

PLANTA DE PERSONAL EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y DERECHO A LA IGUALDAD EN ACCESO A CARGO PUBLICO-Acuerdos sobre traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, Defensoría del Pueblo y organismos con funciones de policía judicial/PLANTA DE PERSONAL EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y PRINCIPIO DE IGUALDAD-Acuerdos sobre traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, Defensoría del Pueblo y organismos con funciones de policía judicial

La Corte constata que como se desprende del análisis efectuado por la Corte en la Sentencia C-777 de 2005 la posibilidad de establecer acuerdos para trasladar cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y organismos que cumplan funciones de policía judicial, cuando se requiera para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios en la implementación del nuevo sistema penal acusatorio, debe examinarse no solo en el contexto del mandato señalado en el artículo 4º transitorio del Acto Legislativo 02 de 2003 sino también de manera sistemática con las normas que regulan en cada una de las instituciones el ingreso y permanencia de los servidores públicos. A partir de dichos presupuestos ha de señalarse que toda vez que el artículo 4º transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002 no establece el traslado de personas sino de cargos y que según la naturaleza y situación de los cargos aludidos -de carrera con lista de elegibles, de carrera sin lista de elegibles, o de libre nombramiento y remoción- la provisión de los mismos deberá efectuarse respetando tanto las normas de carrera como la autonomía que es propia a cada uno de los órganos a que alude la norma para proveer los cargos referidos, los presupuestos de los que partió la demandante para formular su acusación carecen de fundamento en las actuales circunstancias. En efecto ninguna vulneración del principio de igualdad y ningún desconocimiento de las normas superiores que orientan el ingreso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas (art 40-7 y 125 C.P.) puede predicarse respecto de la posibilidad de celebrar acuerdos para efectuar traslados de cargos en las condiciones señaladas en la Sentencia C-777 de 2005, pues precisamente como explicó la Corte en la referida sentencia, los traslados de cargos - y por consecuencia los acuerdos que al respecto se puedan celebrar- no implicarán el traslado de los servidores que los ocupaban; y desde esta perspectiva no se puede entender establecido privilegio alguno

en la norma para los mismos, así como tampoco la configuración de especies de concursos cerrados para la provisión de los cargos referidos.

PLANTA DE PERSONAL EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Condiciones para la realización de acuerdos sobre traslado de cargos/PLANTA DE PERSONAL EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Nombramiento en cargo que ha sido trasladado/PLANTA DE PERSONAL EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Límite temporal para la realización de acuerdos sobre traslado de cargos

los acuerdos a que alude la norma acusada podrán realizarse i) exclusivamente entre las entidades a que alude el artículo 4º transitorio del Acto Legislativo 02 de 2003 ii) los traslados que se efectúen como objeto de dichos acuerdos deben implicar la supresión del cargo en la estructura de la entidad que traslada y la creación de uno nuevo en la estructura de la entidad a la que se traslada iii) el Gobierno nacional debe garantizar los recursos económicos para financiar los nuevos cargos creados en esas circunstancias con recursos adicionales al presupuesto de la entidad en la que se crean los cargos y serán administrados autónomamente por esta; iv) si los nuevos cargos son de carrera los nombramientos deberán recaer en personas que hayan concursado para dicha categoría de cargo y se encuentren en el registro de elegibles -caso en el cual los nombramientos deberán ser en propiedad-; v) en caso de que no haya registro de elegibles los nombramientos solo podrán ser en provisionalidad hasta que se convoque y realice el concurso respectivo. vi) si los cargos son de libre nombramiento y remoción los nominadores conservan su autonomía para proveerlos; vii) dado que el Acto legislativo autoriza el traslado de cargos, no de servidores, entre entidades que pertenecen a ramas del poder público y a órganos con autonomía constitucional, la posibilidad de dichos acuerdos no puede entenderse como comportando que el traslado deba comprender al servidor público que ocupaba el cargo trasladado. Ello sin perjuicio de que dichos servidores, si reúnen los requisitos necesarios, puedan ser tomados en cuenta como candidatos en las mismas condiciones que cualquier otra persona; viii) Dichos acuerdos necesariamente tienen como límite temporal el mismo fijado para la implementación del sistema acusatorio, a saber el 31 de diciembre del 2008.

Referencia: expediente D-5714

Demandada de inconstitucionalidad contra el artículo 4º transitorio de la Ley 938 de 2004 “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”

Actora: Mercedes Olaya Vargas

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D. C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil cinco (2005)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Mercedes Olaya Vargas presentó demanda contra el artículo 4º transitorio de la Ley 938 de 2004 “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”.

Mediante auto del 31 de marzo de 2005, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda contra el artículo 4º transitorio de la Ley 938 de 2004 “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación” y dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista las normas acusadas para asegurar la intervención ciudadana y comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República y al Presidente del Congreso de la República, así como al Ministro del Interior y de Justicia, al Fiscal General de la Nación, al Defensor del Pueblo y al Presidente del Consejo Superior de la Judicatura a fin de que, de estimarlo oportuno, conceptúen sobre la constitucionalidad de la norma acusada.

Igualmente ordenó invitar a la Academia Colombiana de Jurisprudencia con el mismo fin.

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

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada 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 la República

DECRETA:

(...)

(...)

I. LA DEMANDA

La demandante afirma que el artículo transitorio acusado vulnera los artículos 13, 40-7 y 125 de la Constitución Política.

Para la actora la norma acusada establece un trato privilegiado a favor de los funcionarios vinculados en provisionalidad o en encargo en la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y en los organismos que cumplen funciones de Policía Judicial, en la medida en que se les favorece con un traslado automático sin que previamente hayan agotado el proceso de selección mediante el concurso público de méritos pese a que tal concurso existe por mandato constitucional, para efectos de ingresar al servicio público, de forma tal que: “... Esos privilegios atentan contra el principio de igualdad y la prohibición de privilegios sin razón justificada o razonable consagrada en el canon 13 superior, además atenta contra el principio de ingreso por méritos propios y personales del canon 125 ib. Y finalmente, es una limitación al derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos como forma de control político (art. 40-7 C. Pol.)...”.

Advierte que el proceso de selección por méritos en la Fiscalía General de la Nación, continúa dilatado en el tiempo a pesar de que el concurso de méritos se estableció con la Constitución de 1991. Sin embargo, desde esa época ningún ciudadano ha ingresado por méritos a dicha

institución, dando lugar a que se incumpla el principio constitucional de ingreso a carrera administrativa, y se desconozca una sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 4 de octubre de 2001 en la que se ordenó al Fiscal General de la Nación dar cumplimiento inmediato a las normas sobre el sistema de carrera en el término de un año contado a partir de la ejecutoria de dicha providencia.

En esos términos, hace énfasis en que: "... El ingreso a cargos públicos se debe hacer por concurso público y abierto de méritos. No puede haber privilegios a favor de quienes ya están vinculados a la administración pública, Rama Judicial (...). De otra parte, no es admisible que se efectúe un concurso para determinados cargos y finalmente se nombre en otros totalmente diferentes y que no fueron convocados precisamente mediante este mecanismo: el concurso público, objetivo y abierto de méritos...", de forma tal que la norma acusada al establecer un ingreso automático sin previo concurso público abierto crea una especie de ingreso cerrado en el que solamente se tiene en cuenta a los funcionarios nombrados en provisionalidad o en encargo desconociendo, como ya se dijo que la Constitución manda el ingreso al servicio público por vía de concurso público.

Recuerda que la Corte Constitucional en la sentencia C-266 de 2002 declaró inconstitucionales los concursos cerrados para efectos del ingreso a los cargos públicos. Sobre el particular cita apartes de la providencia referida.

Reitera que la norma acusada vulnera el artículo 13 de la Constitución, en la medida en que permite el nombramiento automático por traslado de funcionarios en provisionalidad, de forma tal que: "...limita o impide que personas no vinculadas para el primero de enero de 2005 a la Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, Defensoría del Pueblo y organismos que cumplen funciones de policía judicial puedan acceder a los cargos en dichas entidades. Es decir, las personas no vinculadas en tales entidades de derecho público entonces no tienen posibilidad alguna de ingresar a cargos públicos pues se estableció un privilegio a favor de las personas con nombramiento en provisionalidad...".

En ese entendido, considera que la disposición legal acusada vulnera también el artículo 40-7 constitucional, en la medida en que no permite el ingreso a cargos públicos para aquellas personas que no se encuentren previamente en las entidades públicas previstas en tal norma.

Finalmente, señala que el artículo demandado vulnera el preámbulo y el artículo 125 superior, toda vez que tal norma favorece a quienes ya tienen la calidad de servidores públicos bien sea porque han sido nombrados en provisionalidad o en encargo sin que previamente hayan concursado públicamente para acceder a los nuevos cargos del Estado, desconociendo por consiguiente el mandato constitucional que obliga a realizar concursos públicos para efectos del ingreso a los cargos oficiales.

IV. INTERVENCIONES

1. Fiscalía General de la Nación

El Fiscal General de la Nación, interviene en el presente proceso para solicitar a la Corte que declare la exequibilidad de la norma demandada, con base en los argumentos que se resumen a continuación.

El interveniente aclara que la Ley 938 de 2004 en desarrollo de los artículos 125 y 253 de la Constitución Nacional, establece i) la estructura orgánica de la Fiscalía General de la Nación y atribuye la competencia de cada dependencia, ii) las normas sobre administración de personal, iii) los cargos de libre nombramiento y remoción y lo cargos de carrera, iv) las normas de carrera, v) una planta de personal semiglobal con nomenclatura, número y niveles de empleos fijos, vi) ordena la supresión gradual de 3391 cargos entre el 2005 y 2009 y vii) deroga los anteriores Estatutos Orgánicos contenidos en el Decreto 2699 de 1991 y Decreto Ley 261 de 2000.

En esos términos, advierte que: "... La reducción de la planta de personal se realizó con base en las normas transitorias expedidas para dar cumplimiento a la implementación gradual del sistema penal acusatorio, previsto en el Acto Legislativo 03 de 2002 y en el Código de Procedimiento Penal y por las cuales se autoriza a la Fiscalía General de la Nación y demás entidades involucradas en el nuevo sistema, trasladar los cargos de la Fiscalía General de la Nación de los funcionarios que laboran en las dependencias ubicadas en los distritos judiciales que van ingresando al nuevo sistema, a los cargos que corresponda a la planta de personal definida para cada periodo, en los niveles de empleos y nomenclatura de cargos, según lo previsto en los artículos transitorios 1 y 2, con el fin de conseguir la transición y garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo sistema...".

Así mismo, considera que el traslado de cargos de las entidades integrantes de la justicia penal en el nuevo sistema, requerían de la autorización otorgada por la Constitución, dado que cada una de ellas es una entidad u órgano constitucional que goza de autonomía administrativa y presupuestal por expreso mandato de la norma superior, y por tanto de no existir disposición constitucional con ese fin, el legislador no hubiera podido disponer de esos trasladados de cargos para atender la implementación del sistema acusatorio so pena de violar la autonomía constitucional de cada una de dichas entidades.

Sobre el particular cita lo previsto en los artículos 57 de la Ley 941 de 2004, y artículo 532 de la Ley 906 de 2004.

En ese entendido, advierte que los argumentos expuestos por el actor se fundamentan en una interpretación que no consulta la integración sistemática normativa de los textos constitucionales y legales relacionados con cada uno de los órganos y entidades públicas involucradas en la implementación del sistema acusatorio pues desconoce las expresas autorizaciones dadas por el Constituyente de 1991 al legislador para regular lo relativo al régimen de trasladados entre entidades públicas en virtud de su autonomía.

De otra parte, señala que el artículo demandado” reproduce la autorización dada por el Acto Legislativo 03 de 2002 (art. 4 transitorio), para el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación y los demás organismos y entidades involucrados en la reforma constitucional, por consiguiente no puede ser contraria al orden constitucional la disposición que se expide con el fin de dar aplicación a ella y conseguir la transición hacia el sistema acusatorio...”. Precisa que el traslado de cargos fue el mecanismo autorizado por la reforma constitucional para garantizar el proceso de transición del nuevo sistema penal, debido a que en éste la Fiscalía General de la Nación, si bien conservó las funciones de acusación e investigación, las funciones de orden judicial son mínimas y excepcionales, razón por la cual se permite la redistribución del talento humano a la Rama Judicial a la cual se le asignaron especiales atribuciones, entre otros, el control de garantías.

En ese orden de ideas, la organización y el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación en el nuevo orden constitucional y legal, conlleva la reducción de su planta de personal y la eficiencia en el gasto público indispensable para contribuir al tránsito del nuevo esquema penal, adicionalmente: “...El Constituyente consideró que el traslado de cargos de unas

entidades a otras del sistema acusatorio era la forma ‘particular’ de administrar los recursos presupuestales y el personal de la Fiscalía y demás entidades involucradas como forma provisoria para garantizar la presencia de servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo sistema y ordenó que el legislador tomara todas las previsiones con el fin de conseguir la transición...”.

En ese sentido, estima que no autorizar el traslado de cargos como lo hizo el Constituyente “sería absurdo”, porque ello implicaría que la Fiscalía hubiera tenido que romper intempestivamente las relaciones laborales actuales a su cargo generando en consecuencia una situación de inestabilidad en sus servidores, además de poner en peligro la implementación del sistema acusatorio afectando los derechos laborales de las personas encargadas de su funcionamiento.

Así mismo, afirma que la disposición acusada no vulnera los artículos 13, 40-7 y 125 constitucionales, toda vez que respeta los principios constitucionales y además debe ser interpretada sistemáticamente con los preceptos superiores en la medida en que se trata de una norma de carácter transitorio que propende por lograr una solución inmediata a la implementación del nuevo sistema penal acusatorio, especialmente si se considera que la implementación de dicho sistema es gradual debido a que está en proceso de construcción y por consiguiente implica modificaciones estructurales y culturales que requieren para su consolidación de cambios paulatinos, pues la reforma constitucional del sistema no opera de un momento a otro.

En ese sentido, indica que: “..debe tenerse en consideración que la planta de personal de la Rama Judicial y de la Defensoría también son de carrera, por consiguiente, lo que tanto el Constituyente como el legislador hicieron mediante el traslado de cargos, fue crear un mecanismo excepcional para proteger a quienes por efectos del cambio de sistema penal se vean afectados en sus fueros de carrera para que las autoridades empleadoras puedan reacomodar esos cargos en cada planta de personal, para lo cual se hace notar, que no se trata de traslado de funcionarios o empleados, como es el régimen ordinario, sino que es de ‘cargos’ el cual conlleva supresión del mismo en la planta de personal en la Fiscalía General de la Nación...”.

Concluye entonces que no existe ningún privilegio o ingreso automático para las personas

que se encuentran nombradas en provisionalidad porque siendo tales cargos de aquellos que se deben proveer por concurso, la permanencia en el cargo se deriva de la superación por méritos del mismo, especialmente si se considera que el traslado de cargos no muta la naturaleza jurídica del nombramiento del funcionario provisional o de carrera, de forma tal que si se tiene estabilidad transitoria, no es por razones subjetivas del servidor o nominador sino en beneficio del adecuado funcionamiento del nuevo sistema penal.

2. Consejo Superior de la Judicatura

El Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, interviene en el presente proceso para solicitar a la Corte que declare exequible el artículo acusado, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación.

Advierte que el Congreso de la República es el órgano del poder público que expide los Códigos y las Leyes, y precisamente con fundamento en tal competencia expidió la Ley 938 de 2004, norma de rango legal que se ajusta a la cláusula general de competencia legislativa que establece la Constitución.

Recuerda que la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, se pronunció en relación con el tema relativo al “Traslado” contenido en el artículo 134 de Ley 270 de 1996 -norma de tipo estatutario-. Así mismo, dicha Corporación se pronunció posteriormente en relación con la exequibilidad de la Ley 771 de 2002 que modificó el artículo 34 y el numeral 6 del artículo 152 de la Ley 270 de 1996, de forma tal que: “... la figura del traslado goza de pleno reconocimiento constitucional y se ha considerado no sólo útil y valiosa herramienta para la administración de justicia, sino un mecanismo válido para la protección de derechos fundamentales, tales como el de la vida – por amenaza a servidores judiciales-, a la salud –por traslados para recibir tratamientos médicos idóneos- y la unidad familiar –los recíprocos...”.

De otra parte, precisa que en relación con la provisión de cargos en la Rama Judicial, la Ley 270 de 1996, prevé en el artículo 132 tres formas de provisión de cargos a saber, i) en propiedad, ii) en provisionalidad, y iii) en encargo, provisión que se sujeta a los condicionamientos que la misma norma impone al Consejo Superior de la Judicatura en lo relativo a la convocatoria previa y la realización de un concurso de méritos para efectos de acceder a cargos de carrera.

En esos términos, afirma que: "...en muchas ocasiones hay lugar a la utilización de las otras dos formas de provisión de cargos como son el encargo y la provisionalidad, especialmente cuando al término de un período o renuncia de un funcionario se requiere llenar de forma temporal la vacante, hasta tanto se pueda hacer designación por el sistema legalmente previsto. Esto es, el término requerido para que la Corporación o el Despacho Nominador realice la solicitud de listas de elegibles, haga el proceso de elección y se posesione el servidor designado en propiedad...", siendo esa la justificación legal por la que la norma acusada en concordancia con el artículo 532 de la Ley 906 de 2004 autoriza a la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y a los organismos que cumplan funciones de Policía Judicial para celebrar acuerdos con el fin de trasladar cargos cuando se requieran, a efectos de garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios en la implementación del nuevo sistema penal acusatorio.

Aclara que una cosa es el traslado de cargos dentro de la Rama Judicial y otra bien distinta es la forma de proveerlos, y en el caso del artículo transitorio acusado éste se refiere a cargos que son de carrera y que deberán ser ocupados de acuerdo con los mecanismos del concurso que rige en el poder judicial, sin embargo: "... si se considera que el Código de Procedimiento Penal fue publicado el día 1º de septiembre de 2004 (...) resulta por lo menos absurdo pretender que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura pudiera organizar en tan breve lapso (del 1º de septiembre al 31 de diciembre de 2004) un concurso público nacional. Y menos aún si se considera que por expreso mandato del legislador el traslado tenía como objeto que dichos servidores judiciales se encargaran de reforzar, desde el punto de vista de talento humano, la implementación del Sistema Penal Acusatorio a partir del 1 de enero de 2005 en los Distritos Judiciales de Bogotá, Armenia, Manizales y Pereira...".

Así mismo, destaca que la Fiscalía General de la Nación siguiendo los lineamientos fijados por el Consejo Superior de la Judicatura en la materia, seleccionó los servidores a trasladar prefiriendo a quienes de antemano ya pertenecían al régimen de carrera.

En ese entendido, estima que la medida contenida en el artículo acusado no vulnera los principios constitucionales de igualdad para ingresar al servicio público en la Rama Judicial y por consiguiente no establece un trato privilegiado, por el contrario facilita la puesta en funcionamiento del nuevo sistema oral, tal como está ocurriendo actualmente en el Distrito Judicial de Bogotá, con el propósito de convocar más adelante a las personas interesadas a

participar en los concursos públicos de méritos para proveer los cargos que hoy se ocupan en provisionalidad.

Señala que el legislador previó unos cargos nuevos para atender las necesidades de personal planteadas por el nuevo sistema penal acusatorio y por tanto previó el mecanismo del traslado de cargos entre entidades de la Rama Judicial, sin que ello implique una vulneración al artículo 125 constitucional, toda vez que si bien tal mandato superior establece como principio para acceder a la carrera el concurso de méritos para la provisión de cargos públicos, también exceptúa expresamente los nombramientos por elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Finalmente, manifiesta que el legislador con la expedición del artículo acusado contenido en la Ley 938 de 2004 lo único que hizo fue reiterar lo previsto en la Ley 906 de 2004 que estableció igualmente la figura del traslado con el fin de fortalecer el sistema penal acusatorio como una medida especial para implementar ese nuevo sistema procedural, de suerte que si bien: "... los cargos trasladados de la Fiscalía General de la Nación a la Rama Judicial son de carrera, han sido provistos en provisionalidad y una vez se organice el concurso público de méritos para elaborar la lista de elegibles, que actualmente estudia la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, serán designados en propiedad...".

3. Departamento Administrativo de la Función Pública

El Departamento Administrativo de la Función Pública, actuando a través de apoderado judicial, interviene en el presente proceso y solicita que se declare la constitucionalidad de la norma demandada, a partir de los argumentos que a continuación se reseñan.

El interviniente recuerda que: "..De acuerdo con las disposiciones superiores el competente para desarrollar la Constitución Política en el Estado Colombiano es el Legislador. En efecto, los artículos 114 y 150 de la Carta establecen que corresponde al Congreso de la República hacer las leyes, atribución que le permite entrar a desarrollar los aspectos que fueron fijados de manera general por el Constituyente. Lo anterior resulta lógico, toda vez que la Constitución Política no puede regular de manera específica, concreta y pormenorizada todas las materias que ella contiene...". Sobre el particular cita apartes de la sentencia C-404 de

2001.

Aclara que de conformidad con lo previsto en el artículo 253 superior, el legislador tiene competencia para desarrollar lo relativo a la estructura, funcionamiento y régimen de la administración de personal de la Fiscalía General de la Nación, y en ese entendido el legislador estaba facultado para expedir la Ley 938 de 2004, obviamente de conformidad con los lineamientos constitucionales, que para el caso concreto prevén la posibilidad de hacer traslado de cargos en la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y los demás organismos que cumplen funciones de Policía Judicial, con el único propósito de garantizar la implementación del nuevo sistema penal acusatorio.

Así mismo, precisa que la medida prevista en la disposición acusada es de carácter transitorio y está fundamentada en el cumplimiento y adaptación de las normas que rigen el nuevo sistema penal en el país, es esa la razón por la que dicha norma prevé un traslado de cargos más no un ingreso automático a la carrera o al servicio público.

En ese sentido, advierte que tal traslado de cargos de una entidad a otra no modifica la vinculación del funcionario respecto del cual recaiga tal medida, pues es claro que el ingreso a los cargos de carrera administrativa se hace previo concurso y solo puede tener derechos de carrera frente a un empleo el funcionario que se haya seleccionado por concurso de méritos, y por consiguiente el simple traslado de cargos no otorga derechos de carrera a un provisional cuyo cargo se traslade, ni se vulneran los derechos de los escalafonados en tanto el traslado del cargo se hace en igualdad de condiciones.

Reitera que la norma acusada: "...contrario a desconocer los derechos de los trabajadores y a establecer ingresos automáticos a la carrera, busca proteger a quienes han sido vinculados con la administración, bien por concurso, bien en provisionalidad garantizando la permanencia de los cargos los cuales siguen existiendo al servicio de la administración pública en otras entidades relacionadas en su objeto institucional. (...) esa medida no impide que un cargo provisto con un provisional y que es trasladado a otra entidad salga a concurso, por lo que la medida busca es la permanencia de los cargos al servicio de la administración pública con el fin de establecer el nuevo sistema penal acusatorio...".

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación (E) allegó el concepto número 3822, recibido el 24 de mayo de 2005, en el cual solicita a la Corte declarar exequible el artículo transitorio acusado, con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación.

La Vista Fiscal recuerda que el artículo 250 de la Constitución Nacional fue modificado mediante el Acto Legislativo No. 03 de 2002 que introdujo un nuevo sistema penal para la investigación y el juzgamiento, dicho sistema fue desarrollado a través de la Ley 906 de 2004 por la cual se expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Señala que: "... el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento se caracteriza por la celeridad en estas dos últimas etapas; actuación oral; la función del juez de control de garantías frente a la afectación de derechos y garantías fundamentales en las actuaciones de los fiscales y de la policía judicial: el principio de oportunidad; aseguramiento de los elementos materiales probatorios mediante cadena de custodia; juicio público, con inmediación probatoria, oral, contradictorio y concentrado, garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, justicia restaurativa, etc...", adicionalmente en materia probatoria se diseñaron unas nuevas técnicas de indagación e investigación y un nuevo sistema probatorio muy especializado, guiado por el principio de concentración, en donde la función judicial es trascendental.

Señala que el artículo 5° del Acto Legislativo No. 03 de 2002 establece que la aplicación del nuevo sistema será gradual, iniciándose en ciertos distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005, con plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre de 2008, es por esa razón que para lograr un adecuado desarrollo del sistema y en aplicación de la regla de gradualidad: "... el legislador en la Ley 906 señaló que el nuevo sistema comenzaría a aplicarse a partir del 1° de enero de 2005 en los distritos judiciales de Bogotá, Armenia, Pereira y Manizales, a partir del 1° de enero de 2006, en los de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal; a partir del 1° de enero de 2007 en los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio; y en el resto del país, a partir del 1° de enero de 2008".

En esos términos, el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, para efectos de la implementación del nuevo sistema fue expedido y entró en vigencia a través de la Ley 938 de 2004, en dicha norma se establece una planta de cargos de implementación gradual, con

carácter definitivo a partir del 1º de enero de 2009, así como la facultad de reubicación de personal en la Fiscalía, según la equivalencia de empleos establecida con el fin de conseguir la transición hacia el nuevo sistema garantizando la presencia de los servicios públicos necesarios.

Advierte que el artículo 532 de la Ley 906 de 2004 desarrolla lo previsto en el artículo 4º del Acto Legislativo No. 03 de 2002 como régimen de transición, con un traslado de cargos entre las entidades señaladas en la reforma constitucional, pero sin establecer la vía de entendimiento entre tales entidades o el mecanismo administrativo a aplicar para entender la novedad administrativa, toda vez que: "... tal vía de traslado interinstitucional resultaba esencial para preservar el principio de la división funcional del poder público, máxime cuando al finalizar el proceso de transición, entidades como la Fiscalía General de la Nación tendrán que prescindir de un total de 3391 servidores (artículo transitorio 1, Ley 938 de 2004), los cuales pueden prestar sus servicios en otras entidades que tengan relación directa con el nuevo sistema penal...".

De otra parte, indica que el artículo acusado podría tener dos interpretaciones a saber: "... una amplia, según la cual se autoriza a las entidades directamente relacionadas con la implementación del nuevo sistema penal, a celebrar acuerdo con las demás entidades del Estado para trasladar cargos; y una restrictiva, en donde los acuerdos a que ella se refiere sólo son procedentes entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y organismos que cumplen funciones de policía judicial...".

Advierte que la interpretación restrictiva es la que acoge el Ministerio Público. Señala que el artículo acusado establece un mecanismo administrativo interinstitucional que le permitirá a las entidades directamente relacionadas con la aplicación del nuevo sistema penal, trasladar los cargos que se requieran para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios en el periodo de transición e implementación gradual del referido sistema, dando cumplimiento al principio de colaboración armónica y al principio de división funcional del poder público previsto en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

Así mismo, aclara que el contenido del artículo transitorio acusado no es de vigencia permanente, pues sólo es aplicable hasta antes del 31 de diciembre de 2008, fecha límite en que se agota el período gradual de transición hacia el nuevo sistema penal y en la cual éste

debe entrar en plena vigencia, de forma tal que dicha norma le permite a las entidades relacionadas con la implementación del nuevo sistema celebrar acuerdos entre sí para trasladar cargos y sólo cuando se requiera para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios en su implementación.

Afirma que la figura de traslado prevista en el artículo acusado es atípica dentro del derecho administrativo laboral, toda vez que los traslados de cargos solamente son predicables dentro de cada entidad con el fin de preservar su autonomía administrativa derivada del principio de la división funcional del poder público; lo más cercano a dicho fenómeno es la situación de los servidores públicos en los casos de fusión o supresión de organismos administrativos prevista en los artículos 51 y 52 de la Ley 489 de 1998.

En ese orden de ideas, señala que el artículo acusado en ningún momento hace referencia a la forma como ha de efectuarse la provisión de los cargos que se lleguen a trasladar, de forma tal que esos cargos pueden ser aquellos que en la entidad sean de libre nombramiento o remoción o de carrera, los cuales en el caso de la carrera pueden además estar ocupados por funcionarios que pertenezcan a la carrera administrativa de la respectiva entidad u ocupados en provisionalidad o en encargo, pues es claro que la provisión de cargos en provisionalidad o encargo es una respuesta a las necesidades del servicio y además dichos nombramientos provisionales proceden para cubrir vacancias temporales pero sólo en el caso de los cargos de carrera siempre que no sea posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera, dado que: "...la nueva ley de carrera administrativa, Ley 909 elimina dicha posibilidad para las vacancias definitivas, al ordenar que durante el año siguiente a la conformación de la Comisión Nacional del Servicio Civil debe procederse a la convocatoria mediante concursos abiertos para cubrir los empleos de carrera administrativa que se encuentren provistos mediante nombramiento provisional o en encargo...".

Hace énfasis en que la provisión de empleos de carrera mediante encargo o nombramiento provisional es temporal y se efectúa por necesidades del servicio para cumplir los fines estatales, es esa la razón por la que dichos nombramientos gozan de una estabilidad relativa basada en los principios de la función pública y en la confianza legítima que respalda la buena fe de quienes ocupan tales cargos mientras se hace su provisión definitiva, especialmente si se considera que las carreras particulares como las de la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación,

entre otras entidades públicas, regulan de manera similar lo esencial a los conceptos de encargo y provisionalidad para ocupar empleos que deban ser provistos mediante concurso público.

Aduce que el principio de colaboración armónica es el argumento en virtud del cual son constitucionales los trasladados entre entidades públicas, tal y como los prevé la norma acusada, pues dicho principio respeta a su vez el principio de separación funcional del poder público que tiene como esencia el mayor o menor grado de autonomía para que las entidades públicas administren sus recursos, especialmente si se considera que las entidades a que se refiere la norma demandada pertenecen a diferentes ramas y órganos autónomos del poder público.

Concluye entonces que: "...los acuerdos para trasladar cargos que se celebren entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y organismos que cumplan funciones de policía judicial, incluidos los cargos de carrera ocupados en provisionalidad o en encargos, se ajustan al orden constitucional según los principios de colaboración armónica y separación funcional que rigen las relaciones entre las diferentes ramas y órganos del poder público y lo dispuesto expresamente para conseguir la transición hacia el nuevo sistema penal...".

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4º de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la norma demandada hace parte de una Ley de la República.

2. La materia sujeta a examen

Para la demandante el artículo 4º transitorio de la ley Ley 938 de 2004 "por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación", según el cual "Para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios en la implementación del nuevo sistema, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y organismos que

cumplan funciones de policía judicial podrán celebrar acuerdos para trasladar cargos cuando se requiera”, vulnera los artículos 13, 40-7 y 125 de la Constitución Política por cuanto con el, en su criterio i) se establece un tratamiento discriminatorio para las personas no vinculadas a la Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, Defensoría del Pueblo y organismos que cumplen funciones de policía judicial al tiempo que se establece un privilegio para aquellos servidores vinculados en provisionalidad o encargo en las mismas entidades que se beneficiarían de un traslado automático; ii) se establece un ingreso a la carrera sin previo concurso público abierto para las personas en provisionalidad o en encargo -que se beneficiarían de una especie de concurso cerrado- desconociendo así los principios y reglas que rigen el ingreso por méritos a la administración y la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

Los intervenientes coinciden en afirmar que no asiste razón a la demandante y solicitan la declaratoria de exequibilidad del artículo transitorio acusado. Hacen énfasis en que i) dicho artículo reproduce y concreta el mandato contenido en el artículo 4° transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002 y que la norma acusada se limita a señalar la posibilidad de realizar acuerdos para trasladar cargos con la finalidad aludida ii) la norma alude es al traslado de cargos y no de personas en particular, menos aún se refiere al tema de las personas en provisionalidad o en encargo; iii) en manera alguna las normas y los principios de la carrera administrativa se ven desconocidas pues en los traslados aludidos los presupuestos de la misma deben ser respetados, iv) la eventual protección transitoria que de la aplicación del artículo acusado resulte para personas en provisionalidad o en encargo atiende a la finalidad señalada por el Constituyente derivado de facilitar la puesta en marcha del sistema acusatorio lo que en nada modifica los principios de carrera que rigen dichos cargos pues tan pronto como se puedan hacer los concursos respectivos los cargos aludidos deberán ser provistos de acuerdo con los resultados de los respectivos concursos.

Con similares argumentos el Señor Procurador General de la Nación solicita igualmente la declaratoria de exequibilidad del artículo transitorio acusado. Precisa que la hipótesis de traslado a que se alude en la norma solo puede predicarse realizable entre las entidades a que alude el artículo 4° transitorio del Acto Legislativo 02 de 2003, así como que el límite temporal de los referidos acuerdos ha de ser el fijado en el Acto Legislativo 03 de 2002 para la implementación en todo el territorio nacional del sistema acusatorio, es decir el 31 de diciembre de 2008.

Corresponde a la Corte, en consecuencia, determinar si el artículo transitorio 4° de la Ley 938 de 2004 “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, en cuanto autoriza la realización de acuerdos para trasladar cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y organismos que cumplan funciones de policía judicial, cuando se requiera para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para la puesta en marcha del nuevo sistema penal acusatorio, i) establece o no un tratamiento discriminatorio que vulnera el artículo 13 superior por cuanto permitiría que se beneficie predominantemente a las personas que se encuentran en provisionalidad o en encargo en las entidades aludidas frente a cualquier otra persona que pretenda acceder a los cargos así trasladados en dichas entidades, ii) desconoce o no los artículos 40-7 y 125 en tanto el traslado de cargos así autorizado implicaría el desconocimiento de las normas de carrera y el acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, al permitir la incorporación automática de dichas personas y constituiría una especie de concurso cerrado - tipo de concurso en relación con el cual la Corte ya se ha pronunciado para declarar su inexistencia-.

Previamente la Corte considera necesario referirse al alcance del último inciso del artículo 4° transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002 -que sirve de fundamento a la disposición acusada- y a las precisiones hechas por la Corte en la Sentencia C-777 de 2005 en relación con el desarrollo legal de dicha norma superior transitoria por la necesaria incidencia de lo decidido en dicha sentencia para el análisis de la acusación formulada en el presente proceso.

3. El alcance del último inciso del artículo 4° transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002 y las precisiones hechas por la Corte en la Sentencia C-777 de 2005 en relación con su posible desarrollo legal

Resulta pertinente recordar que dentro de las normas dictadas por el Congreso de la República para introducir mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 una reforma al sistema penal se incluyó en el último inciso del artículo 4° transitorio¹ de dicho Acto Legislativo la previsión según la cual con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio en él previsto, la ley tomaría las previsiones tendientes a garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo sistema, en particular, el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del

Pueblo, y los organismos que cumplen funciones de policía judicial. Así mismo que el Gobierno Nacional garantizaría los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio y para la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública.

Dentro de esa misma orientación, en el parágrafo transitorio del artículo 5 del mismo Acto Legislativo -donde se reguló el tema de la vigencia del mismo²- se señaló que para que el nuevo sistema penal pudiera aplicarse en el respectivo distrito judicial -según los términos previstos en el mismo artículo-, deberían “estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública”. Así mismo que para estos efectos, la comisión de seguimiento de la reforma creada por el artículo 4º transitorio, velaría por su cumplimiento.

En desarrollo de dicha norma superior el Legislador al expedir el Código de Procedimiento Penal introdujo en la Ley 906 de 2004, entre otras disposiciones, el artículo 532 relativo a los “ajustes en plantas de personal en Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, Defensoría del Pueblo y entidades que cumplen funciones de Policía Judicial” con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio. En similar sentido el Legislador introdujo en la Ley 938 de 2004 “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación” el artículo 4º transitorio acusado en el presente proceso y sobre cuyo específico contenido se aludirá mas adelante.

Ahora bien, cabe precisar que la Corte en la Sentencia C-777 de 20053 al analizar los cargos formulados en contra de algunos apartes del inciso tercero del artículo 532 de la Ley 906 de 20044 consistentes en que “vulnera el principio de igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.), el derecho de acceder a cargos públicos (art. 40-7 C.P.) y la regla general, según la cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y se proveen por concurso (art. 125 C.), la disposición legal que permite que el nombramiento de funcionarios en los cargos que se crean en cumplimiento del Acto Legislativo 03 de 2002 en la Fiscalía General, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y en las entidades que cumplen funciones de policía judicial, se haga también con servidores que estén vinculados en provisionalidad o que se encuentren en la lista de elegibles” hizo un extenso análisis del alcance y límites del mandato superior establecido en el artículo 4º transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, así como de las condiciones en las que podría realizarse el traslado de cargos entre las entidades comprometidas con la puesta en marcha del sistema penal acusatorio.

Como resultado de dicho análisis la Corte constató que el artículo 532 de la Ley 906 de 2004 era una norma de transición que buscaba ajustar gradualmente las plantas de personal de la Fiscalía, Rama Judicial, Defensoría del Pueblo y entidades con funciones de policía judicial, para atender las necesidades de personal que surjan de la implementación del nuevo sistema acusatorio. Por ello de conformidad con el artículo 4º transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, la Corporación determinó que para que un servidor pueda ser nombrado en uno de los cargos que se trasladan entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y los organismos que cumplen funciones de policía judicial, se requiere que: 1) El cargo que ocupaba haya sido suprimido dentro de la nueva estructura; 2) Se haya creado un nuevo cargo en la planta a la cual se trasladaría el cargo; 3) El Gobierno nacional garantice los recursos económicos para financiar todo lo correspondiente al cargo creado; 4) Tales recursos sean adicionales al presupuesto de la respectiva entidad y administrados autónomamente por la misma; 5) Si el nuevo cargo es de carrera, el nombramiento debe recaer en la persona que haya concursado para dicha categoría de cargo y esté en el registro de elegibles, caso en el cual el nombramiento debe ser en propiedad. En el caso de que no haya registro de elegibles, dicho nombramiento solo puede ser en provisionalidad hasta que se convoque y realice el concurso. Si el nuevo cargo es de libre nombramiento y remoción, el nominador conserva su autonomía para proveerlo. En estos términos, resumidos en las condiciones enunciadas en el apartado 5 de la sentencia, la Sala concluyó que la norma era exequible.

Por otra parte, la Corte encontró que exigir la reubicación de los servidores a quienes se suprime el cargo -como se señalaba en dicho artículo 532- resultaba un requisito adicional al establecido en el Acto Legislativo, que permite el traslado de cargos, no de servidores, entre entidades que pertenecen a ramas del poder público y a órganos con autonomía constitucional. Por ello, estimó que obligar a que el traslado del cargo comprendiera el del servidor que lo ocupaba, era violatorio de la autonomía de que gozan la Fiscalía General, la Rama Judicial y la Defensoría del Pueblo y contradecía lo dicho por el Acto Legislativo mencionado, por lo que determinó que la primera frase del inciso demandado debía ser declarada inexequible. Además, señaló que el término de dos años señalado en la norma se encontraba en contradicción con la finalidad específica que justifica el traslado de cargos, o sea, asegurar el personal necesario para el cabal funcionamiento del nuevo sistema acusatorio dados los tiempos de transición fijados en el propio Acto Legislativo.

En ese orden de ideas la parte resolutiva de dicha sentencia fue del siguiente tenor:

“Declarar exequible el inciso tercero del artículo 532 de la Ley 906 de 2004, en los términos expuestos en el apartado 5 de la parte motiva de esta sentencia, salvo la expresión “El término para la reubicación de los servidores cuyos cargos se supriman, será de dos (2) años contados a partir de la supresión” contenida en el mismo inciso, que se declara inexequible.”

En relación con la sentencia aludida cabe recordar las siguientes consideraciones efectuadas por la Corte que resultan pertinentes para el análisis que corresponde hacer en la presente sentencia.

Expresó la Corte en esa ocasión lo siguiente:

“El desarrollo legal del artículo 4 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002 realizado a través del artículo 532 de la Ley 906 de 2004

En desarrollo del artículo 4 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, el artículo 532 de la Ley 906 de 2004, parcialmente cuestionado en este proceso define, en primer lugar, las formas a través de las cuales se proveerá el personal necesario para el adecuado funcionamiento del sistema acusatorio durante la etapa de implementación gradual del mismo y, en segundo lugar, enumera las distintas situaciones en que pueden encontrarse quienes sean nombrados durante esta transición.

El artículo 532 define las reglas generales para ajustar gradualmente las plantas de personal en la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y las entidades que cumplen funciones de policía judicial para conseguir la transición hacia el sistema acusatorio. Con este fin, prevé la posibilidad de (i) “trasladar cargos” entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y las entidades que cumplen funciones de policía judicial, (inciso primero); (ii) “transformar” juzgados penales municipales y promiscuos municipales en juzgados penales de circuito y juzgados y tribunales especializados (inciso segundo), (iii) “suprimir” ciertos cargos (inciso tercero) y (iv) “reubicar” a los servidores cuyos cargos se supriman, dentro de los dos años siguientes a la supresión.

Las tres primeras alternativas mencionadas recaen expresamente sobre “cargos”, y por ello resultan compatibles con lo que establece el artículo 4 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002. Tal como se señaló en la sección anterior, la implantación gradual del sistema acusatorio requerirá de la supresión, de la creación, de la transformación y del traslado de ciertos cargos, como lo previó la norma constitucional. A través de tales alternativas se cumple la finalidad de proveer funcionarios públicos para la implantación del sistema acusatorio. De conformidad con lo que establece el artículo 5 del Acto Legislativo 03 de 2002, estas alternativas podrán realizarse durante el tiempo que dure la transición hacia el sistema acusatorio, esto es, desde el 1 de enero de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2008.

La cuarta alternativa señalada en el inciso tercero del artículo 532, relativa a la “reubicación de funcionarios”, no está dirigida a garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para el buen funcionamiento del sistema acusatorio, sino a proteger la estabilidad de los funcionarios que resulten afectados por la supresión de sus cargos. Por lo tanto, esta posibilidad constituye una adición del legislador a lo regulado por el constituyente derivado en el Acto Legislativo 03 de 2002, que va más allá de lo previsto en el artículo cuarto transitorio, en tanto que exige el traslado de cargos conjuntamente con el del servidor que ejerce el cargo.

Si bien la protección de la estabilidad de los funcionarios de carrera es un fin constitucional legítimo previsto en el artículo 125 de la Carta, en el caso bajo estudio, tal posibilidad debe ser examinada a la luz de la figura del traslado de cargos prevista en el Acto Legislativo 03 de 2002.

Tal como se señaló en la sección anterior, la figura del traslado prevista en el artículo 4 transitorio de dicho acto legislativo, se refiere exclusivamente a los “cargos”, no a los funcionarios que están vinculados a dichos empleos públicos. Exigir que junto con el traslado del cargo se haga el traslado del servidor que lo ocupa desconoce la autonomía que la Constitución reconoce, por ejemplo, a la Fiscalía General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Rama Judicial. Esta exigencia no sólo impide la administración autónoma de la planta de personal y del presupuesto asignado a la entidad, sino que además puede llegar a desconocer los derechos de carrera de quienes ya están vinculados a la entidad o se encuentran en la lista de elegibles que se conformó para proveer los cargos de carrera en dicha entidad. Una posibilidad como la que se prevé en el inciso final del artículo 532 de la

Ley 906 de 2004, permitiría que un funcionario que no ha concursado en la entidad a la que se traslada el cargo, que no cumple con los requisitos propios de la carrera especial que rige a esa entidad, tenga una opción privilegiada para ocupar dicho cargo, que resulta contraria a la Carta. Igualmente, otorgaría un privilegio de estabilidad laboral contrario a la igualdad, el permitir el nombramiento en propiedad de ese servidor trasladado en un cargo de carrera para el cual no se ha abierto un concurso de méritos, en lugar de permitir que en dicho cargo trasladado sea nombrado en provisionalidad el funcionario que determine la entidad mientras se convoca y realiza el concurso público de méritos, en el cual podrá participar el funcionario cuyo cargo haya sido suprimido.

Igualmente es contrario a lo previsto en el artículo 4 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, la limitación temporal de dos años que se establece en el inciso final del artículo 532 de la Ley 906 de 2004. Si bien en el texto dicha restricción está referida exclusivamente a la posibilidad de reubicación de funcionarios cuyos cargos sean suprimidos, dado que ésta posibilidad está asociada al traslado de cargos, la restricción de esta alternativa a un período fijo de dos años, contradice lo autorizado por el artículo 4 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, que prevé que la transición hacia el sistema acusatorio tenga una duración de cuatro años, contados a partir del 1 de enero de 2005, por lo cual este período también deberá ser declarado inexistente.

Finalmente, esta disposición, indica que los nombramientos en los distintos cargos que surjan de cualquiera de los procedimientos anteriormente descritos, pueden hacerse a) con servidores de carrera, b) con funcionarios que estén en provisionalidad, c) con funcionarios que estén en el registro de elegibles, o d) por concurso abierto.

Dada la forma gradual que se ha previsto para la implementación del sistema acusatorio, la norma establece un conjunto de alternativas razonables para atender adecuadamente las necesidades de personal del nuevo sistema, y prevé que en algunos casos, la urgencia en la prestación del servicio hará indispensable acudir a nombramientos de carácter transitorio con funcionarios vinculados en provisionalidad, o acudir al registro de elegibles existente, para proveer de manera inmediata dichos cargos, hasta tanto se surten los procedimientos necesarios para realizar concursos de méritos para efectuar los nombramientos en los cargos que fueran de carrera.

Como quiera que la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial y la Defensoría del Pueblo, son entidades en las que funcionan regímenes especiales de carrera, y dado que el Acto Legislativo 03 de 2002 no estableció una regla distinta en materia de carrera, estabilidad laboral, o concurso de méritos, las novedades que surjan en las plantas de personal por el traslado de cargos, se rigen por los principios generales establecidos en el artículo 125 Superior, y deben respetar las especificidades de cada carrera especial, según las normas legales y reglamentarias vigentes.

Conclusión de las condiciones de exequibilidad de la norma acusada

Por lo anterior, y de conformidad con el artículo 4 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, para que un servidor público pueda ser nombrado en alguno de los cargos que se trasladan entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo, y las demás entidades con funciones de policía judicial, se requiere que:

1. El cargo que ocupaba haya sido suprimido dentro de la nueva estructura;
1. Se haya creado un nuevo cargo en la planta a la cual se trasladará el cargo;
1. El gobierno nacional garantice los recursos económicos para financiar todo lo correspondiente al cargo creado;
1. Tales recursos sean adicionales al presupuesto de la respectiva entidad y administrados autónomamente por la misma;
1. Si el nuevo cargo es de carrera, el nombramiento debe recaer en la persona que haya concursado para dicha categoría de cargo y esté en el registro de elegibles, caso en el cual el

nombramiento debe ser en propiedad. En el caso de que no haya registro de elegibles, dicho nombramiento solo puede ser en provisionalidad hasta que se convoque y realice el concurso. Si el nuevo cargo es de libre nombramiento y remoción, el nominador conserva su autonomía para proveerlo.

1. La posibilidad de traslado de cargos se podrá hacer dentro del lapso de tiempo de implantación del nuevo sistema penal acusatorio, esto es, desde el 1 de enero de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2008.

Dado que la Corte encontró que exigir la reubicación de los servidores a quienes se suprima el cargo resulta un requisito adicional al establecido en el Acto Legislativo 03 de 2002, que permite el traslado de cargos, no de servidores entre entidades que pertenecen a ramas independientes del poder público y a órganos con autonomía constitucional. Por ello, obligar a que el traslado del cargo comprenda el del servidor que lo ocupaba, es violatorio de la autonomía de que gozan la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo, y las demás entidades con estatus constitucional que ejerzan funciones de policía judicial, y contradice lo dicho por el Acto Legislativo mencionado. Además, el término de dos años va en contravía de la finalidad específica que justifica el traslado de cargos, o sea, asegurar el personal necesario para el cabal funcionamiento del nuevo sistema acusatorio habida cuenta de los tiempos de transición fijados en el propio acto legislativo.

Por ello, la Corte Constitucional declarará, en las condiciones anteriormente enumeradas, exequible el inciso tercero del artículo 532 de la Ley 906 de 2004, salvo la expresión “El término para la reubicación de los servidores cuyos cargos se supriman, será de dos (2) años contados a partir de la supresión” contenida en el inciso demandado que será declarada inexequible.”⁵

4. El contenido y alcance de la norma demandada en el presente proceso y la necesaria aplicación de los criterios fijados en la Sentencia C-777 de 2005 para el análisis de la acusación formulada contra ella en el presente proceso.

4.1 La norma acusada en el presente proceso –Artículo 4° transitorio de la Ley 938 de 2004- guarda como se ha visto estrecha relación con la disposición examinada por la Corte en la sentencia C-777 de 2005.

En efecto, la norma contenida en la Ley 938 de 2004 “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación” establece que “Para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios en la implementación del nuevo sistema, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y organismos que cumplan funciones de policía judicial podrán celebrar acuerdos para trasladar cargos cuando se requiera.”

La disposición establece pues la posibilidad, -ha de entenderse para el caso de la Fiscalía- de celebrar acuerdos con la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y organismos que cumplan funciones de policía judicial para trasladar cargos cuando se requiera para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios en la implementación del nuevo sistema penal acusatorio. Ahora bien la Corte debe hacer énfasis en que la posibilidad en referencia solo puede tener por objeto el traslado de cargos entre las instituciones aludidas y que el elemento específico de la norma acusada en el presente proceso es entonces simplemente el de señalar como instrumento para dichos traslados de cargos la celebración de acuerdos entre las entidades a que en ella se hace referencia.

4.2 Ahora bien frente a la acusación formulada por la demandante⁶ la Corte constata que como se desprende del análisis efectuado por la Corte en la Sentencia C-777 de 2005 la posibilidad de establecer acuerdos para trasladar cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y organismos que cumplan funciones de policía judicial, cuando se requiera para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios en la implementación del nuevo sistema penal acusatorio, debe examinarse no solo en el contexto del mandato señalado en el artículo 4º transitorio del Acto Legislativo 02 de 2003 en los términos señalados en dicha sentencia sino también de manera sistemática con las normas que regulan en cada una de las instituciones a que allí se alude el ingreso y permanencia de los servidores públicos – instituciones en las que como en el conjunto de entidades públicas se aplican necesariamente las normas de carrera en los términos del artículo 125 superior⁷.

A partir de dichos presupuestos ha de señalarse que toda vez que el artículo 4º transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002 no establece -como en dicha sentencia se señaló claramente- el traslado de personas sino de cargos y que según la naturaleza y situación de los cargos aludidos -de carrera con lista de elegibles, de carrera sin lista de elegibles, o

de libre nombramiento y remoción- la provisión de los mismos deberá efectuarse respetando tanto las normas de carrera como la autonomía que es propia a cada uno de los órganos a que alude la norma para proveer los cargos referidos, los presupuestos de los que partió la demandante para formular su acusación carecen de fundamento en las actuales circunstancias.

En efecto ninguna vulneración del principio de igualdad y ningún desconocimiento de las normas superiores que orientan el ingreso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas (art 40-7 y 125 C.P.)⁸ puede predicarse respecto de la posibilidad de celebrar acuerdos para efectuar traslados de cargos en las condiciones señaladas en la Sentencia C-777 de 2005, pues precisamente como explicó la Corte en la referida sentencia, los traslados de cargos - y por consecuencia los acuerdos que al respecto se puedan celebrar- no implicarán el traslado de los servidores que los ocupaban; y desde esta perspectiva no se puede entender establecido privilegio alguno en la norma para los mismos, así como tampoco la configuración de especies de concursos cerrados para la provisión de los cargos referidos.

Ello no obsta, empero, para que la Corte deba precisar, como lo hace el señor Procurador que la hipótesis de traslado a que se alude en la norma solo puede predicarse como realizable entre la rama y órganos a que alude el artículo 4º transitorio del Acto Legislativo 02 de 2003, así como que el límite temporal de los referidos acuerdos ha de ser el fijado en el Acto Legislativo 03 de 2002 para la implementación en todo el territorio nacional del sistema acusatorio, es decir el 31 de diciembre de 2008.

4.3 En síntesis ha de concluirse entonces que los acuerdos a que alude la norma acusada podrán realizarse i) exclusivamente entre las entidades a que alude el artículo 4º transitorio del Acto Legislativo 02 de 2003 ii) los traslados que se efectúen como objeto de dichos acuerdos deben implicar la supresión del cargo en la estructura de la entidad que traslada y la creación de uno nuevo en la estructura de la entidad a la que se traslada iii) el Gobierno nacional debe garantizar los recursos económicos para financiar los nuevos cargos creados en esas circunstancias con recursos adicionales al presupuesto de la entidad en la que se crean los cargos y serán administrados autónomamente por esta; iv) si los nuevos cargos son de carrera los nombramientos deberán recaer en personas que hayan concursado para dicha categoría de cargo y se encuentren en el registro de elegibles -caso en el cual los

nombramientos deberán ser en propiedad; v) en caso de que no haya registro de elegibles los nombramientos solo podrán ser en provisionalidad hasta que se convoque y realice el concurso respectivo. vi) si los cargos son de libre nombramiento y remoción los nominadores conservan su autonomía para proveerlos; vii) dado que el Acto legislativo autoriza el traslado de cargos, no de servidores, entre entidades que pertenecen a ramas del poder público y a órganos con autonomía constitucional, la posibilidad de dichos acuerdos no puede entenderse como comportando que el traslado deba comprender al servidor público que ocupaba el cargo trasladado. Ello sin perjuicio de que dichos servidores, si reúnen los requisitos necesarios, puedan ser tomados en cuenta como candidatos en las mismas condiciones que cualquier otra persona; viii) Dichos acuerdos necesariamente tienen como límite temporal el mismo fijado para la implementación del sistema acusatorio, a saber el 31 de diciembre del 2008.

En las anteriores condiciones, frente a los cargos formulados, la Corte en consecuencia declarará la exequibilidad del artículo acusado en el presente proceso y así lo señalará en la parte resolutiva 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,

R E S U E L V E:

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

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 ARTÍCULO 4º. TRANSITORIO.— Confórmase una comisión integrada por el Ministro de Justicia y del Derecho, el Fiscal General de la Nación, quien la presidirá, el Procurador General de la Nación, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, o los delegados que ellos designen, tres Representantes a la Cámara y tres Senadores de las Comisiones Primeras, y tres miembros de la Academia designados de común acuerdo por el Gobierno y el Fiscal General, para que, por conducto de este último, presente a consideración del Congreso de la República a más tardar el 20 de julio de 2003, los proyectos de ley pertinentes para adoptar

el nuevo sistema y adelante el seguimiento de la implementación gradual del sistema.

El Congreso de la República dispondrá hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las leyes correspondientes. Si no lo hiciere dentro de este plazo, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los Código (sic) Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía.

Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el presente Acto Legislativo, la ley tomará las previsiones para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo en particular, el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo, y los organismos que cumplen funciones de policía judicial. El Gobierno Nacional garantizará los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio y para la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública.

2 ARTÍCULO 5º. VIGENCIA.— El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.

PARÁGRAFO TRANSITORIO.— Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública. Para estos efectos, la comisión de seguimiento de la reforma creada por el artículo 4º transitorio, velará por su cumplimiento.

3 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Artículo 532. Ajustes en plantas de personal en Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, Defensoría del Pueblo y entidades que cumplen funciones de Policía Judicial. Con el fin de

conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el Acto Legislativo 03 de 2002, se garantiza la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo sistema, en particular el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y los organismos que cumplen funciones de policía judicial.

Al efecto, el Consejo Superior de la Judicatura podrá, dentro de los límites de la respectiva apropiación presupuestal, transformar juzgados penales municipales y promiscuos municipales en juzgados penales de circuito y juzgados y tribunales especializados.

El término para la reubicación de los servidores cuyos cargos se supriman, será de dos (2) años contados a partir de la supresión. Los nombramientos en estos cargos se harán con servidores de carrera judicial, o que estén en provisionalidad, que se encuentren en registro de elegibles, o por concurso abierto." (Aparte tachado declarado inexequible en la sentencia C-777 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.)

5 Sentencia C-777 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

6 Para la demandante la disposición acusada vulnera los artículos 13, 40-7 y 125 de la Constitución Política por cuanto con la misma en su criterio i) se establece un tratamiento discriminatorio para las personas no vinculadas a primero de enero de 2005 a la Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, Defensoría del Pueblo y organismos que cumplen funciones de policía judicial al tiempo que se establece un privilegio para aquellos servidores vinculados en provisionalidad o encargo en las mismas entidades que se beneficiarían de un traslado automático; ii) se establece así un ingreso a la carrera sin previo concurso público abierto para las personas en provisionalidad o en encargo -que se beneficiarían de una especie de concurso cerrado- desconociendo así los principios y reglas que rigen el ingreso por méritos a la administración y la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

7 Así cabe recordar que en materia de administración de personal se aplican en el poder judicial la ley 270 de 1996, en el caso de la Fiscalía General de la Nación la propia Ley 938 de 2004 , para el caso de la Defensoría del Pueblo la Ley 201 de 1995 y en el caso de los organismos de Policía Judicial las leyes 938 de 2004 y 270 de 1996.

8 ARTÍCULO 40.— Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y

control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...)

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

ARTÍCULO 125.— Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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

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

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

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