma impugnada al definir al concurso de ascensos.

5.10. Siguiendo los lineamientos aquí reseñados, la Corte encuentra que la demanda formulada contra el artículo 15 del Decreto 262 de 2000 no está llamada a prosperar, toda vez que la actora y la propia Vista Fiscal partieron de un criterio errado para fundar su inconstitucionalidad: considerar, dentro de una interpretación aislada y no ajustada a su texto, que dicha norma preveía una forma de concurso cerrado para la provisión de cargos en la Fiscalía General de la Nación -por la vía del ascenso-, ignorando por completo el contexto normativo dentro del cual la misma fue expedida, y que lleva a la inexorable conclusión que todos los concursos al interior de la entidad son públicos y abiertos. Por esta razón, en la parte resolutive de la presente providencia, se procederá a declarar su exequibilidad, en los términos de lo consignado en el punto 5 de las consideraciones de esta Sentencia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E

Declarar EXEQUIBLE el artículo 115 del Decreto-Ley 261 de 2000, "Por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones", en los términos de lo consignado en el punto 5 de las consideraciones de esta Sentencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Presidente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor Jaime Córdoba Triviño, no firma la presente sentencia por cuanto en la fecha le fue aceptado impedimento para intervenir en la decisión.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 125 de la Carta, del régimen de carrera tan sólo están exentos los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

2 Sentencia C-479/92, Ms.Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

3 Sentencia *ibídem*.

4 Sentencia C-563/2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

5 Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes Sentencias: C-479/92, C-391/93, C-527/94, C-040/95, C-063/97 y C-110/99.

7 Sentencia C-063/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

8 Ver las Sentencias C-479/92, C-063/97 y C-110/99.

9 Sentencia C-063/97.

10 Sentencia C- 110/99.

11 Corte Constitucional, Sentencia C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

12 Corte Constitucional, Sentencia C-725 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

13 Corte Constitucional, Sentencia C-097 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz.

14 Corte Constitucional, Sentencia C-973 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

15 A través del Decreto-Ley 261 de 2000, se derogó y modificó en lo pertinente el Decreto-Ley 2699 de 1991, que a su vez era el llamado a regular la estructura de la Fiscalía General de la Nación luego de su creación por el Constituyente de 1991.