

Sentencia C-279/07

## PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación/UNIDAD NORMATIVA-Integración

Es preciso advertir que, como lo expuso la Procuraduría General de la Nación, los argumentos del demandante podrían ser considerados como generales y, por lo tanto, ambiguos. No obstante, en razón al principio de pro actione y dado que el actor cumplió con una carga mínima de argumentación que permite identificar las razones por las que el demandante considera inconstitucionales las normas demandadas, la Corte procederá a resolver de fondo sobre la demanda. Además, respecto del artículo 70 el reproche del actor versa tanto sobre la situación de los que se encuentran en provisionalidad como sobre la causa de que exista en la Fiscalía un número significativo de funcionarios en provisionalidad, v.gr. la ausencia de realización del concurso de méritos al cual se refiere el inciso primero de dicho artículo. Sin embargo, el actor en la demanda no extendió el objeto de sus cargos a dicho inciso, lo cual llevó al Procurador a proponer que la Corte efectúe la integración normativa y condicione la exequibilidad del mismo. La Corte acoge el planteamiento del Procurador puesto que ello es necesario para comprender integralmente el problema constitucional planteado por el actor.

## CARRERA ADMINISTRATIVA EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Orden de implementarla en sentencia T-131/05

ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002-Establecimiento de plazo máximo para que nuevo sistema penal entre en pleno funcionamiento/CARRERA ADMINISTRATIVA EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Parámetro para definir fecha en que debe terminar proceso de implementación de carrera

El artículo 5 del Acto Legislativo 03 de 2002 dispone que “el nuevo sistema [penal acusatorio] deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008”. Así, para el 31 de diciembre de 2008 la estructura de la Fiscalía General de la Nación se deberá haber ajustado completamente a los requerimientos del sistema penal acusatorio. La implementación definitiva del nuevo sistema penal acusatorio, en cumplimiento de esta disposición constitucional, requiere que la provisión de los cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación se realice mediante concurso de méritos. De tal forma que el propio constituyente ha fijado un plazo máximo para que el nuevo sistema entre en pleno funcionamiento. Dicho plazo ofrece a la Corte un parámetro específico, claro y pertinente para definir la fecha para la cual habrá de haber culminado el proceso de implementación de la carrera que ya está en curso en la Fiscalía, en virtud de lo previamente ordenado en la sentencia de tutela citada.

## DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Alcance

EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Goza de estabilidad intermedia

La Corte ha entendido que los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un

funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia. Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada. Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

CARRERA ADMINISTRATIVA EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Plazo para que Fiscalía culmine aplicación del sistema de carrera/PRINCIPIO DE IGUALDAD EN ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Vulneración por no implementación del sistema de carrera en Fiscalía General de la Nación/SENTENCIA CONDICIONADA-Applicación/DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Vulneración por no implementación del sistema de carrera en Fiscalía General de la Nación

A la luz de la Constitución es incompatible con la Carta que todavía no se haya implementado el sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación, ya que esto conlleva la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso, así como la vulneración de los principios constitucionales que rigen el acceso por mérito a la función pública. Sin embargo, declarar inconstitucional la norma que refiere al concurso lejos de proteger tales derechos y principios, agrava las vulneraciones antes mencionadas. Lo que conduce a que la técnica del fallo adecuada sea la de un condicionamiento que comprenda tanto los aspectos materiales como temporales derivados de la constitución en punto al régimen de la Fiscalía dentro del nuevo sistema penal acusatorio. Por lo tanto, la Corte procederá a declarar la exequibilidad del primer inciso del artículo 70 de la Ley 938 de 2004, en el entendido de que a más tardar el 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación deberá haber culminado la aplicación del sistema de carrera en la entidad, mediante los concursos públicos de mérito correspondientes.

EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Necesidad de motivación del acto de desvinculación/DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Acto de desvinculación debe ser motivado por razones del servicio específicas

De acuerdo con la jurisprudencia, la desvinculación de los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad debe respetar el derecho al debido proceso, lo cual se concreta en el derecho de esos servidores de que en el acto que dispone su retiro se indiquen las razones específicas de la declaratoria de su insubsistencia. Además, los motivos invocados para justificar la desvinculación deben referirse al servicio, es decir, deben responder al interés público. Todo ello persigue evitar arbitrariedades, tratos discriminatorios o favoritismos. De acuerdo con lo anterior, para que el inciso segundo del artículo 76 de la

Ley 938 se encuentre en armonía con el derecho al debido proceso y con la jurisprudencia de esta Corte en sede de tutela, es necesario precisar que el retiro de un funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad debe ser motivado por razones del servicio atinentes específicamente al funcionario que habrá de ser desvinculado dada sus responsabilidades dentro de la entidad. Por lo tanto, la Corte declarará la exequibilidad del inciso segundo del artículo 70 así como del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia.

Referencia: expediente D-6485

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 70 (parcial) y 76 (parcial) de la Ley 938 de 2004, “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.”

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil siete (2007).

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

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Carlos Rey Vega presentó demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 938 de 2004 por la cual “se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”.

Mediante auto del 20 de septiembre de 2006, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda presentada, ordenó que se comunicara la iniciación de este proceso a la Presidenta del Congreso de la República, tal como lo establece el artículo 244 de la Constitución y el inciso 1 del artículo 11 del Decreto 2067 de 1991.

De igual manera, en virtud del inciso 2 del artículo 11 del Decreto 2067 de 1991 se ordenó que se comunicara de la iniciación de este proceso de constitucionalidad al Presidente de la República y al Ministro del Interior y de Justicia, para que si lo estimaban oportuno, presentaran por escrito las razones que justifican la constitucionalidad de las normas sometidas a control.

Finalmente, de acuerdo con la facultad establecida en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional comunicó la iniciación de este proceso de constitucionalidad e invitó a participar al Fiscal General de la Nación, al Jefe del Departamento Administrativo de la Función Pública, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a Asonaljudicial, a la Escuela Superior de Administración Pública y a las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional

de Colombia, de la Universidad Externado de Colombia, de la Universidad Javeriana, de la Universidad de los Andes y de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Adicionalmente, mediante el citado auto del 20 de septiembre de 2006 se dispuso correr traslado de este proceso al Procurador General de la Nación, según lo establecido en el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991 y se ordenó fijar en lista las normas acusadas para la intervención ciudadana.

Cumplidos los trámites ya relacionados, propios de esta clase de procesos, y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

## II. NORMAS DEMANDADAS

El texto de las disposiciones objeto de la demanda se cita a continuación, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 45.778 del 31 de diciembre de 2004.

LEY 938 DE 2004

(diciembre 30)

por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 70. Nombramientos. La provisión de un cargo de carrera se efectuará mediante nombramiento en propiedad, una vez superado el período de prueba. Cuando ello no fuere posible, se procederá al nombramiento mediante la figura de encargo, atendiendo al lleno de los requisitos y al perfil del cargo respectivo.

Excepcionalmente, cuando no fuere posible proveer dicho cargo en la forma anteriormente descrita, se procederá al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso generará derechos de carrera.

Artículo 76. Retiro. Es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad en los eventos previstos como causales para tal efecto.

Los demás servidores serán objeto de la facultad discrecional del nominador.

El retiro de la carrera tendrá lugar mediante acto motivado, contra el cual procederán los recursos de la vía gubernativa.

(Se subrayan las partes demandadas)

## III. LA DEMANDA

El actor señala que el artículo 70 (parcial) y el aparte demandado del artículo 76 de la Ley

938 de 2004 son contrarios a los artículos 29, 53, 209 y 229 de la Constitución y vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, al trabajo y al acceso a la justicia.

Frente al aparte acusado del artículo 70 de la Ley 938 de 2004, el demandante señala que a pesar de que, en el marco de la carrera administrativa, éste es “entendible”<sup>1</sup>, el citado aparte (reforzado por el aparte acusado del artículo 76)<sup>2</sup> “deja una gran puerta abierta”<sup>3</sup> “para que el solo hecho de la provisionalidad sea entendida<sup>4</sup> como una figura distinta y se permita cualquier acto abusivo o de desviación de poder”<sup>5</sup>.

De otro lado, frente al mismo aparte acusado del artículo 70 de la Ley 938 de 2004 el actor señala que éste pone en estado de indefensión al servidor público que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, dado que queda “a la merced de cualquier acto abusivo de poder de parte del nominador”<sup>6</sup>.

Adicionalmente señala que dicho aparte vulnera el derecho al debido proceso y al acceso a la justicia de los servidores en provisionalidad dado que se les viola “la oportunidad de controvertir lo que a él se pueda decir y que sea la causa o motivo que genere su desvinculación del servicio, impidiéndole la posibilidad de triunfar o vencer en un juicio justo (...)”<sup>7</sup>.

En otros apartes de la demanda señala que la desvinculación sin motivación le impide al perjudicado “conocer las razones verdaderas”<sup>8</sup> de tal acto, y con ello se dificulta el control judicial del acto administrativo (tanto en vía gubernativa como en vía jurisdiccional)<sup>9</sup>. Pero en todo caso, en otros apartes de la demanda señala que las desviaciones de poder son susceptibles de control judicial<sup>10</sup>.

#### IV. INTERVENCIÓN DE AUTORIDADES PÚBLICAS Y DE ORGANIZACIONES PRIVADAS.

Siguiendo lo ordenado en el artículo 244 de la Constitución y en el inciso 1 del artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional comunicó a la Presidenta del Congreso de la República, la iniciación de este proceso de constitucionalidad.

De igual manera, teniendo en cuenta lo ordenado por el inciso 2 del artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional comunicó la iniciación de este proceso de constitucionalidad al Presidente de la República y al Ministro del Interior y de Justicia, para que si lo estimaban oportuno, presentaran por escrito las razones que justifican la constitucionalidad de las normas sometidas a control.

Finalmente, de acuerdo con la facultad establecida en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional comunicó la iniciación de este proceso de constitucionalidad e invitó a participar al Fiscal General de la Nación, al Jefe del Departamento Administrativo de la Función Pública, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a Asonaljudicial, a la Escuela Superior de Administración Pública y a las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, de la Universidad Externado de Colombia, de la Universidad Javeriana, de la Universidad de los Andes y de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

El Fiscal General de la Nación, el Jefe del Departamento Administrativo de la Función Pública

y el decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario enviaron a la Corte Constitucional su concepto acerca del proceso de constitucionalidad de la referencia. Todas estas intervenciones fueron recibidas dentro del término previsto en el Decreto 2067 de 1991. A continuación se resumen cada una de estas intervenciones.

#### 1. Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

La Fiscalía, para sustentar la constitucionalidad de los apartes demandados hace un recuento doctrinario y jurisprudencial sobre el nombramiento en provisionalidad y el sistema de carrera administrativa dado que los cargos del demandante aluden a un problema sobre el empleo en provisionalidad en la función pública. Así, resalta que la Corte Constitucional ha sostenido de manera reiterada que “los actos administrativos como el que declara insubsistente un cargo en provisionalidad debe ser motivado, para que de esta manera se protejan los derechos fundamentales constitucionales, especialmente el de publicidad de los actos y de la función administrativa; sin embargo, dicha exigencia no puede confundirse con la equiparación de las personas nombradas en carrera, con las nombradas en provisionalidad.”<sup>11</sup>

Señala que “la Corte Constitucional a través de la jurisprudencia indica que la motivación o justificación del acto de insubsistencia se da solamente en tres casos para proteger de esta manera los derechos a la estabilidad laboral de los empleados en provisionalidad, más no para proteger derechos de carrera. Aunque el derecho de estabilidad laboral recae tanto en las personas nombradas en carrera, como las nombradas en provisionalidad, a partir de aquí no se puede llegar a la conclusión de que los nombrados en provisionalidad poseen todos los derechos de los nombrados en carrera.”<sup>12</sup>

Después de citar la sentencia T-454 de 2005 la Fiscalía concluye que de acuerdo a dicha jurisprudencia “la existencia y aplicabilidad de los cargos en provisionalidad es constitucional, la remoción de los servidores públicos que detenten dichos cargos debe ser motivada y solo podrán ser desvinculados teniendo en cuenta los casos referidos: motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza definitivamente; ello en atención al derecho a la estabilidad laboral de dichos empleados y a la motivación de los actos administrativos que se deduce de los derechos de publicidad y debido proceso.”<sup>13</sup>

Así mismo, hizo referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que establece la procedibilidad de la acción de tutela para proteger los derechos de las personas que se encuentren en indefensión en casos de declaratoria de insubsistencia de personas que ocupan cargos de carrera en provisionalidad. También recordó el artículo 51 de la Ley 909 de 2004 que establece que no podrá removerse del cargo en provisionalidad a las mujeres que se encuentre en estado de embarazo o disfrutando de su licencia de maternidad.

La Fiscalía considera que no le asiste razón al demandante respecto a la inconstitucionalidad del aparte demandado del artículo 70 de la Ley 983 de 2004 ya que “los empleos de carrera regulados por la ley citada, dadas las condiciones y requisitos con que se proveen, cuentan con un fuero de estabilidad especial al no operar la remoción del cargo a menos que se presente alguno de los eventos previstos en el artículo 77 de la ley 938 de 2004; mientras que la desvinculación de quien se encuentra en provisionalidad procede, además, cuando el

cargo sea provisto por quien haya superado el concurso de méritos”<sup>14</sup>. Para la Fiscalía, el demandante, está equiparando los cargos de carrera y de provisionalidad, lo cual es improcedente ya que “solo hace referencia a la desvinculación, mientras que la norma alude a la totalidad de los derechos de carrera, entre otros, el de ser incluido en un registro de elegibles para proveer los cargos vacantes, luego de haberse sometido a una rigurosa selección en la cual solo tienen vocación de acceder al cargo público quienes hayan obtenido las mejores calificaciones.”<sup>15</sup> Finalmente, concluye que no es procedente el reclamo de inconstitucionalidad del demandante “cuando ya la Corte Constitucional ha producido una importante jurisprudencia, para que los derechos a la estabilidad laboral y al debido proceso no se vulneren, ni siquiera en los casos en que se ocupen cargos en provisionalidad. Pero en cambio considera la Fiscalía General de la Nación que acceder a las pretensiones del demandante sí puede generar desconocimiento del artículo 125 de la Carta.”<sup>16</sup>

La Fiscalía también considera que se debe declarar la constitucionalidad del aparte demandado del artículo 76 de la Ley 938 de 2004 ya que la norma “está dirigida a las personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, cargos excepcionales que solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel efectivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades, por eso su desvinculación del servicio corresponde a una facultad discrecional del nominador.”<sup>17</sup> Finalmente, concluye que acceder a las pretensiones del demandante implicaría desnaturalizar la figura de los cargos de libre nombramiento y remoción lo que haría imposible la adopción de políticas y directrices dentro de la entidad.

## 2. Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública.

El Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de la intervención de Mónica Ivón Escalante Rueda, solicita a la Corte Constitucional que declare la constitucionalidad de los apartes demandados de los artículos 70 y 76 de la Ley 938 de 2004.

El Departamento sostiene que el artículo 70 demandado desarrolla los fines del Estado al “realizar la provisión de los empleos del Estado a través del mérito, que a su vez garantiza la igualdad entre los posibles aspirantes a desempeñar dichos cargos y a delimitar la acción del nominador como garantía de condiciones laborales previamente definidas y de imperio legal.”<sup>18</sup> Por lo tanto, “dejar por fuera del ordenamiento jurídico el postulado demandado implicaría una violación directa de los principios de igualdad e imparcialidad que deben regir las actuaciones de la administración pública, en tanto que quien ha superado un proceso de selección y período de prueba para adquirir los derechos de carrera se equipararía a aquel que sin surtir dicho trámite ocupa un empleo de carrera de manera provisional.”<sup>19</sup>

Indica la interviniente que las garantías del empleado con nombramiento provisional están

otorgadas en la Constitución Política y en el Estado social de derecho. Así, señala que “la Corte en reiteradas ocasiones ha considerado que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. La desvinculación por parte de la administración sólo procedería por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar”<sup>20</sup>. Después de citar jurisprudencia de la Corte Constitucional que sustenta la anterior afirmación concluye que “si bien el empleado que ejerce un empleo de carrera en provisionalidad no se equipara al empleado de carrera -en tanto que no adquiere los derechos de la misma, por no haber ingresado por el sistema de méritos de un concurso- tampoco se equipara al empleo de libre nombramiento y remoción, y si bien por tratarse de una provisión temporal del empleo, el legislador no se extiende en regular la figura, atendiendo a los principios constitucionales que rigen la administración pública y sus actuaciones, el nominador se encuentra en el deber de motivar el acto de desvinculación o terminación de la provisionalidad, como una de las garantías del Estado Social de Derecho constitucionalmente consagrado.”<sup>21</sup>

De la misma manera el Departamento Administrativo de la Función Pública añade que las personas desvinculadas de los cargos en provisionalidad no se encuentran exentas de que se incurra en una desviación de poder mediante la declaratoria de insubsistencia por lo que pueden acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la decisión y obtener el restablecimiento de sus derechos. Por lo tanto, para el interviniente, “las normas demandadas no cercenan el derecho a la contradicción de las actuaciones del nominador como en el caso de la desvinculación de quien posee nombramiento en provisionalidad. Y es que ante la “precariedad” del nombramiento, en tanto que es una medida excepcional y transitoria de proveer los empleos de carrera de la Fiscalía, no tiene sentido que el legislador se ocupe de servidores cuyo nombramiento se encuentra destinado a desaparecer por su naturaleza misma, en tanto que de manera general se han establecido unas reglas de juego que permiten al administrado atacar las decisiones de la administración, aún en calidad de ex empleado.”<sup>22</sup>

En cuanto al aparte del artículo 76 demandado considera que debe declararse su exequibilidad ya que “cuando el artículo 76 se ocupa del retiro debe entenderse, como efectivamente se señala, de la carrera -propio de empleados inscritos en la misma- y el retiro de empleados de libre nombramiento y remoción, que tal como lo dispuso el legislador, obedece al factor discrecional del nominado.”<sup>23</sup> Finalmente, destaca que la provisionalidad es una forma de proveer de manera transitoria los empleos de carrera, pero no es una clasificación de empleos por lo que “al momento de acudir a la desvinculación del empleado con nombramiento provisional, deberá acudirse a la línea jurisprudencial y a los criterios que deben regir las actuaciones del Estado, y que el constituyente ha consagrado en el artículo 209 de la Carta, como son igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.”<sup>24</sup> De acuerdo a lo anterior, para el Departamento Administrativo de la Función Pública, no existe violación a las normas constitucionales señaladas por el demandante, específicamente los artículos 29, 53, 209 y 229 de la Constitución.

### 3. Intervención de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, a través de la intervención de su

decano, Alejandro Vanegas Franco, solicita a la Corte Constitucional que declare inexequibles los apartes demandados de los artículos 70 y 76 de la Ley 938 de 2004, al considerar que éstos vulneran el derecho al debido proceso (Art. 29 de la Constitución) y el derecho de defensa (Art. 29 de la Constitución) de quienes ocupan en provisionalidad, cargos de carrera.

En su concepto, los apartes acusados de la Ley 938 de 2004 equiparan las condiciones laborales de los funcionarios que ocupan en provisionalidad, cargos de carrera, con los que ejercen cargos de libre nombramiento y remoción.

Considera que como consecuencia de esta asimilación, quienes ocupan en provisionalidad, cargos de carrera, pueden terminar siendo retirados mediante un acto administrativo sin motivación, siendo que por el tipo de cargo que desempeñan, su retiro sólo se puede dar por justas causas o por la provisión del cargo en propiedad. Para el decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, esta circunstancia vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa de los referidos funcionarios y genera que “su situación laboral se vuelve muy frágil y está sujeta a la voluntad del nominador”<sup>25</sup>

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional que declare exequible el aparte demandado del artículo 70 de la Ley 938 de 2004 bajo el entendido que “a más tardar a partir del 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación deberá implementar y desarrollar el sistema de carrera administrativa mediante los concursos públicos de mérito correspondientes, para lo cual el Gobierno Nacional y el Congreso de la República deben garantizar los recursos que requieran”.<sup>26</sup>

De igual manera, el Procurador General solicita a la Corte que declare exequible el aparte demandado del artículo 76 bajo el entendido de que “los cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación provistos mediante nombramiento provisional gozan de estabilidad laboral relativa precaria en función de la implementación del sistema penal acusatorio, por lo que el retiro de quienes los ocupan sólo debe ocurrir por circunstancias de interés general, especialmente cuando los cargos pertinentes sean ocupados en forma permanente en virtud de los concursos públicos que deben celebrarse al respecto”.<sup>27</sup>

La Vista Fiscal aclaró en su intervención que “no obstante que los cargos presentados revisten gran generalidad, en virtud de la garantía de los derechos políticos subjetivos inmersos en la presente acción, se revisará el fondo del asunto partiendo de la base que el demandante plantea un trato diferente al que se da al cargo de libre nombramiento y remoción para efectos del retiro del cargo de carrera que se ocupa en provisionalidad, en razón del mismo cargo ocupado, lo que considera viola el debido proceso y la publicidad de los actos administrativos.”<sup>28</sup>

Para sustentar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas el Ministerio Público indicó que “los cargos en provisionalidad no generan derechos de carrera por ser una situación administrativa contraria al principio democrático expresado en el derecho político fundamental de acceder al desempeño de cargos públicos de carrera mediante concurso

público que determine los méritos y calidades de los aspirante. Se trata de situaciones excepcionales que responden al cumplimiento de las finalidades del Estado, las cuales deben ser vueltas a la normalidad en el menor tiempo posible.”<sup>29</sup>

La Procuraduría recordó la diferencia entre los empleos de carrera administrativa y los empleos en provisionalidad haciendo énfasis en que los últimos “se proveen de una manera temporal, mientras se ocupan de manera definitiva los cargos pertinentes del Estado, según lo establecido por la ley al respecto. Las administración acude a esta medida excepcional por necesidades inmediatas del servicio, con el propósito de cumplir de modo eficiente con los fines del Estado en lo que compete a cada entidad en concreto.”<sup>30</sup> De acuerdo a lo anterior, los nombramientos en provisionalidad responden a una situación excepcional que cuando se prolongan de manera indefinida “además de poner en entredicho el régimen democrático y la vigencia de un orden justo, se constituyen en la negación del debido proceso que les asiste a los ciudadanos que aspiran a ocupar tales cargos de modo permanente por sus méritos y calidades demostrados en el correspondiente de selección mediante concurso público.”<sup>31</sup> Así, los cargos nombrados en provisionalidad no pueden perder su atributo de temporalidad, como lo dijo la Corte en la sentencia C-077 de 2004 y es por ello que “resulta conforme con el orden superior que el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación haya establecido, de manera excepcional al nombramiento en propiedad en cargos de carrera, la posibilidad de nombramientos en provisionalidad en tales cargos, sin que en ningún caso genere derechos de carrera.”<sup>32</sup>

Respecto al tiempo máximo razonable para que se inicie y ejecute el proceso de provisión de cargos de carrera en la Fiscalía General de la Nación la Procuraduría considera que “cuatro años de transición y de funcionamiento del sistema penal acusatorio constituyen un término razonable y proporcionado para que el ente acusador haya determinado los requerimientos reales con los cuales debe efectuar el diseño de las necesidades del servicio que se traducirán en las funciones de los cargos y los requisitos y calidades para ocupar los mismos. Así, teniendo en cuenta que este sistema debe operar con plena vigencia judicial y técnica a más tardar el 31 de diciembre de 2008, la Fiscalía General de la Nación debe iniciar y desarrollar, a más tardar a partir de esa fecha, la puesta en marcha de la carrera administrativa que responda a las necesidades del servicio en materia de investigación y acusación, y en ese sentido, el Gobierno Nacional debe garantizar los recursos que se requieran, puesto que tal carrera es parte fundamental para la garantía del funcionamiento eficiente del sistema acusatorio.”<sup>33</sup>

El segundo punto al que hace alusión el concepto de la Procuraduría señala que “el nombramiento provisional para ocupar cargos de carrera es una facultad excepcional otorgada por el legislador para cumplir con las necesidades del servicio. La naturaleza técnica de los cargos de carrera demanda que el personal que se requiere tenga vocación de permanencia. Por tal razón, quienes los ocupan en provisionalidad tienen una expectativa legítima de permanecer en los mismos hasta la provisión permanente de los cargos, como contraprestación a su eficiente desempeño para contribuir al cumplimiento de los fines estatales.”<sup>34</sup>

Para el Ministerio Público la provisión permanente de los cargos de carrera debe hacerse de manera eficiente en virtud del principio democrático. Y es de esa necesidad de garantizar la

prestación eficiente del servicio público, de la que se deriva que el desempeño de las actividades ejercidas mediante cargos de carrera revista una vocación de permanencia, condición ésta que debe ser tenida en cuenta por el nominador en el momento de escoger al personal que ejercerá en provisionalidad dichas labores. De acuerdo a lo anterior “quien sea nombrado provisionalmente por sus condiciones para ocupar cargos de carrera y se desempeñe eficientemente en los mismos goza de una estabilidad laboral relativa precaria (no equiparable a la que corresponde a los cargos de carrera ocupados permanentemente), derivada de los principios de la función pública para cumplir los fines institucionales y en la confianza legítima respaldada en la buena fe que le asiste a quien competentemente se desempeña en sus funciones, en cuanto contribuye a garantizar la continuidad en la prestación del servicio y, por tanto, el cumplimiento de los fines estatales. Por tanto, el retiro de tales funcionarios sólo procede por razones de interés general -no por simple discrecionalidad-, tales como el deficiente desempeño en el cumplimiento de las funciones, la provisión permanente del cargo o la supresión del mismo. En estos casos, la remoción puede ocurrir en cualquier momento siempre y cuando las circunstancias indicadas se presenten y estén debidamente comprobadas, debido a que lo que está de por medio es la garantía de los fines estatales. Cosa distinta ocurre en los casos de destitución, para lo cual se deben aplicar en su integridad las normas pertinentes, incluyendo la garantía plena del derecho de defensa.”<sup>35</sup>

Finalmente, la Procuraduría considera que “los cargos de la Fiscalía General de la Nación, especialmente los de carrera, deben estar diseñados para ser desempeñados de acuerdo con la especialidad judicial sistemática antes señalada. Por tanto, los cargos ocupados en provisionalidad deben responder a la satisfacción eficiente del sistema penal acusatorio con vocación de continuidad en el servicio. Quienes sean nombrados en tales circunstancias deben gozar de una estabilidad laboral relativa precaria que debe culminar, normalmente, con la provisión permanente del cargo de carrera mediante concurso público.”<sup>36</sup> Así mismo, recordó el contexto en el que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre nombramientos provisionales en la Fiscalía y señaló que tales pronunciamientos se han dado, por un lado, en el marco de la protección del derecho a la estabilidad laboral relativa precaria, de quienes han sido desvinculados mediante actos administrativos no motivados y pretenden ejercer su derecho de defensa o buscan constatar que los motivos que llevaron a la Administración a adoptar tal decisión, corresponden con el interés general. Otros pronunciamientos de la Corte Constitucional se han dado para evitar un perjuicio irremediable y proteger el derecho a la vida o el derecho a la salud de madres cabeza de familia o personas en condiciones graves de salud que fueron desvinculadas de sus cargos. De acuerdo a lo anterior determinó que “los cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación provistos mediante nombramiento provisional gozan de estabilidad laboral relativa precaria en función de la implementación del sistema penal acusatorio, por lo que el retiro de quienes los ocupan sólo debe ocurrir por circunstancias de interés general, especialmente cuando los cargos pertinentes sean ocupados en forma permanente en virtud de los concursos públicos que deben celebrarse al respecto.”<sup>37</sup>

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

La Corte es competente para conocer del proceso de la referencia, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 241 numeral 4 de la Constitución Política.

## 2. Problemas jurídicos y aclaraciones previas sobre el alcance de la demanda

El demandante considera que las normas acusadas vulneran el derecho al debido proceso, al trabajo y al acceso a la justicia ya que permiten tanto que los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación sean nombrados en provisionalidad, como que sean desvinculados sin conocer las razones de su retiro, en razón a la discrecionalidad del nominador.

La Fiscalía General de la Nación intervino durante el proceso para solicitar la exequibilidad de las normas demandadas. Señaló que las mismas se ajustaban a la Constitución y que la jurisprudencia de la Corte ya se había pronunciado “para que los derechos a la estabilidad laboral y al debido proceso no se vulneren, ni siquiera en los casos en que se ocupen cargos en provisionalidad. Pero en cambio considera la Fiscalía General de la Nación que acceder a las pretensiones del demandante sí puede generar desconocimiento del artículo 125 de la Carta”<sup>38</sup>. A su vez, señaló que el aparte demandado del artículo 76 de la ley 938 de 2004 no se refería a los casos de nombramiento en provisionalidad sino a los de libre nombramiento y remoción.

El Departamento Administrativo de la Función Pública solicitó la declaración de constitucionalidad de las normas demandadas toda vez que se ajustaban a los principios que rigen la administración pública. Sobre la desvinculación de servidores nombrados en provisionalidad, recordó la jurisprudencia de la Corte que establece el deber de motivar las desvinculaciones de dichos funcionarios y a su vez el derecho que le asiste a estas personas de acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando consideraran su declaración de insubsistencia como una desviación de poder, por lo que las normas eran constitucionales. En cuanto al artículo 76 de la Ley 938 de 2004, que establece la posibilidad del retiro de acuerdo a la discrecionalidad del nominador, sostuvo que éste se refiere a los servidores de libre nombramiento y remoción ya que respecto de los funcionarios nombrados en provisionalidad se debe seguir los lineamientos sentados por la Corte Constitucional al respecto.

La Universidad del Rosario intervino para solicitar la declaración de inexecutable de las normas acusadas. Para el interviniente éstas vulneran el derecho al debido proceso y el derecho de defensa de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad ya que equiparan los cargos de provisionalidad con los cargos de libre nombramiento y remoción cuando los primeros gozan de una cierta estabilidad laboral.

La Procuraduría General de la Nación solicitó a la Corte declarar la exequibilidad del artículo 70 de la Ley 938 de 2004 bajo el entendido de que “a más tardar a partir del 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación deberá implementar y desarrollar el sistema de carrera administrativa mediante los concursos públicos de mérito correspondientes, para lo cual el Gobierno Nacional y el Congreso de la República deben garantizar los recursos que requieran”.<sup>39</sup> De igual manera, el Procurador General solicita a la Corte que declare executable el aparte demandado del artículo 76, bajo el entendido de que “los cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación provistos mediante nombramiento provisional gozan de estabilidad laboral relativa precaria en función de la implementación del sistema

penal acusatorio, por lo que el retiro de quienes los ocupan sólo debe ocurrir por circunstancias de interés general, especialmente cuando los cargos pertinentes sean ocupados en forma permanente en virtud de los concursos públicos que deben celebrarse al respecto”.<sup>40</sup>

En el presente caso le corresponde a la Corte resolver los siguientes problemas jurídicos: (i) si el artículo 70 de la Ley 938 de 2004 vulnera las normas constitucionales que establecen que los empleos en las instituciones del Estado y, por consiguiente en la Fiscalía General de la Nación, son de carrera, así como los derechos fundamentales protegido a través del régimen de carrera; y (ii) si el segundo inciso del artículo 76 de la Ley 938 de 2004 vulnera el derecho al debido proceso de los servidores de la Fiscalía que ocupan en provisionalidad cargos de carrera.

Para resolver el problema la Corte, en primer lugar, tratará brevemente sobre la naturaleza de la Fiscalía General de la Nación y sobre su régimen especial de carrera. Luego, se referirá a la sentencia T-131 de 2005, que ordenó la realización de los concursos de mérito respectivos en la Fiscalía General de la Nación. En tercer lugar, aludirá a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha establecido el deber de motivar los actos administrativos de desvinculación de funcionarios en provisionalidad y, finalmente, establecerá la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Antes de entrar a resolver la materia de fondo es preciso advertir que, como lo expuso la Procuraduría General de la Nación, los argumentos del demandante podrían ser considerados como generales y, por lo tanto, ambiguos. No obstante, en razón al principio de pro actione y dado que el actor cumplió con una carga mínima de argumentación que permite identificar las razones por las que el demandante considera inconstitucionales las normas demandadas, la Corte procederá a resolver de fondo sobre la demanda.

Además, respecto del artículo 70 el reproche del actor versa tanto sobre la situación de los que se encuentran en provisionalidad como sobre la causa de que exista en la Fiscalía un número significativo de funcionarios en provisionalidad, v.gr. la ausencia de realización del concurso de méritos al cual se refiere el inciso primero de dicho artículo. Sin embargo, el actor en la demanda no extendió el objeto de sus cargos a dicho inciso, lo cual llevó al Procurador a proponer que la Corte efectúe la integración normativa y condicione la exequibilidad del mismo. La Corte acoge el planteamiento del Procurador puesto que ello es necesario para comprender integralmente el problema constitucional planteado por el actor.

Respecto de la integración normativa es importante anotar que en la sentencia C-320 de 199741 se expresó que la unidad normativa “no opera entonces exclusivamente en los fallos de inexequibilidad”, tal como parecería sugerirlo el inciso tercero del art. 6 del decreto 2067 de 2001. En la sentencia se puntualizó, además: “5- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la unidad normativa es excepcional, y sólo procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado por los actores.

Igualmente es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad.”

### 3. La Fiscalía General de la Nación y su régimen especial de carrera.

El artículo 249 de la Constitución establece que la Fiscalía General de la Nación hace parte de la Rama Judicial y tiene autonomía administrativa y presupuestal. A su vez, el artículo 125 dispone que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”<sup>42</sup>. En armonía con lo anterior, el artículo 253 constitucional otorga a la ley la facultad de determinar “lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia.” Por lo tanto, la Constitución ordena que los cargos en la Fiscalía General de la Nación sean provistos mediante concurso de méritos, con lo cual se establece un régimen de carrera especial para la Fiscalía.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el establecimiento del sistema de asignación de cargos mediante concurso de méritos responde a tres objetivos: i) la concreción del óptimo funcionamiento del servicio público, que garantice condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad; ii) la protección del derecho fundamental a acceder a las posiciones públicas mediante concurso de mérito y en condiciones de igualdad, en virtud de los artículos 40 y 13 de la Constitución; y iii) la protección y el respeto de los derechos subjetivos de los servidores del Estado relacionados con el principio de estabilidad en el empleo, con los derechos referidos al ascenso, la capacitación profesional y el retiro de la carrera y con los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados.<sup>43</sup> La jurisprudencia de esta Corporación también ha establecido que los concursos para proveer cargos públicos deben ser abiertos<sup>44</sup>.

La organización y estructura de la Fiscalía General de la Nación se rigen por la Ley 938 de 2004, “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, y por las Leyes 1024 de 2006 y 975 de 2005 que modifican y adicionan la primera en ciertos aspectos. En lo relativo a los principios que rigen la administración de personal de la entidad, la Ley 938 de 2004 reitera aquellos principios que rigen la administración pública, a saber, los principios de excelencia, igualdad, eficiencia, celeridad, publicidad, mérito, especialización, especialidad, calidad y relación laboral y estabilidad. A su vez, el artículo 59 de la ley clasifica los tipos de empleos en la Fiscalía General de la Nación como de carrera o de libre nombramiento y remoción<sup>45</sup>. En cuanto al régimen especial de carrera<sup>46</sup> de la Fiscalía el artículo 60 dispone:

“Artículo 60. Estructura institucional del régimen de carrera. La Fiscalía General de la Nación tiene su propio régimen de carrera el cual es administrado y reglamentado en forma autónoma, sujeta a los principios del concurso de méritos y calificación del desempeño.

“Su administración y reglamentación corresponde a la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación que se integra de la siguiente manera: el Fiscal General o el Vicefiscal General quien la presidirá, el Secretario General, el Director Nacional Administrativo y Financiero, dos (2) representantes de los funcionarios y empleados

elegidos por estos según el procedimiento de elección que fije el Fiscal General de la Nación. El Jefe de la Oficina de Personal actuará como Secretario de la Comisión con voz pero sin voto. La Comisión expedirá su propio reglamento.”

Ahora bien, la sentencia T-131 de 2005 se pronunció sobre la aplicación real del régimen especial de carrera de la Fiscalía ya que, como se anotó, aun cuando las normas que rigen la entidad establecen como regla general la provisión de los cargos mediante concurso de méritos, esa regla no se estaba cumpliendo y los cargos se estaban proveyendo en provisionalidad en la mayoría de las situaciones. Por eso, es pertinente recordar lo que se estableció en dicha oportunidad.

3.1. La sentencia T-131 de 2005 y la orden de la Corte de implementar el régimen de carrera en la Fiscalía General de la Nación.

En la sentencia T-131 de 2005 la Corte conoció de un caso en el que el actor pretendía exigir mediante tutela “que se ejecutara una sentencia de cumplimiento dictada por el Consejo de Estado, en la cual se ordenó al Fiscal General de la Nación poner en práctica las normas del Decreto 261 de 2000 relacionadas con el régimen de carrera dentro de la institución”. La Corte determinó que en ese caso la acción de tutela no era procedente para exigir la efectividad de la sentencia de cumplimiento, toda vez que “el Tribunal sí agotó todos los medios a su alcance para lograr la ejecución de la sentencia y, además, la Fiscalía General de la Nación demostró haber realizado todas las labores a su alcance para poder cumplir con la sentencia.” No obstante, consideró que la tutela sí era procedente para amparar el derecho fundamental invocado - “el derecho de todos los ciudadanos de “[a]cceder al desempeño de funciones y cargos públicos (...)”, contemplado en el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución, a través de un concurso público, en el que se garanticen condiciones de igualdad (C.P., art. 13)”-, dado que la sentencia de cumplimiento no pudo ejecutarse en su totalidad y que el demandante había demostrado que tenía un interés legítimo para instaurar la acción.

La Corte determinó que el acceso, la permanencia y el retiro de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación se regían por las normas especiales de carrera de la entidad. No obstante, advirtió que el sistema de carrera todavía no operaba en la institución, situación que era justificada por la Fiscalía con los argumentos de que ni le habían sido asignados los recursos necesarios para llevar a cabo el concurso, ni conocía cuál iba a ser su estructura final de cargos dado el cambio al sistema penal acusatorio establecido por el Acto Legislativo 03 de 2002.<sup>48</sup>

En la sentencia T-131 de 2005, la Corte constató que dichos obstáculos ya habían sido superados con la expedición de la Ley 938 de 2004, razón por la cual concluyó que era necesario “asegurar que, finalmente, después de tantos años desde la expedición de la Constitución de 1991, el ingreso, ascenso, permanencia y retiro de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación se rija por las normas contenidas en los artículos 125 y 253 de la Constitución. Evidentemente, la situación actual es inaceptable a la luz de la Constitución, de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y de los distintos Estatutos Orgánicos que han regido la Fiscalía”. Por eso, procedió a dictar una orden compleja para que la institución tomara medidas concretas, efectivas y conducentes para realizar los

concursos dentro de un término razonable y, de esta manera, poner en práctica el régimen de carrera, dado que la no realización del concurso vulneraba el derecho fundamental del tutelante al acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad. En el numeral tercero de la parte resolutoria de la sentencia se dispuso:

“Tercero.-ORDENAR al Fiscal General de la Nación, dentro del respeto a la autonomía de la institución, que (i) disponga lo necesario para que se diseñe un plan de implementación del régimen de carrera en la Fiscalía General, con un cronograma de ejecución del mismo y con los indicadores de resultados pertinentes que permitan medir el avance en la ejecución del plan. En dicho plan se indicarán específicamente cada uno de los obstáculos por afrontar y la manera como serán superados, así como si la carrera será implementada por etapas. (ii) El plan, junto con el cronograma y los indicadores de medición de resultados, debe ser remitido a la Corte Constitucional dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta sentencia. (iii) La ejecución del cronograma diseñado por la Fiscalía deberá haber concluido para el 1 de julio de 2006, sin perjuicio de que se avance por etapas, según lo determine el plan y de acuerdo con el cronograma de ejecución. Si tres meses antes de que concluya este plazo se encuentra que puede no ser suficiente, la Fiscalía podrá solicitar una ampliación del término, petición que debe estar fundamentada en razones sólidas que muestren un avance significativo y sostenido en la implementación de la carrera. (iv) La Fiscalía, de acuerdo con las instrucciones que imparta el Fiscal General de la Nación, deberá enviar informes bimestrales a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo acerca de las acciones adelantadas y del avance del plan.”

La Corte ha constatado que si bien se ha avanzado en el proceso de implantación de la carrera en la Fiscalía General de la Nación, todavía falta mucho para terminar de cumplir con lo ordenado en la sentencia T-131 de 2005. Ello, a pesar de que ya han sido superados los obstáculos a que hacía referencia la Fiscalía para justificar la ausencia de implementación del sistema de carrera en la entidad. 49

De otra parte, el artículo 5 del Acto Legislativo 03 de 2002 dispone que “el nuevo sistema [penal acusatorio] deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008”. Así, para el 31 de diciembre de 2008 la estructura de la Fiscalía General de la Nación se deberá haber ajustado completamente a los requerimientos del sistema penal acusatorio. La implementación definitiva del nuevo sistema penal acusatorio, en cumplimiento de esta disposición constitucional, requiere que la provisión de los cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación se realice mediante concurso de méritos. De tal forma que el propio constituyente ha fijado un plazo máximo para que el nuevo sistema entre en pleno funcionamiento. Dicho plazo ofrece a la Corte un parámetro específico, claro y pertinente para definir la fecha para la cual habrá de haber culminado el proceso de implementación de la carrera que ya está en curso en la Fiscalía, en virtud de lo previamente ordenado en la sentencia de tutela citada.

4. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ordenado que deben motivarse los actos administrativos de la Fiscalía General de la Nación que desvinculan servidores nombrados en provisionalidad.

En múltiples oportunidades<sup>50</sup>, la Corte ha conocido de solicitudes de tutela en las que los

actores han manifestado que se desempeñaban en provisionalidad en un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación y que habían sido desvinculados de la entidad mediante un acto administrativo sin motivación, sustentado en la discrecionalidad del nominador. En todas las ocasiones la Corte ha amparado el derecho al debido proceso y a la igualdad de los solicitantes, cuando ha verificado la existencia del nombramiento en provisionalidad y de la declaración de insubsistencia sin motivación alguna<sup>51</sup>. Los fundamentos de las anteriores decisiones se pueden resumir de la siguiente manera:

- El derecho al debido proceso es aplicable a todas las decisiones administrativas, a pesar de las reglas específicas que rigen dichas actuaciones. En la Sentencia T-653 de 2006<sup>52</sup> se definió este derecho como: "(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal<sup>53</sup>. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados<sup>54</sup>."

- La motivación de los actos administrativos responde a la garantía de los principios de legalidad y de publicidad y al respeto al derecho al debido proceso, toda vez que dicha motivación permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas. Por lo tanto, la motivación de los actos administrativos asegura la garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso<sup>55</sup>.

- En consonancia con lo anterior, a partir de la sentencia SU-250 de 1998 la Corte estableció que cuando un servidor público ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad el acto de desvinculación debía ser motivado, "pues solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación"<sup>56</sup>. La Corte también ha distinguido entre la desvinculación de los servidores de libre nombramiento y remoción y la de los servidores de carrera, y resaltó que respecto de los primeros no existe el deber de motivación, en razón de la naturaleza del cargo, mientras que para los segundos sí es necesaria dicha motivación<sup>57</sup>. Así, desde la sentencia T-800 de 1998 se estableció que "la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello." <sup>58</sup>

- Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha entendido que los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción<sup>59</sup>. Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se

concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.

- Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada<sup>60</sup>. Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo<sup>61</sup>.

- Finalmente, sobre la diferencia de posiciones entre lo sostenido por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en la sentencia T-884 de 2002 la Corte resaltó que “la tesis según la cual los actos de desvinculación de funcionarios que ejercen en provisionalidad cargos de carrera deben ser motivados no resulta incompatible con la del Consejo de Estado, que no exige tal motivación, pues mientras la Corte analiza la falta de motivación desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales, el Consejo de Estado lo hace desde la perspectiva de la protección de la legalidad, lo cual permite asegurar que no obstante las apreciaciones del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, desde el punto de vista de los derechos fundamentales la motivación del acto resulta indispensable.”<sup>62</sup> La anterior posición se ha consolidado en la jurisprudencia de la Corte para establecer que en estos casos la acción de tutela se entiende como un mecanismo autónomo respecto de la acción contenciosa, dado que no existe un mecanismo diferente para lograr que la administración motive el acto.<sup>63</sup> De acuerdo a lo anterior, en los eventos en que la Corte ha encontrado fundada la solicitud de tutela, ha procedido a concederla, ordenando la motivación del acto para que el desvinculado la pueda controvertir en la jurisdicción contencioso administrativa.<sup>64</sup>

Es preciso destacar que la jurisprudencia de la Corte también ha sido enfática al advertir que si bien los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un funcionario público nombrado en provisionalidad requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que los funcionarios nombrados en provisionalidad ostentan los derechos que se derivan de la carrera, y en particular el derecho a la estabilidad laboral que nace de haber accedido por concurso de méritos a la carrera y al cargo correspondiente.

A la luz de las anteriores consideraciones, pasa la Sala a estudiar la constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

5. La constitucionalidad condicionada de las disposiciones acusadas.

En el presente caso le corresponde a la Corte determinar (i) si el artículo 70 de la Ley 938 de

2004 vulnera las normas constitucionales que establecen que los empleos en las instituciones del Estado y, por consiguiente en la Fiscalía General de la Nación, son de carrera, así como los derechos fundamentales protegido a través del régimen de carrera; y (ii) si el segundo inciso del artículo 76 de la Ley 938 de 2004 vulnera el derecho al debido proceso de los servidores de la Fiscalía que ocupan en provisionalidad cargos de carrera.

El artículo 70 de la Ley 938 de 2004 regula la provisión de los cargos de carrera en la Fiscalía General de la Nación. En su primer inciso la disposición establece que, como regla general, los nombramientos en la entidad se deben realizar en propiedad, después de superado el período de prueba. También determina que si esto no fuera posible el nombramiento se hará mediante encargo. El inciso está en armonía tanto con las disposiciones constitucionales que establecen la estructura de la Fiscalía General de la Nación, como con el artículo 125 de la Constitución que dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. La norma determina el acceso a los cargos de la Fiscalía mediante un concurso de méritos, con lo cual se ajusta a los principios que rigen la administración pública.

El acceso a los cargos mediante concurso de méritos cumple una doble función. Por una parte, garantiza tanto la protección del derecho de acceso al desempeño de funciones públicas en condiciones de igualdad, como el derecho a la estabilidad laboral. Por la otra, vela por el óptimo funcionamiento del servicio público, principio que debe ser garantizado por la Fiscalía General de la Nación como parte de la rama judicial.

De otro lado, el segundo inciso del artículo 70 de la Ley 938 de 2004 establece una excepción a la regla general sobre la provisión de cargos mediante concurso, al permitir el nombramiento de funcionarios en provisionalidad cuando el nombramiento en propiedad no fuere posible. No obstante, hace la salvedad de que ese nombramiento en ningún caso genera derechos de carrera.

A su vez, el artículo 76 regula el retiro de los funcionarios, y su inciso segundo, demandado en esta oportunidad, establece que para los cargos distintos a los de carrera el retiro es "objeto de la facultad discrecional del nominador".

La Corte advierte que tanto del inciso segundo del artículo 70 como del inciso segundo del artículo 76 se han derivado interpretaciones y situaciones cuya inconstitucionalidad salta a la vista. Ciertamente, el segundo inciso del artículo 70 de la Ley 938 de 2004 se ha convertido en la regla general en la Fiscalía General de la Nación para lo que tiene que ver con los nombramientos de sus servidores, ya que aún no se ha realizado los concursos de méritos para la provisión de los cargos de carrera. De la misma manera, el segundo inciso del artículo 76 se ha interpretado en la práctica en el sentido de que la facultad discrecional del nominador solamente excluye de su ámbito de aplicación a los funcionarios que se encuentran inscritos en carrera, circunstancia que ha motivado que, en forma habitual, los servidores de la Fiscalía nombrados en provisionalidad sean retirados discrecionalmente por el nominador, sin acto motivado que especifique las razones del servicio que justifican la desvinculación.

En la sentencia T-131 de 2005, a la que se hace alusión en el acápite 3 de esta providencia, se constató que aun cuando la regla general sobre la provisión de cargos en la Fiscalía General de la Nación establece que los nombramientos deben ser en propiedad, dicha

entidad no ha realizado todavía los concursos de mérito respectivos para proveer sus cargos. Por lo tanto, la mayoría de los cargos en la Fiscalía General de la Nación se encuentran ocupados en provisionalidad. Así, la excepción a la norma contemplada en el segundo inciso del artículo 70 de la Ley 938 de 2004 -“excepcionalmente, cuando no fuere posible proveer dicho cargo en la forma anteriormente descrita, se procederá al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso generará derechos de carrera”-, se ha convertido en la regla general, lo que genera una vulneración directa a los derechos fundamentales de las personas que desean acceder a la carrera de la Fiscalía General de la Nación en condiciones de igualdad. De la misma manera, dicha situación vulnera los artículos 125 y 253 de la Constitución, al ir en contravía de los principios que orientan el ejercicio de la función pública en la Fiscalía General de la Nación.

Al respecto cabe reiterar que, al momento de proferir la sentencia T-131 de 2005, la Corte constató que ya habían sido superados los obstáculos que, según la Fiscalía General de la Nación, le impedían realizar los concursos. Igualmente, es importante repetir que el artículo 5 del Acto Legislativo 03 de 2002 dispone que “el nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre de 2008”. Por lo tanto, la nueva estructura de la Fiscalía General de la Nación debe estar en pleno funcionamiento para ese momento, fecha que constituye también un plazo límite razonable, además de claro, preciso y pertinente, para que el régimen de carrera se encuentre implementado a cabalidad en esa entidad, o sea, para que éste haya culminado.

De acuerdo con lo anterior, a la luz de la Constitución es incompatible con la Carta que todavía no se haya implementado el sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación, ya que esto conlleva la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso, así como la vulneración de los principios constitucionales que rigen el acceso por mérito a la función pública. Sin embargo, declarar inconstitucional la norma que refiere al concurso lejos de proteger tales derechos y principios, agrava las vulneraciones antes mencionadas. Lo que conduce a que la técnica del fallo adecuada sea la de un condicionamiento que comprenda tanto los aspectos materiales como temporales derivados de la constitución en punto al régimen de la Fiscalía dentro del nuevo sistema penal acusatorio.

Por lo tanto, la Corte procederá a declarar la exequibilidad del primer inciso del artículo 70 de la Ley 938 de 2004, en el entendido de que a más tardar el 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación deberá haber culminado la aplicación del sistema de carrera en la entidad, mediante los concursos públicos de mérito correspondientes.

De acuerdo con la jurisprudencia, la desvinculación de los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad debe respetar el derecho al debido proceso, lo cual se concreta en el derecho de esos servidores de que en el acto que dispone su retiro se indiquen las razones específicas de la declaratoria de su insubsistencia. Además, los motivos invocados para justificar la desvinculación deben referirse al servicio, es decir, como se indicó en el acápite 4 de esta providencia, deben responder al interés público. Todo ello persigue evitar arbitrariedades, tratos discriminatorios o favoritismos.

De acuerdo con lo anterior, para que el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 938 se encuentre en armonía con el derecho al debido proceso y con la jurisprudencia de esta Corte

en sede de tutela, es necesario precisar que el retiro de un funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad debe ser motivado por razones del servicio atinentes específicamente al funcionario que habrá de ser desvinculado dada sus responsabilidades dentro de la entidad. Por lo tanto, la Corte declarará la exequibilidad del inciso segundo del artículo 70 así como del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia.

## VII. DECISION

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

### RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el inciso primero del Artículo 70 de la Ley 938 de 2004 “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, en el entendido de que a más tardar el 31 de diciembre de 2008, la Fiscalía General de la Nación deberá haber culminado la aplicación del sistema de carrera mediante los concursos públicos de mérito correspondientes.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 70 y el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

AUSENTE EN COMISION

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 El siguiente es el argumento tomado textualmente de dos apartes de la demanda:

“En el caso concreto, el artículo 70 de la ley 938 de 2004, hace referencia directa a la forma como se realiza el nombramiento en carrera de los cargos en la Fiscalía General de la Nación, siendo taxativamente entendible que se trata de empleos de carrera, por lo tanto la expresión “en el cual en ningún caso generará derechos de carrera” para los cargos que son proveídos en provisionalidad, es entendible y comprensible de por sí solo (...)” (folio 7 del expediente)

(...)

“Es entendible que la situación jurídico laboral de un servidor público que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, no es equiparable a quien ha sido nombrado en propiedad a través de un concurso público de méritos, pues en este último caso prevalecen unas garantías y derechos que han sido adquiridas conforme lo ha señalado la constitución y las leyes (...)” (Folio 4 del expediente).

2 Al respecto, en la demanda el actor señala lo siguiente: “ (...) pero deja una gran puerta abierta para que el solo hecho de la provisionalidad sea entendida como una figura distinta y se permita cualquier acto abusivo o de desviación de poder, situación que es reforzada con la expresión “los demás servidores serán objeto de la facultad discrecional del nominador” contemplada en el artículo 76 de la misma ley, las que en conjunto mas bien pareciera como una intención de preeminencia creada por el nominador para que a su libre albedrío pueda manipular su planta de personal(...)” (Folio 7 del expediente).

3 Folio 7 del expediente. En otros apartes de la demanda, el demandante emplea la expresión “deja todo un mundo de posibilidades para (...)” para referirse a la misma situación (folio 4 del expediente).

4 En otros apartes de la demanda, el accionante menciona las formas en las que no puede ser entendida la provisionalidad de un cargo. Al respecto señala lo siguiente:

“Pero por ninguna razón ha de entenderse la provisionalidad en el empleo público, como una forma instituida por el Estado para generar un ambiente de desigualdad de oportunidades para los trabajadores a su servicio, generándose facultades al nominador para transgredir derechos de los ciudadanos que en últimas iría en detrimento no solo de los derechos de la persona a quien se le afecte, sino como una clara violación al acertado ejercicio de la función pública. Nunca el nominador podría entender que el suplir o retirar a un ciudadano de un cargo en provisionalidad, sería tan igual como “hacer un cambio de ropa”, pues con ello nos estaríamos enfrentando de manera permanente a la admisión de actos abusivos de poder o pre-permitiendo la desviación de poder como una facultad que el Estado otorga al nominador, situaciones que claramente van en contravía de la premisas constitucionales aquí invocadas (...)” (folios 5 y 6 del expediente).

5 Folio 7 del expediente. Este mismo argumento es expresado por el demandante en otro aparte de la demanda en los siguientes términos: “(...)la expresión “los demás servidores serán objeto de la facultad discrecional del nominador” consagrada en el artículo 76 de la misma ley, es totalmente contraria a los preceptos constitucionales y derechos invocados, pues se está haciendo referencia a una modalidad de retiro de un servidor público en la Fiscalía General de la Nación, en la que se deja al libre albedrío del nominador situaciones como la de un empleado que ocupando un cargo de carrera se encuentra en provisionalidad, circunstancia que claramente se puede concluir como una forma de equiparación a un cargo de libre nombramiento y remoción y en donde se deja todo un mundo de posibilidades para el ejercicio de un acto abusivo de poder o de desviación de poder”. (Folio 4).

6 Folios 3 del expediente.

7 Folio 3 del expediente. La siguiente es la cita textual del referido argumento presentado por el actor: “

“En el artículo 70, se señala que “Excepcionalmente, cuando no fuere posible proveer dicho cargo en la forma anteriormente descrita, se procederá al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso generará derechos de carrera”. Al hacerse mención en la expresión “el cual en ningún caso generará derechos de carrera” (subrayado y negrilla fuera del texto original), se está poniendo al servidor público en un estado de indefensión y se equipara el cargo de carrera a ocupar en provisionalidad a otras condiciones que bien pueden ser contrarias a la ley y que este estado de indefensión pone al servidor en una precaria condición laboral, quedando a la merced de cualquier acto abusivo de poder de parte del nominador, violándose la oportunidad de controvertir lo que a él se pueda decir y que sea la causa o motivo que genere su desvinculación del servicio, impidiéndole la posibilidad de triunfar o vencer en un juicio justo, lo que bien puede considerarse como una violación al derecho al acceso a la justicia, pero principalmente coartando su derecho fundamental al debido proceso, como máximo rector de todas las actuaciones judiciales y administrativas del Estado” (Folio 3 del expediente).

8 Folio 6 del expediente.

- 9 Folio 6 del expediente.
- 10 Folio 6 del expediente.
- 11 Folio 57 del expediente.
- 12 Folio 57 del expediente.
- 13 Folio 58 del expediente.
- 14 Folios 60 y 61 del expediente.
- 15 Folio 61 del expediente.
- 16 Folio 62 del expediente.
- 17 Folios 63 y 64 del expediente.
- 18 Folio 36 del expediente.
- 19 Folio 36 del expediente.
- 20 Folios 36 y 37 del expediente.
- 21 Folio 39 del expediente.
- 22 Folio 41 del expediente.
- 23 Folio 41 del expediente.
- 24 Folio 42 del expediente.
- 25 Folio 33 del expediente.
- 26 Folio 79 del expediente.
- 27 Folio 80 del expediente.
- 28 Folio 70 del expediente.
- 29 Folio 69 del expediente.
- 30 Folio 71 del expediente.
- 31 Folio 71 del expediente.
- 32 Folio 72 del expediente.
- 33 Folio 74 del expediente.
- 34 Folio 75 del expediente.

36 Folio 77 del expediente.

37 Folio 79 del expediente.

38 Folio 62 del expediente.

39 Folio 79 del expediente.

40 Folio 80 del expediente.

41 M.P. Alejandro Martínez Caballero

42 Constitución Política. “Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (...)”

43 Sentencia 1079 de 2002 MP: Rodrigo Escobar Gil: “3.4. Atendiendo pues 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 (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 Corte 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-.” Reiterado en sentencia T-131 de 2005 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

44 Sentencia T-131 de 2005 MP: Manuel José Cepeda Espinosa: “De otra parte, la Corte Constitucional ha manifestado que todos los concursos para proveer cargos públicos deben ser abiertos, con el fin de garantizar el derecho de todos los ciudadanos de acceder a ellos en igualdad de condiciones. (...)”

45 Ley 938 de 2004: “Artículo 59. Clasificación de los empleos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, los empleos de la Fiscalía se clasifican según su naturaleza y forma como deben ser provistos en:

“a) De libre nombramiento y remoción;

“b) de carrera.

“Son de libre nombramiento y remoción:

“-El Vicefiscal General de la Nación.

“-El Secretario General.

“-Los Directores Nacionales y sus asesores.

“-Los Directores Seccionales.

“-Los empleados del Despacho del Fiscal General, Vicefiscal General y Secretaría General.

“-Los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y sus fiscales auxiliares, estos últimos tendrán los mismos derechos y garantías que los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia.

“-El jefe de Oficina Jurídica, de Informática, de Personal, de Planeación, de Control Disciplinario Interno, de Control Interno, de Divulgación y Prensa, de Protección y Asistencia, así como el Director de Asuntos Internacionales a nivel nacional.

“-El Jefe de la División Criminalística y el Jefe de la División de Investigaciones de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación. Igualmente, son de libre nombramiento y remoción los empleos cuyo ejercicio implique el manejo financiero y contable de bienes, dinero o valores de la entidad.

“Parágrafo. También se consideran de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que sean creados por esta ley y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta, siempre y cuando pertenezcan al ámbito de dirección institucional.

“Los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de selección por concurso.”

46 Sobre los regímenes especiales de carrera ver entre otras las sentencias C-391 de 1993 MP: José Gregorio Hernández; C-356 de 1994 MP: Fabio Morón Díaz; C-037 de 1996 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; C-746 de 1999 MP: Alfredo Beltrán Sierra; C-517 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández.

47 Ley 938 de 2004, art. 70: “La provisión de un cargo de carrera se efectuará mediante nombramiento en propiedad, una vez superado el período de prueba. Cuando ello no fuere posible, se procederá al nombramiento mediante la figura de encargo, atendiendo al lleno de los requisitos y al perfil del cargo respectivo.

“Excepcionalmente, cuando no fuere posible proveer dicho cargo en la forma anteriormente descrita, se procederá al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso generará derechos de carrera.”

48 Sentencia T-131 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa. “En sus respuestas al incidente de desacato promovido por el actor y a la misma acción de tutela, la Fiscalía expresó que había cumplido con la orden impartida por el Consejo de Estado, puesto que ya había expedido el reglamento para el proceso de selección de sus servidores a través de concurso de mérito y, además, había convocado un concurso para el nombramiento de los Fiscales Delegados ante el Tribunal. Expresó también que no pudo continuar con el proceso debido a que no le fueron asignados los recursos necesarios para la realización de las oposiciones. Por otra parte, manifestó que la introducción del sistema acusatorio en el país, realizada a través del Acto Legislativo 03 de 2002, implicaba cambios en la estructura de cargos de la Fiscalía, razón por la cual habría de esperarse hasta que se conociera la integración final de los despachos para proceder a celebrar los concursos respectivos.”

“Como se le ha informado oportunamente a la Honorable Corporación, la entidad gestionó y obtuvo el apoyo económico de la Unión Europea en el marco del Proyecto de Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia, en el cual se asignaron recursos del orden de un millón treinta y tres mil euros (1.033.000.000), para la financiación del proceso de selección y concurso de méritos correspondiente a los cargos que integran el área de fiscalías. En la actualidad este proyecto se encuentra pendiente de suscribir el respectivo contrato con la Universidad Nacional de Colombia, entidad seleccionada para desarrollar dicha implementación, toda vez que el manejo de los recursos se encuentra supeditado a los términos y condiciones establecidos por la Unión Europea en la reglamentación para la cooperación internacional.

“(…)

“La ley general de presupuesto para la vigencia fiscal de 2007 asignó a la Fiscalía General de la Nación una partida de siete mil millones de pesos (\$ 7.000.000.000) para el régimen de carrera, asegurándose de esta manera el inicio de su implementación efectiva. En consecuencia, la Comisión Nacional de Administración de la carrera en sesión del 15 de enero de este año impartió las instrucciones necesarias para la elaboración de un proyecto de plan de acción que incluyera los indicadores de resultados en las tres áreas misionales, la cual luego de ser analizado y discutido dejó a su consideración.

“Este cronograma de actividades de implementación incluye los indicadores de resultados en cada una de las dependencias que conforman la Fiscalía General de la Nación, acorde la reglamentación que para los procesos de selección y concurso de méritos ha proferido la Comisión Nacional de Administración de la Carrera.

“La planificación de la implementación del régimen de carrera destaca las actividades

preliminares que serán llevadas a cabo por la Fiscalía, como paso previo a la contratación de la entidad que realizará el proceso de selección y concurso de méritos, que en el área de Fiscalías corresponde a la definición de situaciones de los participantes del concurso de 1994, y, en la Administrativa y el CTI al análisis de perfiles.

“Una vez realizadas estas tareas, se emprende la contratación del ente externo y de manera paralela se definen los aspectos preparatorios de la convocatoria. Legalizado el contrato se dará inicio a la etapa de selección, previo diseño y elaboración de pruebas, para culminar con el concurso de méritos que dará como resultado la lista de elegibles.

“Finalmente, en cumplimiento a lo solicitado, se ha elaborado un cronograma que detalla cada una de las etapas de implementación del régimen de carrera en las áreas que conforman la Fiscalía General de la Nación, el cual se anexa a la presente comunicación.”

En el cronograma que se adjunta se advierte que la implementación total se prevé culminada para mayo de 2009.

50 Ver, entre otras, las sentencias T-1206 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentarías; T-031 de 2005 MP: Jaime Córdoba Triviño; T-161 de 2005 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-267 de 2005 MP: Jaime Araujo Rentarías; T-392 de 2005 MP: Alfredo Beltrán Sierra; T-648 de 2005 MP: Manuel José Cepeda Espinosa; T-660 de 2005 MP: Jaime Córdoba Triviño; T-804 de 2005 MP: Alfredo Beltrán Sierra; T-1159 de 2005 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1162 de 2005 MP: Humberto Antonio Sierra Porto; T-1310 de 2005 MP: Álvaro Tafur Galvis; T-1316 de 2005 MP Rodrigo Escobar Gil; T-1323 de 2005 MP: Manuel José Cepeda Espinosa; T-081 de 2006 MP: Alfredo Beltrán Sierra; T-156 de 2006 MP: Alfredo Beltrán Sierra; T-653 de 2006 MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

51 Sobre la procedencia de la acción de tutela estableció que ésta cabía como mecanismo definitivo ya que no existe un mecanismo de defensa alternativo para la protección de los derechos fundamentales vulnerados con la falta de motivación del acto administrativo. Lo anterior, ya que si bien es procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ésta tiene como objeto controvertir la legalidad del acto y no su adecuación a la Constitución, fin para el cual la acción de tutela se encuentra encaminada.

52 MP: Humberto Sierra Porto.

53 Ver sentencia T-522 de 1992. En esta providencia se indicó también que “El proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo, para diferenciarlo del proceso judicial, en tanto, este último, tenía por finalidad la cosa juzgada; comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos, o pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en general”.

54 Ver sentencia T-522 de 1992. En esta providencia se indicó también que “El proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo, para diferenciarlo del proceso judicial, en tanto, este último, tenía por finalidad la cosa juzgada; comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece

el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos, o pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en general”.

55 sentencia SU-250 de 1998 MP: Alejandro Martínez Caballero. En esta ocasión la Corte concedió el amparo al debido proceso de una persona que ocupaba el cargo de notario, por considerar que si bien había sido nombrada de manera provisional, la resolución por medio de la cual se desvinculaba debió motivarse. Al respecto señaló: “La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. Es la desviación de poder que hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público.

“(…)

“El ordenamiento jurídico contemporáneo prevé un control jurisdiccional al acto que afecta intereses protegidos de los administrados, mediante el examen de los hechos antecedentes que hacen posible la aplicación de la norma jurídica que dota a la administración de menor o mayor grado de discrecionalidad.”

(…) “Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro ya señalado de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro. (...)”

56 Sentencia SU-250 de 1998 MP: Alejandro Martínez Caballero. “Por ello, respecto a todos los Notarios interinos, bien sea que hayan sido nombrados antes o después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente: como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación; además, la permanencia de Notario parte del presupuesto de que si cumple con sus deberes tiene un grado de confianza que le permite no ser retirado del servicio.” En la sentencia T-951 de 2004 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra se hizo un recuento de la jurisprudencia sobre el tema y sobre la motivación de los actos de desvinculación en razón al interés público establecido en la sentencia SU-250 de 1998. Al respecto se dijo: “En la misma providencia, la Corte hizo una aseveración de carácter general que vincula la necesidad de motivar los actos administrativos de desvinculación con el requerimiento de protección del interés público. Ciertamente, la Corte aseguró que interés general al cual ha venido haciendo mención este fallo, es un principio fundante (art. 1º C.P.) y es también principio de la función pública (art. 209 C.P.) por eso, cuando se afecte ese interés general puede haber retiro del interino; y esa afectación del interés general debe expresarse en la motivación del acto administrativo. Este es el alcance de la permanencia para los interinos mientras se hacen los nombramientos en

propiedad, previo el concurso ordenado por el artículo 131 C.P.”

57 T-951 de 2004 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra. “Finalmente, la Corte distinguió entre los actos de desvinculación de personal adscrito a un cargo de libre nombramiento y remoción y los adscritos a un cargo de carrera, para advertir que mientras la falta de motivación de los primeros es la regla, la motivación del acto de desvinculación lo es en los segundos, pues en ellos no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo.

“Dentro de los actos administrativos que no necesitan motivación están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción . La declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a “la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”.

Pues bien, como se trata de algo excepcional, esos empleos de libre nombramiento y libre remoción tiene que señalarlos taxativamente el legislador. Obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación “in tuitu personae” entre el nominado y el nominador. (Sentencia SU-250 de 1998)”

58 Sentencia T-800 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia T-610 de 2003 MP: Alfredo Beltrán Sierra. “Es claro, entonces, que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno.

3.4. Dentro de este contexto, esta Corporación ha manifestado que es necesaria la motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en un empleo que no es de libre nombramiento y remoción.” Lo anterior fue reiterado en la Sentencia T-752 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández: “Así mismo, teniendo en cuenta la calidad de provisionalidad en el cargo de carrera que venía desempeñando, la resolución que declaró la insubsistencia de su nombramiento debió motivarse. Como se indicó en los fundamentos 4. y 5 de esta sentencia, la no motivación de tal acto administrativo constituye una vulneración al debido proceso de la accionante. La Sala considera verdaderamente injusto el hecho de que la peticionaria no se le hayan indicado las razones de su retiro, pues sólo durante el trámite de la presente acción de tutela la entidad planteó los supuestos motivos de su decisión, sin que al momento de la expedición del referido acto administrativo hubiera tenido la oportunidad de conocer o controvertir las razones de su insubsistencia y ejercer su derecho de contradicción y defensa.” A su vez la sentencia T-1011 de 2003 MP: Eduardo Montealegre Lynett. “el fuero de estabilidad ampara a quienes han ingresado a la función pública mediante el sistema de concurso de méritos y que las personas nombradas en provisionalidad no cuentan con el mismo grado de protección judicial cuando son removidas del cargo. Sin embargo, quienes son designados en provisionalidad gozan de cierto grado de protección, en la medida en que no podrán ser

removidos de su empleo sino dentro de los límites que la Constitución Política y las leyes establecen.” Ver también sentencias T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández;

59 Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; C-734 de 2000 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-519 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-610 de 2003 MP: Alfredo Beltrán Sierra. T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-660 de 2005 MP: Jaime Córdoba Triviño: “La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera a de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse.”: T-116 de 2005 MP: Humberto Sierra Porto: “Ahora bien, pese a la transitoriedad de estos nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera administrativa en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, ya que su desvinculación no puede estar sujeta a la discrecionalidad del nominador como está permitido en los cargos de libre nombramiento y remoción, sino que debe fundamentarse en una falta disciplinaria o porque se proveyó la vacante, luego de realizar el respectivo concurso.”; Sentencia T-1310 de 2005 MP: Álvaro Tafur Galvis. Sentencia T-1316 de 2005 MP: Rodrigo Escobar Gil: “Recientemente, la Corte tuvo la posibilidad de reiterar esta regla en la Sentencia T-1240 de 2004, destacando que el retiro del funcionario con estabilidad intermedia, es decir, quien ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional, sólo puede darse si el empleo se va a proveer por el sistema de méritos o porque exista una razón suficiente desde la perspectiva del servicio para su retiro:

En síntesis, aquel funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene un estabilidad laboral intermedia, pues si bien no goza de todas las prerrogativas del funcionario de carrera administrativa, en ningún caso puede recibir el tratamiento del funcionario que se nombra y remueve de manera libre, pues el proceder en este último caso depende de la existencia de una relación de confianza con el nominador, circunstancia que no tiene ocurrencia en los cargos de carrera aun cuando hayan sido provistos en provisionalidad.”

60 En la sentencia T-081 de 2006 MP: Alfredo Beltrán Sierra se reiteró la anterior posición y se recordó la jurisprudencia que así lo ha establecido desde tiempo atrás: “Para la Corte, si bien la Constitución otorga esta facultad al Fiscal General de la Nación, no debe desconocerse que dicha potestad no puede ejercerse sino “de conformidad con la ley” y aunque es discrecional no debe interpretarse como arbitraria. Al respecto en sentencia C-031 de 1995 se dijo:

“No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los

asociados, así como sus derechos y libertades.

Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho, que de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, constituye una de las causales de procedencia de la acción de nulidad de los actos administrativos.””

61 Sentencia T-1310 de 2005 MP: Álvaro Tafur Galvis: “En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.” A su vez la sentencia T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández dijo: “La Corte ha precisado que un empleado o funcionario de carrera sólo puede ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley. Así, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario de un cargo de carrera administrativa o judicial debe ser motivado.” Ver, entre otras, sentencias; T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-1206 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentería; y T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

62 Sentencia T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández. “Pues bien. Para esta Sala de Revisión esa jurisprudencia que el Consejo de Estado tiene sentada sobre la materia, resulta a todas luces válida cuando quiera que frente a una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y luego de un amplio debate probatorio, se habrá de determinar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo que desvinculó a una persona que ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad.

“Y, a juicio de la Sala, esos criterios del máximo organismo de la jurisdicción contencioso administrativa sobre la materia que se debate, para nada se oponen en lo que a la acción de tutela se refiere, como quiera que si en ésta el análisis se endereza a determinar si existió la violación o amenaza de uno o más derechos fundamentales consagrados en la Carta, derivada de la expedición del acto administrativo que declaró insubsistente un nombramiento, el examen del caso no puede reducirse a considerar que como el empleado estaba ocupando un cargo en provisionalidad, la administración podía removerlo sin motivación alguna sobre la base de que se presume la legalidad del acto administrativo correspondiente porque se supone que la medida fue inspirada en el buen servicio, sino que al juez constitucional de tutela le resulta indispensable determinar las circunstancias en que su suscitó esa provisionalidad, el eventual desconocimiento a lo dispuesto por la ley para proveer el cargo de carrera mediante concurso de méritos y si existió o no una justa causa para el retiro, pues sólo así habrá de establecer si se quebrantó o no algún derecho fundamental y, es en ese sentido y propósito que deben entenderse las afirmaciones de la Corte Constitucional consignadas en la tantas veces citada sentencia T-800 de 1998”.

63 Sentencia T-1326 de 2005 MP: Manuel José Cepeda Espinosa: “Más recientemente, esta Corporación reiteró que, “cuando la autoridad nominadora procede a desvincular del servicio a un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, sin que exista para ello una causa justificativa, incurre en desviación de poder, susceptible de control judicial. Sin embargo, no es la tutela, en principio, la vía adecuada para dirimir esa controversia, y la persona afectada debe acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para desvirtuar la presunción de legalidad del acto y mostrar que con el mismo se incurrió en una desviación de poder.”

En consonancia con lo anterior, esta Corporación ha reconocido que no hay mecanismo alternativo de defensa judicial para obtener que la Administración produzca la motivación del acto administrativo de desvinculación y, por lo tanto, en esos eventos, la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos.” Ver, entre otras, las sentencias T-1240 de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil; T-031 de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño; T-610 de 2003, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

64 Sentencia T-1323 de 2005 MP: Manuel José Cepeda Espinosa: “En los eventos en que la tutela resulta procedente la Corte ha ordenado que la Administración motive el acto administrativo y, de esa forma, se garantiza que el afectado pueda acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir las razones de la administración. Si pese a la orden judicial, la Administración omite motivar el acto, esta Corporación ha señalado que dicha omisión “equivale a la aceptación de que no existe motivo alguno para la misma, distinto del arbitrio del nominador, razón por la cual cabe que en sede de tutela se ordene el reintegro, hasta tanto se produzca el respectivo concurso de méritos o la desvinculación se produzca por razones que la hagan justificada.” (Corte Constitucional, Sentencia T-1240 de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil. Ver también las sentencias T-031 de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño, T-752 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández.)”