

Sentencia T-024/07

ACCION DE TUTELA-Línea jurisprudencial sobre nombramiento del primero de la lista en concurso de méritos

NOMINADOR-Obligación de proveer los cargos de carrera con el primero de la lista de elegibles/NOMINADOR-Motivación de la decisión cuando no se nombra al primero de la lista

CONCURSO DE MERITOS-Posición de la Corte Suprema de Justicia sobre lista de elegibles

ACCION DE TUTELA-Procedencia para restablecer derechos de persona que ocupó primer lugar en la lista de elegibles/DERECHO DE ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PUBLICOS-Efectividad de la tutela para proteger derechos a quien la Corte Suprema no le respetó lugar de ubicación en lista de elegibles para cargo de magistrado de tribunal

Referencia: expediente T-1265466

Acción de tutela instaurada por Luis Carlos González Velásquez contra la H. Corte Suprema de Justicia

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil siete (2007).

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de las providencias adoptadas por las Salas de Casación Civil y de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela instaurada por Luis Carlos González Velásquez contra la Sala Plena de la misma corporación.

I. ANTECEDENTES

El señor Luis Carlos González Velásquez solicita el amparo constitucional de sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y al acceso a cargos y funciones públicas, porque no fue elegido Magistrado de la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, no obstante ocupar el primer lugar en la lista conformada por tal fin, por la Sala Administrativa del H. Consejo Superior de la Judicatura.

1. Hechos

-El doctor Luis Carlos González Velásquez, quien en la actualidad ejerce el cargo de Juez Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá, se ha desempeñado durante más de 16 años en la rama judicial del poder público “gracias a los meritorios puntajes obtenidos en los distintos concursos convocados por las entidades administrativas de la Rama Judicial”.

-En los años 2003 y 2004, el doctor González Velásquez ocupó destacados lugares en las Listas de Elegibles, destinadas a proveer vacantes definitivas en el cargo de Magistrado de los diferentes Tribunales Superiores del país, elaboradas por la Sala Administrativa del H. Consejo Superior de la Judicatura¹.

-En enero de 2005, la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia prescindió del actor, quien para entonces ocupaba el primer lugar en la mencionada Lista, conformada para proveer la vacante de magistrado de la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá dejada por el doctor Ramiro Torres Lozano.

2. Material Probatorio

En el expediente obran, entre otros documentos:

-Trascripción parcial de las Actas Numero Dos y Tres, correspondientes a las Sesiones Ordinarias de Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia, celebradas el 6 y el 17 de febrero de 2005, a cuyo tenor:

“El señor Presidente invitó a deliberar en torno a los candidatos. La Sala realizó el análisis y el estudio de todos los que aparecen en la lista enviada por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo No. 2698 del 1° de diciembre de 2004. En consecuencia, se sometieron a consideración los siguientes nombres:

1. Dr. LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
2. Dr. EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
3. Dra. MARIA AMANDA NOGUERA DE VITERI
4. Dra. FANNY ESTHER RAMIREZ ARAQUE
5. Dr. GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVAEZ
6. Dra. ANA MATILDE TORRES DE MORENO
7. DRA. MARIA JULIA FIGUEREDO VIVAS
8. DR. SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS
9. DRA. GLORIA MARIA PACHECO BOHORQUEZ

Efectuada la votación, los Magistrados escrutadores doctores CESAR JULIO VALENCIA COPETE y JORGE LUIS QUINTERO MILANES informaron que el resultado de la misma fue el siguiente:

DR. EDUIN DE LA ROSA QUESSEP 18 VOTOS

EN BLANCO 3 VOTOS

NO HUBO VOTOS POR LOS DEMÁS CANDIDATOS

En consecuencia la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta para efectos de esta elección los criterios señalados por la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y la Circular No. 02 de 7 de marzo de 1997, proferida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, declaró elegido en propiedad al doctor EDUIN DE LA ROSA QUESSEP como Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (..)"

"Con ponencia del Magistrado LUIS JAVIER OSORIO LÓEZ, fue confirmado el nombramiento en propiedad del doctor EDWIN (sic) DE LA ROSA QUESSEP", como Magistrado de la Sala Laboral

del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

(..)”.

-Certificación emitida por la Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia, el 13 de julio de 2005, que da cuenta de que el doctor Eudin De la Rosa Quessep “viene prestando sus servicios en forma continua e ininterrumpida, así”:

-Del 26 de octubre de 1999 al 28 de febrero de 2005, desempeñó el cargo de Abogado Asistente de la Sala de Casación Laboral, en propiedad.

-Desde el 1° de marzo de 2005, viene desempeñando el cargo de Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en propiedad.

-Desde el 1° de abril de 2005, viene desempeñando el cargo de Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Laboral, en provisionalidad.”

3. La demanda

El doctor Luis Carlos González Velásquez, por intermedio de apoderado, reclama sobre la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a los cargos y funciones públicas.

El apoderado del actor afirma que su representado integra, desde el año 2003, las Listas de Elegibles para proveer el cargo de Magistrado de Tribunal Superior y que, a pesar de que en los diferentes Tribunales Superiores del país se han presentado vacantes definitivas, la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia no ha designado al Dr. González Velásquez.

Agrega que el hecho “de que las listas deban conformarse con un número superior a cinco (5) candidatos no otorga al nominador la facultad de seleccionar a cualquiera de los integrantes de la lista (..)”, comoquiera que “la finalidad de las normas de la Carrera Judicial y del Registro de Elegibles es ubicar en sus listados en un lugar preferente a quienes obtuvieron una mejor puntuación como resultado de los exámenes y entrevistas presentados. Por ello suplir una vacante seleccionando a un candidato que obtuvo una puntuación inferior a la de otros candidatos, desnaturaliza y deja sin efectos el concurso convocado y las pruebas practicadas, desconociendo el mejor derecho que le asiste a quien

ocupa el primer lugar en la lista de candidatos para proveer el cargo de magistrado". Se apoya en los artículos 164 a 167 de la Ley 270 de 1996, los cuales transcribe.

Trae a colación las consideraciones esgrimidas por esta Corte, al revisar oficiosamente las normas antes relacionadas y destaca las condiciones que dieron lugar a la exequibilidad condicionada de los artículos 166 y 167 de la normatividad en comento, a cuyo tenor "el nombramiento que se realice deberá recaer sobre el candidato que encabece la lista de elegibles, esto es, el que ha obtenido la mayor puntuación" –negrilla y comillas en el texto-, a la vez que propugna porque los parámetros fijados por esta Corte, al declarar la exequibilidad condicionada de las normas a que se ha hecho mención, sean acatados "toda vez que al proceder de manera contraria se actúa en contravía de la constitución y la ley, más aún cuando el fallo analizado tiene el carácter de cosa juzgada constitucional con efectos erga omnes."

Relaciona sentencias de constitucionalidad y decisiones de tutela, adoptadas por la Sala Plena de esta Corte y diferentes Salas de Revisión y sostiene que la jurisprudencia constitucional tiene definido que "la finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir con el concursante que haya obtenido el más alto puntaje"; "quien ha ocupado el primer lugar (..) tiene un derecho de rango constitucional a ser nombrado (..)"; y "(..) si no existen razones objetivas para no seleccionar al primero de la lista (..) existe la obligación de nombrarlo".

Se detiene en la Sentencia SU- 613 de 2002 de la que dice "guarda estrecha relación con los hechos y planteamientos esbozados", comoquiera que la acción fue instaurada por un "candidato a Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, que no fue nombrado en la vacante existente pese a ocupar el primer lugar de la lista de candidatos", con el fin de recordar que "[l]a línea jurisprudencial trazada por esta Corte es unánime y coherente, respecto a la designación de quien ocupa el primer lugar en la lista de candidatos (..)".

Afirma que la jurisprudencia en mención indica que "el mecanismo apto para lograr la eficacia de los derechos fundamentales vulnerados es la acción de tutela, no obstante la existencia de acciones ante lo contencioso administrativo, por no ser éstas medios idóneos para lograr el nombramiento en el cargo en un tiempo prudente y oportuno".

Señala al respecto:

“Resulta evidente que las acciones contencioso administrativas no consiguen , en igual grado que la tutela, el amparo de los derechos amenazados en los procesos de vinculación de funcionarios públicos; en muchas ocasiones el acudir a dichas acciones implica la dilación en el tiempo de la actuación vulnerante sin que se logre una efectiva protección.

De otra lado bajo los supuestos de i) reelaboración de las listas de elegibles o ii) la orden de nombrar al accionante por tener derecho a ocupar el cargo, las acciones contenciosas resultan demasiados tardías, sin que durante el trámite administrativo se puede restablecer el derecho a acceder al cargo que aspiraba”.

4 Intervención Pasiva

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del H. Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca resolvió comunicar la admisión de la acción de tutela que se revisa i) a los H. Magistrados integrantes de la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia, en calidad de accionados y ii), como terceros interesados, a quienes en enero de 2005 conformaban la Lista de Elegibles, para el cargo de Magistrado de la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4.1 Intervención de la H. Corte Suprema de Justicia

El Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia, Magistrado Yesid Ramírez Bastidas advierte sobre la improcedencia de la acción que se revisa, debido a que “es claro que se está impugnando un acto administrativo de la Corte Suprema de Justicia cuyo juzgamiento corresponde exclusivamente a la jurisdicción Contencioso Administrativa (..)” y aboga porque la pretensión de amparo se niegue en consideración a que “el referido acto administrativo obedece a la potestad nominadora de la Corte, la cual ejerce fundamentada en el criterio reiterado por la Sala Plena (..)” el cual transcribe.

Sostiene, entre otros aspectos, el concepto en mención:

“Sostener que de la lista integrada por el Consejo Superior de la Judicatura, siempre que debe designarse el primero que en ella aparezca, implica olvidarnos del carácter normativo de la Constitución y de su supremacía, porque tal interpretación desconoce las premisas

normativas del art. 256 num. 2, pues deroga la facultad nominadora de la Corte Suprema de Justicia y con ella el carácter complejo de la designación, radicándolo exclusivamente en el Consejo Superior de la Judicatura al elaborar la lista, por cuanto la intervención de la Corte Suprema de Justicia sería eminentemente homologatoria al designar a quien en ella aparezca de primero.

b) En la sentencia C-37 de 5 de febrero de 1996, la Corte Constitucional para efectos de definir la constitucionalidad del art. 166 de la Ley 270 de 1996, que es la que se entrelaza con la norma constitucional atrás citada, dejó por sentado, citando providencia precedente, dictada con ocasión de la revisión de una acción de tutela y a propósito del régimen de carrera administrativa, o sea en sector diferente a la Rama Judicial, que “quien ocupe el primer lugar, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás en orden descendente”. Previamente en la misma sentencia acotó que “sólo quien haya obtenido el mayor puntaje” en el correspondiente concurso de méritos, “puede ser beneficiado con el respectivo nombramiento”. Pues bien, este es argumento válido para el sector administrativo o ejecutivo, donde se da un acto de designación, pero no en la Rama Judicial con respecto a funcionarios, porque en este último campo, el acto es de elección.

(..)”2.

Ahora bien, en lo atinente a la elección del doctor Eduin De la Rosa Qessep, como Magistrado de la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, el doctor Ramirez Bastidas afirma que “se tuvieron en cuenta los anteriores lineamientos, tal como consta en el acta (sic) No. 1 de la Sala Plena del 20 de enero de 2005, sometiendo a consideración de la misma los nombres que conformaban la lista para proveer la vacante definitiva de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá a la votación libre, escrita y secreta, conforme al Reglamento Interno de la Corporación, dando como resultado 18 votos a favor del mencionado Doctor, quien se encontraba incluido en la lista enviada por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo 2698 del 1° de diciembre de 2004.

Finalmente agrega “que la Sala Plena al deliberar sobre los candidatos que integran la lista de elegibles enviada por el Consejo de la Judicatura, examina las hojas de vida adjuntas y evalúa la experiencia y capacitación de los candidatos en la especialidad” y para concluir trae apartes de la sentencia SU-458 de 1993, de este Corporación.

4.2 Intervención del H. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Unidad de Administración de la Carrera Judicial

El señor Director de la Unidad de Administración de la Carrera Judicial inicialmente hace un recuento de la normatividad que rige el sistema de ingreso a los cargos de carrera judicial para funcionarios y explica las diferentes etapas del proceso.

Además, se refiere a la labor desarrollada por la dependencia a su cargo, “en relación con la vacante del cargo de Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dejada por el doctor RAMIRO TORRES LOZANO” y finalmente asegura que “esta entidad no tiene competencia para intervenir en la designación de dichos funcionarios, por lo tanto no hace parte de la presente acción de tutela”.

4.3 Intervención del tercero interesado en la decisión

El doctor Eduin De la Rosa Quessep, quien, como lo indican los antecedentes, fue designado por la H. Corte Suprema de Justicia en el cargo de magistrado de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, al que aspiraba el actor, interviene en el presente asunto, “con el fin de asumir mi defensa y poner en consideración de la Sala algunas reflexiones sobre el tema en estudio”.

Inicialmente, el interviniente destaca la naturaleza de “manifestación de voluntad de la administración (...) emitida en ejercicio de una potestad administrativa (...)”, de la actuación adelantada por la H. Corte Suprema de Justicia para designarlo en el cargo de magistrado de la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá y concluye que su juzgamiento compete a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los términos de los artículos 237 y 238 de la Carta Política.

En armonía con lo expuesto y en consideración a las previsiones de los artículos 86 constitucional y 6° del Decreto 2591 de 1991, el doctor De la Rosa Quessep afirma que la acción de tutela no puede ser utilizada “para cuestionar la legalidad de los actos administrativos de cualquier índole o para impedir su cumplimiento (...)”, sin perjuicio de que “excepcionalmente puede admitirse la acción de tutela contra actos administrativos, pero ello sólo cuando la persona corre el riesgo de que se le causen perjuicios irremediables y daños irreparables (...)”.

En este punto y en relación con el asunto en estudio, afirma que “no se está ante una situación de destrucción grave de un valor superior que reclame la pronta intervención del juez constitucional para conjurar esos efectos” y que, en todo caso, “el medio ordinario es sin lugar a dudas mucho más efectivo, eficaz y rápido que el remedio constitucional, de suerte que es a todas luces injustificado e inaceptable utilizar éste en lugar de aquel”.

En consecuencia, considera que si el doctor González Velásquez pretende la nulidad del acto administrativo que lo designó a él como magistrado de la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, puede instaurar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que, si el mismo persigue una decisión “rápida, célere, oportuna y mucho más inmediata que la que brinda la tutela,” bien podría solicitar la suspensión provisional del acto.

Se detiene en la jurisprudencia de esta Corte, a cuyo tenor “la acción de tutela constituye el mecanismo idóneo para exigir que quienes ocupan los primeros lugares en los concursos de méritos accedan a los cargos que aspiraron, todo ello en defensa del derecho a la igualdad” y concluye que “el único argumento que emana de allí es el de autoridad, es decir el de haber sido investida de la potestad de garantizar la supremacía de la Carta y fijar el alcance de sus disposiciones, pero es claro que ello no la autoriza para irse en contra de claros textos legales ni justifica racionalmente sus excesos, máxime cuando la autoasignación de competencia (que más parece una usurpación) a más de tener una connotación mesiánica y absolutista en cuanto deja deslizar la idea de que ella es la única llamada a garantizar el respeto a la ley y a los derechos fundamentales, expele un tufillo a desconfianza sobre la capacidad e idoneidad de los jueces naturales (...)”.

Se extiende en “las razones expuestas por [esta] Corte para insistir en su competencia exclusiva para conocer asuntos como el subexámine” de las que dice no resisten un análisis “jurídico ni lógico”, excepto en cuanto al respeto de su propio precedente.

En este punto, sostiene que, con miras a evitar el cambio abrupto de “la línea jurisprudencial sobre el tema”, la que califica de “constante y uniforme” y, con el propósito de no vulnerar el derecho a la igualdad “de quien de buena fe acudió a esta instancia con base en estos precedentes amén de que quedaría despojado de acción judicial pues ya no podría acudir a los mecanismos ordinarios”, lo conducente sería “habilitar el término (...) para que acuda a la acción que en sano derecho corresponde o enviar el expediente a la autoridad competente,

donde deberá adecuarse el procedimiento (...).".

Lo anterior, dado que el respeto del propio precedente no puede significar que esta Corte tenga que persistir en su error de pasar por alto la competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo, en la materia.

Finalmente, señala que la pretensión de amparo constitucional "no está llamada a prosperar", si se considera:

-Que la Lista de Elegibles, conformada luego del concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo No. 117 de 1997, venció en abril de 2005.

-Que él ocupó el primer lugar en dicha Lista "hasta finales de 2004, cuando fui desplazado por el doctor Luís Carlos González Velásquez quedando entonces en segundo lugar".

-Que no siendo la puntuación de quienes integran las Listas de Elegibles definitiva y pudiendo los aspirantes al cargo cambiar de sede, intervienen factores de incertidumbre que hacen que quien figura de primero bien puede cambiar de lugar, en cualquier momento, de manera que "el criterio de nombrar automática y necesariamente al primero de la lista de elegibles resulta altamente inconveniente (...) salvo que coincida el ascenso al primer lugar de la lista con la producción de una vacante".

Indica al respecto:

"Contrastando estas razones, con las particularidades de este caso, es obvio que la situación es diferente pues aquí quien finalmente fue escogido si bien ocupaba el segundo lugar cuando fue elegido había ocupado el primero con anterioridad, durante cerca de tres (3) años, de manera que la afirmación de que el demandante superó a los restantes candidatos es relativa pues si la vacante se hubiese producido seis (6) meses antes el suscrito hubiese estado en el primer lugar".

-Que "en los términos el (sic) numeral 2 del artículo 256 de la C.P. la elección de magistrados de tribunales superiores debe hacerse de lista de candidatos enviada por el Consejo Seccional de la judicatura lo cual implica, como se dice en los salvamentos de voto de los doctores Beltrán, Sierra, Córdoba Triviño y Vargas Hernández, a que antes hemos aludido, que existe cierta discrecionalidad moderada para que el nominador escoja a algunos de los

integrantes de la lista de candidatos, sin que tenga que motivar la decisión o elegir forzosamente al primero.”

-Que para su elección la H. Corte Suprema de Justicia tuvo en cuenta “mi experiencia y formación profesional en la especialidad laboral y a la carencia de tales elementos en el doctor González Velásquez”, circunstancias éstas a su decir fácilmente comprobables, en las hojas de vida que reposan en la Corte Suprema, las cuales demuestran que el actor se ha desempeñado “en el campo civil”.

-Que esta Corte declaró exequibles los artículos 166 y 167 de la Ley 270 de 1997 “e introdujo un criterio meramente doctrinario acerca de la interpretación de tales preceptos que aun cuando es presentado bajo la forma de exequibilidad condicionada no tiene la misma fuerza vinculante de una declaración de inconstitucionalidad total o parcial”.

-Que esta Corte “al hacer el examen previo de la Ley Estatutaria de Justicia (sic) se advierte claramente que confrontó los artículos 166 y 167 con el artículo 125 de la Carta pero no con el 256 numeral 2”.

5. Decisiones que se revisan

5.1 Decisión de primera instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca concedió al actor la protección invocada, fundada i) en que “la acción de tutela es el instrumento de mayor eficacia, para dilucidar el tema planteado en el presente evento” y ii) en que “el Dr. GONZALEZ VELASQUEZ ocupó el primer lugar en el concurso de méritos para el cargo de Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá; en el expediente obra la copia de la lista de candidatos remitidos a la Corte Suprema de Justicia en las cuales se constata el hecho, es decir que el tutelante adquirió el derecho a ser nombrado en el cargo al cual aspiraba”.

En consecuencia el fallador de primer grado resolvió:

“PRIMERO: TUTELAR al ciudadano LUIS CARLOS GONZALEZ los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

SEGUNDO: ORDENAR a la Corte Suprema de Justicia –Sala Plena- que, en el término de veinte (20) días, contados a partir de la ejecutoria del presente fallo, proceda a nombrar, con los parámetros fijados en la parte motiva de esta sentencia, al ciudadano LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ en el cargo de Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y adoptar las medidas necesarias para el efecto.

TERCERO: Comunicar la presente decisión a la accionada –quien deberá allegar constancia acerca del cumplimiento de lo ordenado- y a los interesados en sus resultados.

QUINTO (sic): De no ser impugnado este fallo, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.”.

Señala, al respecto, el a quo:

“Según se indicó, el derecho del actor a ser nombrado se desprende no solo de su inclusión como primero en la lista de candidatos, sino del hecho de que la Corte Suprema no señaló razones objetivas –antecedentes penales, antecedentes disciplinarios, grave e injustificado incumplimiento de sus deberes y funciones o absoluta falta de decoro o respetabilidad que permitieran excluirlo. La ausencia de motivación en el acto administrativo no implica que no hayan existido razones para que, en ejercicio de la discrecionalidad antes señalada, la Corte Suprema hubiese excluido a quien por lógica del concurso quedó primero en la lista; es posible que existan empero, tales razones no constan por ninguna parte”.

En lo que tiene que ver con la situación del tercero interviniente, la providencia señala:

“Por otra parte, remitiéndose nuevamente esta Sala a lo sostenido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional –Sentencia SU 613 de 2002- es de del caso advertir que la accionada nombró a una persona diferente no obstante hallarse en el segundo lugar de la lista de candidatos. Tal designación, para ocupar el cargo de Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, recayó sobre el Dr. EDUIN DE LA ROSA QUESSEP y si en virtud de la orden que aquí se proferirá la propia Corte Suprema deba nombrar al señor LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ, la designación del ciudadano aquel se tornará inválida y no habrá nacido derecho subjetivo alguno a ocupar dicho cargo. Por tal razón, ante la ausencia de un derecho éste no podrá continuar en el cargo de Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá”.

5.2 Impugnación

5.2.1 El doctor Yesid Ramírez Bastidas, en calidad de Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia, impugna la decisión fundado en que “en ningún momento la Corte Suprema de Justicia con su actuar ha vulnerado derecho alguno al tutelante, quien al igual que todos los candidatos que conformaban la lista enviada por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo N. 2698 del 1° de diciembre de 2004 fue sometido en igualdad de condiciones y siguiendo el debido proceso a la consideración de la Sala Plena en sesión del 17 de junio de 2004 (sic), según consta en el Acta No.14 (sic)”.

Finalmente afirma que “en ningún momento, ni la Constitución Política, ni la ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, obligan a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, para el nombramiento de Magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial de la lista de elegibles que envía el Consejo Superior de la Judicatura a verificar antecedentes judiciales, disciplinarios etc. requisitos éstos que deben ser estudiados pero para la posterior confirmación del cargo, que igualmente le corresponde al nominador”.

5.2.2 El doctor Eduin De la Rosa Quessep impugna la decisión. Para el efecto reitera lo sostenido en su intervención, relacionado con la eficacia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, “que hace plenamente inviable la tutela en el presente caso, o al menos de manera definitiva”.

Además se detiene en las consideraciones del fallador de primer grado, a cuyo tenor, “no tengo derecho subjetivo alguno a desempeñarme como magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá” y aboga porque, “en el remoto evento de que llegue a confirmarse el fallo impugnado (...) se suprima la parte donde se desconocen mis derecho (sic) subjetivo a mantenerme en el cargo para el que fui designado legítimamente”.

Sostiene el impugnante:

“Una solución como la planteada por el fallo de primer instancia significa, ni mas ni menos que la proclamación de los derechos constitucionales de una persona se hace sobre la base de desconocer y pisotear esos mismos derechos de otra, que los tuvo y tiene con creces.

De suerte que en el remoto evento de que llegue a confirmarse el fallo impugnado por

considerar que se vulneraron derechos fundamentales al accionante, considero que el restablecimiento de sus derechos no puede hacerse a costa de tener que vulnerar los míos que también son legítimos y merecedores de protección pues si se sigue la lógica del discurso del fallo impugnado igualmente resultarían conculcados. La solución que propongo y que se aviene a las circunstancias del presente caso, implica que se mantenga la parte resolutive del fallo en cuanto dispone el nombramiento del accionante, pero se suprima la parte en donde se desconocen mis derecho (sic) subjetivo a mantenerme en el cargo para el que fui designado legítimamente”.

Finalmente, considera que esta Corte “no llega a los niveles de activismo judicial que se notan en el fallo impugnado pues en efecto, la Corte no tuvo el atrevimiento [SU-613 de 2002] de anular el acto de nombramiento como lo hace la Sala del Consejo Seccional de la Judicatura cuando afirma “la designación del ciudadano aquel (se refiere al suscrito) se tornará inválida y no habrá nacido derecho subjetivo alguno a ocupar dicho cargo (...). La Corte Constitucional a lo máximo que ha llegado es a ordenar el nombramiento del accionante pero no a proferir una decisión anulatoria de un acto administrativo”.

En su sentir la diferencia que el mismo anota “no es de poca monta, por cuanto sabiendo como sabe la Corte Constitucional que no es la autoridad para pronunciarse sobre la legalidad o la constitucionalidad de los actos administrativos es obvio que trata de disimular la gravedad de su usurpación absteniéndose de anular actos administrativos en forma explícita y paladina como lo hace el fallo recurrido”.

5.2.3 En este estado de la actuación, el apoderado del actor interviene para solicitar que se mantenga la decisión de primer grado, en cuanto la decisión se ajusta a las previsiones de la Carta Política y respeta el precedente jurisprudencial i) en materia de las facultades constitucionales asignadas a la H. Corte Suprema de Justicia, como nominador de los magistrados integrantes de los H. Tribunales de Distrito Judicial; ii) relacionado con la confianza legítima de quienes participan en los concursos de meritos en sus autoridades; y iii) relativo al restablecimiento de los derechos a la igualdad y al debido proceso de quienes aspiran a acceder a un cargo de carrera.

Además, el apoderado del actor destaca la Sentencia T-521 de 20063, proferida el 7 de julio del año en curso, por la Sala Novena de Revisión, que reitera la “línea jurisprudencial (...) en

materia de concursos en la Rama Judicial”.

5.3 Decisión de segunda instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del H. Consejo Superior de la Judicatura confirma la decisión.

Inicialmente, la Sala ad quem analiza la procedencia de la acción y concluye i) que “el actor impetró de manera casi inmediata el amparo constitucional ante esta jurisdicción, si se tiene en cuenta la fecha de posesión del tercero con interés amén que por razones ajenas a su voluntad, la demanda fue enviada a la Corte Suprema de Justicia, quedando descartada de esta manera la incuria o la desidia del accionante para acudir al medio idóneo en procura de que se restablecieran sus derechos fundamentales” y ii) que “dadas las particulares circunstancias en las que se encuentra el actor, [la acción administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho] resulta incapaz de permitirle el pleno goce de sus derechos fundamentales”.

Agrega que esta Corte, en reiterada jurisprudencia, ha señalado cómo las acciones contencioso administrativas “no consiguen en igual grado que la tutela, el amparo jurisdiccional de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de los servidores públicos”, en particular cuando la vulneración tiene que ver con el desconocimiento del concurso de méritos, “ya que en la práctica ellas tan solo consiguen una compensación económica del daño causado”.

En este orden de ideas y en consideración a que “el acto administrativo proferido a favor del segundo de la lista afectó el núcleo esencial”, de los derechos fundamentales del actor al trabajo, al debido proceso y a acceder a una de las ramas del poder público, el ad quem dispone que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, proceda a designar al actor en el cargo de Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá “y adoptar las medidas necesarias para tal efecto, acorde con los motivos expresados en el presente proveído”.

Se detiene en la jurisprudencia de esta Corte y en la desarrollada por esa Corporación, respecto del carácter fundamental del derecho a la carrera judicial y destaca la necesidad de respetar los precedentes jurisprudenciales por seguridad jurídica, con miras a proteger la

libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, en virtud del principio de igualdad y dada la necesidad de que condiciones mínimas de “racionalidad y universalidad” controlen el ejercicio de la administración de justicia. Agrega al respecto:

“Obsérvese como el precedente permite analizar los derechos fundamentales, los cuales van más allá de la simple legalidad. Así mismo, la doctrina constitucional facilita el desarrollo armónico de la Carta Política y facilita a los jueces decir el derecho en pro de la justicia, convirtiendo de manera paulatina en una realidad las estructuras del Estado Social de Derecho forjadas por el constituyente de 1991.

Para el efecto trae a colación apartes de las providencias de 14 de diciembre de 2000, 29 de marzo de 2001 y 9 de abril de 2003 y concluye que esa “Colegiatura orientada en los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en su diferente jurisprudencia, ha desarrollado su propia concepción sobre el tema, empero en el caso sub examine deberán plasmarse los criterios establecidos por la Guardiana de la Constitución frente al poder delimitado del nominador”.

Indica al respecto i) que esta Corte tiene definido que los concursos de méritos habrán de evaluar “todos y cada uno de los factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo (...) por tanto se ha de calificar no sólo la idoneidad profesional o técnica del aspirante, sino también su solvencia moral, su aptitud física y su sentido social, de acuerdo con la categoría del empleo y las necesidades del servicio⁴”; ii) que “la función de calificar a los elegibles quedaba reservada a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura, sin perjuicio de que el nominador tenga la posibilidad de realizar una evaluación sobre [a) los antecedentes penales del candidato, b) sus antecedentes disciplinarios, c) el incumplimiento de sus deberes y funciones o d) su falta de decoro y respetabilidad]”; y iii) que esta Corte “concede la tutela para proteger los derechos fundamentales del accionantes frente a un perjuicio irremediable, el cual consiste en la continuación prolongada de la situación de la vulneración de los derechos del accionante lo que es un agravio inminente y grave que debe ser atendido”.

Señala la Sala ad quem:

“La Corte Constitucional ha reconocido el derecho fundamental de quienes integran una lista de elegibles, a ser nombrados en el orden que ésta establece. Dicho derecho guarda relación

directa con la finalidad del sistema de carrera, es decir, que se cuente con un mecanismo idóneo para garantizar que, por regla general la provisión de cargos del Estado sea efectuada con quienes demuestren que tienen el mérito y las más altas condiciones para acceder a ellos. Este derecho se vería vulnerado si se negara de manera absoluta la procedencia de la acción y se dejara como único medio de defensa la vía contenciosa”.

Finalmente, respecto de los planteamientos del tercero interviniente, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura anota:

“Frente al hecho de que se trata de un acto administrativo, que puede ser demandado ante otra jurisdicción, amén de que el medio excepcional de la tutela no puede ser utilizado para atacar una decisión de carácter administrativa, es menester señalar al respecto, que es la misma guardiana de la constitución, la que a través de ese medio ha procurado restablecer los derechos conculcados, reafirmandose una vez más las consideraciones que sobre el particular se anotó al analizar la procedencia de la presente tutela.

Las anteriores consideraciones sirven de base al tercero con interés, quien propugna que la lista de elegibles no tienen el alcance que ha querido darle la primera instancia, pues a diferencia de lo que señala, si bien es cierto que la función del Consejo Superior de la Judicatura se limita a elaborar una lista de candidatos, para la designación de funcionarios judiciales, no lo es menos, que el orden de los resultados tiene preeminencia y deben ser respetados a la luz de la jurisprudencia constitucional.

Según el tercero con interés, el Corte Constitucional jamás se ha atrevido a anular un acto de nombramiento, pues aquella sabe que no tiene facultad para hacerlo, pero en el caso sub examine debe tenerse en cuenta que el concurso ofrece unos resultados que son objetivos y por tanto las razones subjetivas de los nominadores no pueden prevalecer al momento de hacer el nombramiento.

En consecuencia, si el petitum de la demanda de tutela del actor es que se restablezcan sus derechos conculcados, no se entiende o mejor no se concibe cómo el resultado del fallo, pueda ser una decisión en abstracto o no producir una solución real y efectiva frente a la vulneración del derecho fundamental tal y como pretende el tercero con interés en el resultado de la tutela.”.

6. Trámite en sede de revisión

Mediante providencia del 23 de junio del año en curso, esta Sala resolvió i) declarar la nulidad de lo actuado en el asunto de la referencia, a partir de la decisión adoptada por la Presidenta de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del H. Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, mediante la cual remitió la acción que se revisa al conocimiento de la H. Corte Suprema de Justicia y ii) ordenar que por Secretaría se remita el expediente a la Sala en cita, “por ser esta Corporación el juez constitucional competente para tramitarlo”.

Lo anterior en consideración a que el doctor Luís Carlos González Velásquez, por intermedio de apoderado, reclama sobre el restablecimiento de sus derechos fundamentales, vulnerados por la H. Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de su facultad nominadora, prevista en el artículo 256 constitucional.

Señala la decisión:

“Ahora bien, de conformidad con lo previsto en artículo 17 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia cumple funciones de “índole administrativa⁵”, entre ellas la designación de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en los términos del artículo 131 de la misma normatividad, atendiendo al Registro de Elegibles conformado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, según lo disponen los artículos 166 y 167 ib.

Siendo así, la competencia para tramitar las acciones de tutela contra los actos de designación de Magistrados de los H. Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en cuanto actuaciones administrativas de una autoridad pública del orden nacional, corresponde “en primera instancia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura”, a prevención.

De modo que la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia no podía conocer, en primera instancia, como efectivamente ocurrió, de la acción de tutela instaurada por el doctor Luis Carlos González Velásquez, en razón de la designación del doctor Eduin De La Rosa Quessep como Magistrado de la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá. Y la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación actuó por fuera de su competencia al resolver la impugnación propuesta, cuando lo conducente tenía que ver con declarar la

nulidad formulada por el doctor González Velásquez y remitir el asunto al juez constitucional competente, para que lo resuelva nuevamente, toda vez que “nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” –artículo 29 C.P.-.

Ahora bien, resuelta la acción de tutela de la referencia, por los jueces constitucionales competentes para decidirla, esta la Sala debe levantar los términos que se encuentran suspendidos y proferir la decisión que corresponda.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las anteriores decisiones, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y por selección de la Sala Número Tres de esta Corporación, mediante providencia del 17 de marzo de 2006.

2. Asunto objeto de decisión

Ahora bien, los jueces constitucionales de instancia conceden la protección, fundados en la jurisprudencia de esta Corte, sobre procedencia de la acción de tutela para restablecer los derechos fundamentales de quien fue desplazado, sin justificación, del lugar que ocupaba en la Lista de Elegibles y en el carácter fundamental del derecho de los asociados a exigir que el ingreso a los empleos en los órganos y entidades del Estado se sujete a los requisitos y condiciones establecidos en la ley, para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes.

No obstante, el señor Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia sostiene que la corporación accionada no vulneró los derechos fundamentales del actor, dada sus facultades constitucionales para designar a los magistrados integrantes de los H. Tribunales Superiores de Distrito Judicial, además, el tercero interesado en la decisión i) insiste en la improcedencia de la acción de tutela para resolver sobre la validez de los actos de nombramiento dictados por la accionada, dada la competencia asignada a la jurisdicción en lo contencioso administrativo, para el efecto y ii) solicita considerar su derecho a permanecer en el cargo,

para el que fue designado.

Esta Sala deberá resolver, en consecuencia, si las decisiones de instancia deben mantenerse, para lo cual se requiere precisar la jurisprudencia constitucional sobre la provisión de empleos en los órganos y entidades del Estado, en atención al cumplimiento de los requisitos legales establecidos para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, aunque previamente la Sala deberá pronunciarse sobre la procedencia de la acción, dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela y los planteamientos del señor Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia y del tercero interesado en la decisión.

3. Consideraciones Preliminares. Reiteración de jurisprudencia

3.1 Procedencia de la acción⁶

3.1.1 El artículo 86 de la Carta Política dispone que toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, el restablecimiento inmediato de sus derechos fundamentales, siempre que no cuente con otro medio judicial de protección y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 prevé que la existencia del recurso que enerva la acción de tutela se apreciará en concreto, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

En armonía con lo expuesto esta Corporación ha considerado que, salvo la ineficacia comprobada de los recursos o medio de defensa existentes frente al caso concreto, la acción de tutela es improcedente para juzgar las actuaciones administrativas, porque el ordenamiento prevé procedimientos para resolver las controversias y los litigios originados en las actividades de las entidades públicas.

Señala la jurisprudencia, respecto de la eficacia del medio judicial:

“Considera esta Corporación que, cuando el inciso 3o. del artículo 86 de la Carta Política se refiere a que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial ...” como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando

consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa y, en consecuencia, aún lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía”.⁷

No obstante, el actor propende porque se emita una orden consistente en que la H. Corte Suprema de Justicia actúe en consecuencia con su derecho a ocupar la vacante dejada por el Dr. Ramiro Torres Lozano, en la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, de conformidad con la Lista remitida por la Sala Administrativa del H. Consejo Superior de la Judicatura con tal fin. Cometido este, que -como pasa a explicarse- solo puede hacer efectivo el juez constitucional.

3.1.2 En armonía con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, esta Corte ha analizado las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo y establecido sus alcances, en materia de restablecimiento de los derechos fundamentales de quien no es designado en el cargo al que aspira, sin perjuicio de ostentar un mejor derecho y ha concluido que la acción de tutela se erige en el único procedimiento eficaz con que cuenta el afectado, para que el nominador atienda el resultado del concurso y realice la designación atendiendo la conformación de la Lista de Elegibles.

Como puede apreciarse enseguida, esta Corporación ha elaborado una línea jurisprudencial consistente en la materia que data del año 1998.

3.1.2.1 Mediante Sentencia SU-133 de 1998, esta Corporación ordenó al H. Tribunal de San Gil proceder “a designar en propiedad [al actor] en el cargo de Juez Civil Municipal de Barbosa” y tener en cuenta a quien fuera designada en su lugar, “para futuros nombramientos, según el puesto que le corresponda en la lista de elegibles”.

Consideró del caso esta Corte, en la oportunidad que se reseña, apartarse de la jurisprudencia sentada en la Sentencia SU-458 de 1993, que rechazaba por improcedente la acción de tutela instaurada con fundamento en una situación fáctica similar⁸.

Sostuvo la Corte, hasta 1993, que, “como acertadamente lo manifestó la Corte Suprema de Justicia, se piensa que los motivos de inconformidad que el actor tiene respecto del nombramiento hecho por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Manizales (..), son cuestiones

del resorte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con los artículos 83, 84 y 85 del decreto 01 de 1984, disposiciones modificadas, respectivamente, por los artículos 13, 14 y 15 del decreto 2304 de 1989, textos que otorgan a dicha jurisdicción la potestad de decidir sobre los “actos administrativos”, ante el ejercicio de las llamadas acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho”.

No obstante, en 1998, la Sala Plena de esta Corporación resolvió acoger la jurisprudencia sentada por la Sala Segunda de Revisión en la Sentencia T-256 de 19959, al resolver la vulneración de los derechos fundamentales de quien aparecía en una Lista de Elegibles en el lugar que no correspondía al puntaje obtenido, luego de haber participado, con éxito, en un concurso abierto por la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena.

Consideró, la citada Sala de Revisión que “no es idóneo y eficaz” someter a quien aspira a ocupar un cargo de carrera a adelantar un proceso judicial dispendioso en el que además no se lograría el restablecimiento del derecho vulnerado, siendo que la Carta Política cuenta con un mecanismo breve y sumario para que aquel que se abstiene de conformar las listas de elegibles, atendiendo las prescripciones legales, actúe en consecuencia y para que el nominador proceda de manera inmediata a designar al mejor aspirante. Señala al respecto la decisión:

“-La no inclusión de una persona en la lista de elegibles o la figuración de ésta en un lugar que no corresponde, según las consideraciones precedentes, puede implicar la violación de derechos fundamentales, entre otros, a la igualdad, al debido proceso y al trabajo.

-La acción contenciosa administrativa mencionada, en caso de prosperar, tendría como resultado la anulación del acto administrativo en referencia, esto es la lista de elegibles e igualmente el restablecimiento de derecho.

Sin embargo, cabría preguntarse, en qué consistiría dicho restablecimiento?.

Hipotéticamente podría pensarse que el restablecimiento del derecho lesionado se lograría de dos maneras: 1) reconociendo al afectado el pago de una presunta indemnización. 2) Emitiendo la orden a la administración para que rehaga la lista de elegibles e incluya a quien resultó favorecido con la acción dentro de dicha lista en el lugar que corresponda, según el puntaje real obtenido.

En cuanto al pago de la indemnización, estima la Sala que existen dificultades jurídicas y prácticas para tasarlas, pues los perjuicios morales difícilmente podrían reconocerse, por no darse los supuestos jurídicos y fácticos que para ello se requiere; en cuanto a los perjuicios materiales, realmente no existirían unos parámetros ciertos con base en los cuales pudieran ser no sólo reconocidos, sino liquidados, pues cabría preguntarse, ¿en qué forma se evaluaría el perjuicio consistente en no ser incluido en una lista de elegibles, o en ser ubicado en ésta en un lugar que no corresponda al puntaje obtenido por el interesado?, si se tiene en cuenta que la colocación en dicha lista es apenas un acto preparatorio del nombramiento y, por lo tanto, tan sólo crea una expectativa para ser designado en el empleo.

Además, el reconocimiento de la indemnización, no puede actuar como un equivalente o compensación de la violación del derecho fundamental, pues lo que el ordenamiento constitucional postula es su vigencia, goce y efectividad en cabeza de su titular; dicho de otra manera, la indemnización que se reconocería no sería idónea para obtener la protección del derecho fundamental que ha sido conculcado por la actuación de la administración.

La orden a la administración para que reelabore la lista de elegibles, con la inclusión en ella del demandante en el proceso contencioso administrativo, carece de objeto y de un efecto práctico, porque dicha lista tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del cargo o de los cargos correspondientes y para la época en que se dictaría la sentencia, ya la administración habría realizado los nombramientos y las personas designadas han adquirido la estabilidad en el cargo que da su escalafonamiento en la carrera administrativa, estabilidad que no se puede desconocer porque su nombramiento se realizó en forma legítima y con base en un acto que era válido -la lista de elegibles- para la época en que se hizo la designación, y obviamente el escalafonamiento en carrera luego de superado el período de prueba también es legítimo. Es decir, que el resultado del proceso contencioso administrativo no tiene por qué afectar las situaciones jurídicas válidas que quedaron consolidadas, con fundamento en el concurso, en favor de quienes fueron incluidos en la lista de elegibles y fueron designados para los respectivos cargos. Por consiguiente, quien triunfó en el proceso contencioso administrativo no obtiene con su acción el resultado deseado, cual es el de ser nombrado en el cargo correspondiente. Ello es así, porque el restablecimiento del derecho, a juicio de la Sala, no puede ser ordenado en el sentido de que se nombre al citado en el empleo al cual aspira pues semejante obligación no se le puede imponer a la administración, ya que para ser nombrado, previamente debe estar incluido en la lista de

elegibles.

Es más, la orden de reelaborar la lista no tiene un sustento jurídico serio, pues a la administración se le conminaría a que modifique un acto administrativo que ya se encuentra extinguido por el agotamiento de su contenido, lo cual, además, como se dijo antes no tiene un efecto práctico.

La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, mas aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales”.

En armonía con lo expuesto -como quedó explicado- la Sala Plena de esta Corporación, mediante Sentencia SU-133 de 1998, resolvió revocar el fallo que declaraba la acción improcedente, dada la existencia de otra vía para el restablecimiento del derecho y, en su lugar, dispuso i) “que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, [la corporación nominadora accionada] proceda a designar en propiedad a (..) en el cargo de Juez Civil Municipal de (..)”, y ii) que la entidad tendría en cuenta el nombre de quien había sido nombrada, “para futuros nombramientos, según el puesto que le corresponda en la lista de elegibles”.

Lo anterior, al considerar que “la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera, cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho

fundamental que requiere protección inmediata”.

3.1.2.2 Tal como se aprecia en la Sentencia SU-086 de 1999¹⁰, esta Corte restableció los derechos fundamentales, al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de sendos accionantes, quienes, no obstante ocupar en los Registros de Elegibles lugares que los hacían acreedores a las designaciones a las que aspiraban, no fueron escogidos por los nominadores, como era de esperarse¹¹.

Sostuvo esta Corte que, ante “la necesidad, impuesta por la Carta, de dar efectividad a los derechos fundamentales (arts. 2, 5 y 86 C.P.), que en cada caso concreto el juez de tutela debe establecer la eficacia del medio judicial que formalmente se muestra como alternativo, para establecer si en realidad, consideradas las circunstancias del solicitante, se está ante un instrumento que sirva a la finalidad específica de garantizar materialmente y con prontitud el pleno disfrute de los derechos conculcados o sujetos a amenaza”.

Expuso también que “no es lo mismo cotejar una determinada situación con preceptos de orden legal que compararla con los postulados de la Constitución, pues la materia objeto de examen puede no estar comprendida dentro del ámbito de aquél, ni ofrecer la ley una solución adecuada o una efectiva protección a la persona en la circunstancia que la mueve a solicitar el amparo, encajando la hipótesis, en cambio, en una directa y clara vulneración de disposiciones constitucionales”.

Destacó la Corporación cómo, “en los distintos procesos de tutela que ahora se examinan”, a diferencia de lo planteado por los jueces de instancia, “en todos ellos se hallan en juego derechos constitucionales fundamentales -el trabajo, la posibilidad de acceder a cargos y funciones públicas, el debido proceso y la igualdad-, puesto que el motivo de las demandas reside en el hecho de que los nominadores han ignorado los resultados del concurso y han llenado las vacantes con nombres de personas calificadas con puntajes inferiores a los de quienes ahora piden protección constitucional”.

Examinó, entonces, esta Corte las diferentes acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo con miras a resolver sobre “la inaplicación del artículo 125 de la Carta sobre carrera” y pudo concluir i) que “no es la acción electoral -que puede intentarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo- el medio judicial idóneo con efectividad suficiente para desplazar a la acción de tutela”, sin perjuicio de su carácter de “acción

pública que puede ser intentada por cualquier ciudadano”, pues “no tiende a reparar de manera directa y con la oportunidad necesaria los derechos fundamentales de quienes han participado en el concurso”; y ii) que tampoco es “idónea la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo objeto difiere claramente del que arriba se expone”, tal como ha quedado expuesto en ocasiones anteriores –T-256 de 1995-.

Siendo así, la Sala Plena de esta Corporación resolvió reiterar que la acción de tutela es el único mecanismo idóneo para restaurar eficaz y oportunamente los derechos fundamentales violados, por desconocimiento del artículo 125 de la Carta Política.

3.1.2.3 Siguiendo la línea jurisprudencial a que se hace mención, mediante Sentencia SU-613 de 2002¹² esta Corte entró al fondo de la pretensión de amparo constitucional y concedió la protección.

Consideró esta Corte el planteamiento esgrimido por el fallador de instancia, consistente “en que el actor puede controvertir la decisión de la Corte Suprema de Justicia ante la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa. Y esta facultad, según el ad-quem, torna improcedente el amparo”.

Sostiene la providencia que “aún cuando esa apreciación parece acertada, lo cierto es que esta Corporación ha señalado en forma reiterada que la acción de tutela constituye el mecanismo idóneo para exigir que quienes ocupan los primeros lugares en los concursos de méritos accedan a los cargos que aspiraron, todo ello en defensa del derecho a la igualdad (..).”.

Recordó la Corte su jurisprudencia sobre la idoneidad de la acción de tutela para “garantizar no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos” y, de contera, asegurar “la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución”, frente a la negativa de los nominadores de “proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos” y, comoquiera que no encontró motivos para cambiar de posición, consideró que la acción era procedente y que el amparo tenía que concederse.

Precisada entonces la jurisprudencia constitucional, a cuyo tenor la vulneración de los derechos fundamentales de las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de

carrera encuentra solución efectiva en la acción de tutela, resulta del caso traer a colación los precedentes jurisprudenciales sobre el carácter fundamental del derecho a exigir el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en el ordenamiento, para determinar los méritos y calidades de quienes aspiran a los empleos en los órganos y entidades del Estado.

3.2 Condiciones de ingreso y ascenso a cargos de carrera

3.2.1 La designación “deberá recaer sobre el candidato que encabece la lista de elegibles, esto es, el que ha obtenido la mayor puntuación”¹⁴

3.2.1.1 Mediante Sentencia C-040 de 1995, siguiendo las previsiones del artículo 125 de la Carta Política, esta Corporación consideró que los concursos públicos de méritos deberán evaluar a los candidatos “no sólo en el aspecto intelectual por medio de exámenes de conocimientos generales y profesionales específicos de acuerdo con el cargo, sino también sus condiciones de preparación, competencia, capacidad o aptitud física, comportamiento social, idoneidad moral, presentación personal, capacidad para relacionarse con las personas, antecedentes personales y familiares, etc, para lo cual se practicarán pruebas psicológicas, entrevistas y todos aquellos otros mecanismos que se consideren aptos para ese fin”¹⁵.

Expuso la Corte, en la oportunidad que se reseña, que “sea cual fuere el método o sistema elegido, éste debe contener criterios específicos y concretos para efectuar una selección en la que aparezcan como valores dominantes la capacidad profesional o técnica del aspirante, sus calidades personales y su idoneidad moral, acordes con las funciones del empleo y las necesidades del servicio público” y concluyó que surtido el concurso y conformada la lista de elegibles atendiendo a su resultado, “el nombramiento siempre tendrá que recaer en quien haya obtenido el mayor número de puntos”.

3.2.1.2 Mediante Sentencia C-037 de 1996¹⁶, con ocasión de la revisión oficiosa del Proyecto número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, esta Corte se pronunció sobre los artículos 131, 156, 157, 159 a 167 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

Respecto del artículo 131¹⁷ del Proyecto en mención, la Corporación sostuvo que la designación de la H. Corte Suprema de Justicia como entidad encargada de designar a los

Magistrados de Tribunales, “se ajusta a los parámetros constitucionales, en especial a los artículos 122 y siguientes del texto superior”; con relación al artículo 156 de la misma normatividad¹⁸, esta Corte reiteró lo expuesto en la Sentencia C-040 de 1995 y concluyó sobre la conformidad de la norma con los artículos 25, 53, 122, 125 y 228 de la Carta Política, puesto que la disposición “procura que dentro del régimen de carrera judicial se aplique siempre el derecho fundamental a la igualdad y se le otorguen plenas garantías a los trabajadores que se vinculen a la administración de justicia”.

También esta Corte encontró compatible el artículo 157 de la Ley Estatutaria en comento con los artículos 125 y 228 constitucionales, a cuyo tenor la “administración de la carrera judicial se orientará a atraer y retener los servidores más idóneos (..)”, toda vez que la norma propende porque “(..) quienes sean vinculados a la rama judicial mediante el sistema de carrera, reúnan las mejores condiciones personales y profesionales (..)”.

La determinación del legislador estatutario, prevista en el artículo 159 de la Ley 270, a cuyo tenor el cargo de Magistrado de Tribunal, entre otros de la rama judicial del poder público, es de carrera, se declaró conforme con el ordenamiento constitucional i) comoquiera que “al legislador le corresponde determinar, de acuerdo con los artículos 125 y 150-23 superiores y dentro de criterios de proporcionalidad y razonabilidad que interpreten las referidas disposiciones, cuáles cargos dentro de la rama judicial serán de carrera y cuáles de libre nombramiento y remoción”; y ii) debido a que el cargo de Magistrado de tribunal “razonable y justificadamente debe hacer parte del régimen en mención, pues ellos marcan una oportuna estabilidad laboral que dependerá únicamente de la eficiencia y los méritos de cada trabajador”.

El artículo 160 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, relativo a los requisitos especiales para ocupar cargos en la carrera judicial, consistentes en que, además de superar satisfactoriamente el proceso de selección los aspirantes deberán culminar un curso de formación judicial, en los términos que señala la ley, fue declarado exequible, comoquiera que la disposición propugna porque “los funcionarios que se vinculen sean personas de alta capacidad profesional cuyo conocimiento jurídico garantice la seriedad y la profundidad de las decisiones que habrán de tomar, lo cual se traducirá a su vez en una mejor prestación del servicio público de administrar justicia”.

También fueron declarados exequibles, con excepción de la expresión recursos humanos¹⁹, contenida en el artículo 163 del Proyecto de Ley a que se hace referencia, los artículos 161 -requisitos adicionales para los cargos de empleados atendiendo a la clasificación del nivel de servicio-; 162 -etapas del proceso de selección: concurso, conformación de listas, nombramiento y confirmación, según el caso y facultades de reglamentación-; y 163 -carácter permanente y público de los concursos-.

Lo anterior i) en consideración a que “la Carta Política le asigna plena competencia al legislador para determinar los requisitos mínimos necesarios para que los empleados de la rama judicial vinculados al sistema de carrera puedan aspirar a ciertos cargos”: ii) debido a que “la preparación y el esfuerzo del trabajador, junto con su experiencia profesional -que para estos casos se constituye en elemento de gran trascendencia- son criterios válidos y razonables que fundamentan las decisiones que las autoridades competentes deban tomar al respecto (...)”; iii) habida cuenta que “la facultad conferida a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para reglamentar las etapas del proceso de selección en comento, se apoya en lo previsto en el numeral 3o del artículo 257 del Estatuto Fundamental”; iv) a causa de que “los procesos de selección de los aspirantes a ocupar cargos dentro de la administración pública buscan evaluar la competencia, el talento y demás calidades, no sólo intelectuales del candidato, sino también sus condiciones físicas, humanas y morales, todos los cuales constituyen factores determinantes para la clasificación final”; y v) comoquiera que “[al señalar la norma que dichos procesos serán permanentes, públicos y abiertos, está garantizando una constante e igual oportunidad a todos los interesados y avalando también la imparcialidad que la misma Carta Política condiciona para escoger al mejor candidato (Art. 125 C.P.)”.

Ahora bien, mediante la Sentencia a la que se hace mención, fue declarado exequible el artículo 164 de la Ley 270 de 1996²⁰, en cuanto la “disposición acata fehacientemente los parámetros fijados por el artículo 125 superior y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional²¹, en el sentido de que el concurso de méritos, como procedimiento idóneo para proveer los cargos de carrera, debe cumplir una serie de etapas que garanticen a las autoridades y a los administrados que el resultado final se caracterizó por la transparencia y el respeto al derecho fundamental a la igualdad (Art. 13 C.P.)”.

Con todo, esta Corporación advirtió que “las pruebas” a las que se refiere el Parágrafo

Segundo de la norma, “son únicamente aquellas relativas a los exámenes que se vayan a practicar para efectos del concurso”.

Ahora bien, la conformación de la lista de elegibles “con quienes hayan superado las etapas anteriores (..) en orden descendente, de conformidad con los puntajes que para cada etapa del proceso de selección determine el reglamento (..)” con “una vigencia de cuatro años”, sin perjuicio del derecho de quienes lo conforman de “actualizar su inscripción con los datos que estime necesarios y con éstos se reclasificará el registro, si a ello hubiere lugar”, fue declarada exequible .

Consideró esta Corte que el artículo 165 de la Ley 270 de 1996, “al ordenar que la lista de candidatos se realice en orden descendente y al permitir que todos los interesados puedan actualizar los datos que allí se encuentran, se está garantizando el pleno ejercicio del derecho fundamental a la igualdad y a la corrección de información, que prevén los artículos 13 y 15 del Estatuto Superior”.

Los artículos 166 y 167 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, atinentes a la provisión de los cargos de carrera en la rama judicial, fueron declarados exequibles, en el entendido “que el nombramiento que se realice deberá recaer sobre el candidato que encabece la lista de elegibles, esto es, el que ha obtenido la mayor puntuación”.

Disponen las normas en mención i) que la designación se hará “de listas superiores a cinco (5) candidatos con inscripción vigente en el registro de elegibles y que para cada caso envíen las Salas Administrativas del Consejo Superior o Seccionales de la Judicatura”; ii) que cada vez que se presente una vacante en cargo de funcionario “la entidad nominadora comunicará la novedad (..)” y, recibida “la lista de candidatos, procederá al nombramiento dentro de los diez días siguientes”; y iii) que, tratándose “de vacantes de empleados, el nominador (..) solicitará (..) el envío de la lista de elegibles que se integrará con quienes ocupen los primeros cinco lugares en el correspondiente registro de elegibles, previa verificación de su disponibilidad (..)”.

Consideró esta Corte, al estudiar las disposiciones en comento, los planteamientos del ciudadano interviniente, quien abogaba por la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 166 y 167 del Proyecto al que se hace referencia, ya que i) establecen “un procedimiento regido por la discrecionalidad, que contraría el postulado de méritos y calidades que debe

regir la carrera judicial”; y ii) violan el derecho a la igualdad, “al establecer una diferencia de procedimiento entre los cargos a proveer, dependiendo si se trata de empleados o funcionarios de la Rama Judicial”.

Expuso el ciudadano interviniente, “que en el caso de proveer cargos de funcionarios que además de los requisitos y condiciones exigidos por la ley para acceder a la carrera judicial, se otorga la facultad discrecional a las Salas Administrativas del Consejo Superior de la Judicatura para elaborar las listas de candidatos no con quienes ocupan las primeras posiciones, sino con la totalidad del registro de elegibles. En otras palabras no agotar el registro de elegibles en forma decreciente y como debe ser por corresponder a la filosofía del mérito y la calidad, porque siendo de otra manera se ve burlado el concurso público que por ley se establece”.

No obstante esta Corte, siguiendo la línea jurisprudencial trazada en la Sentencia C-040 de 1995, ya citada, encontró conformes con la Carta Política los artículos 166 y 167 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, toda vez que “si bien para la escogencia de un candidato existen factores de índole subjetivo que una clasificación objetiva no puede determinar, en realidad un juicioso concurso de méritos llevará a la conclusión de que sólo quien haya obtenido el mayor puntaje puede ser beneficiado con el respectivo nombramiento”.

Sostuvo la Corporación que “por el simple hecho de establecer que la lista de elegibles estará conformada por cinco candidatos, no [se] vulnera la Constitución Política”, toda vez que “dentro de dicha lista naturalmente estará incluido quien haya obtenido el mejor puntaje y, consecuentemente, ocupe el primer lugar en la clasificación final”.

“La constitucionalidad de esta norma se debe a que ella es corolario de las anteriores, pues se limita a regular aspectos procedimentales relacionados con el nombramiento de los funcionarios y empleados cada vez que resulte una vacante dentro de la rama judicial. Con todo, deberá advertirse, tal como se determinó en el artículo precedente, que el nombramiento que se realice deberá recaer sobre el candidato que encabece la lista de elegibles, esto es, el que ha obtenido la mayor puntuación.

Bajo estos parámetros, la disposición se declarará exequible”.

En armonía con lo expuesto, el numeral 3 de la Sentencia C-037 de 1996 dispone:

“TERCERO.- Declarar EXEQUIBLES, pero bajo las condiciones previstas en esta providencia (..) el artículo 166; el artículo 167 (..) del proyecto de ley 58/94 Senado y 264/95 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia (..)”.

Vistas las anteriores consideraciones, no cabe duda de que esta Corte, al revisar la constitucionalidad de los artículos 166 y 167 de la Ley 270 de 1996, con efectos de cosa juzgada, erga omnes, se pronunció sobre el derecho de quien obtuvo el mejor puntaje en los concursos de méritos i) a ocupar el primer lugar en la lista de elegibles y ii) ser designado en el cargo.

Es decir que la obligación de los nominadores de proveer los cargos de carrera, con el primero de la lista de elegibles, quien además habrá de ostentar el mejor puntaje, no es un “mero criterio doctrinario”, como lo sostiene el doctor Eduin De la Rosa Quessep, tercero interesado en la decisión, sino el único entendimiento posible de las normas en mención, fijado por la entidad competente para decidir definitivamente sobre su constitucionalidad, tanto por su contenido material como por vicios en su formación.

3.2.2 Facultad de nominación

3.2.2.1 Exclusión mediante resolución motivada y expresa del aspirante mejor calificado

Como quedó explicado, mediante Sentencia SU-086 de 199922, al revisar las sentencias proferidas, separadamente, por diversos jueces de amparo, frente a las pretensiones de funcionarios y empleados de la rama judicial, dirigidas a que se restablezcan sus derechos fundamentales, vulnerados porque sus respectivos nominadores no designaron a quien obtuvo la mayor puntuación, esta Corte reiteró i) que “los resultados del concurso son determinantes para los fines del nombramiento”; ii) que la calificación obtenida dentro del concurso “obliga al nominador”, iii) que los nominadores no pueden desatender el Registro de Elegibles “para dar un trato inmerecido -a favor o en contra- a quienes han participado en el proceso de selección; y v) que, “correlativamente, esos resultados generan derechos en cabeza de los concursantes que obtienen los más altos puntajes”.

Destacó la Corte cómo el artículo 125 de la Carta Política no excluye al poder judicial de sus dictados, de manera que el ingreso y ascenso a los cargos de carrera judicial se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones previamente fijadas por el legislador, atendiendo a los méritos y calidades de los aspirantes, lo anterior sin distingo “entre funcionarios y empleados judiciales”.

Respondía esta Corte, entonces, “el alegato presentado en los procesos por el Consejo Superior de la Judicatura”, atinente a que las condiciones de ingreso y ascenso en la carrera judicial “son diferentes, según que se trate de funcionarios o empleados judiciales”, lo que habría dado lugar a la distinción “entre los conceptos lista de elegibles y lista de candidatos” presente, al parecer del H. Consejo Superior, en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Expuso la Corte que “las dos expresiones corresponden al mismo concepto -número plural de personas entre las que debe escogerse para el nombramiento o elección- ya que ni la Constitución ni la Ley Estatutaria introducen distinción entre tales vocablos para darles efectos diversos según el tipo de función pública que haya de desempeñarse”.

Agregó que la “única norma que podría dar lugar al equívoco, la del artículo 162 de dicha Ley -que utiliza las dos expresiones, para funcionarios y empleados respectivamente-, no les otorga contenido ni efectos jurídicos ni administrativos diferentes” y que de los artículos 165, 166 y 167 de la misma normatividad se infiere sin hesitación, “tanto en lo que respecta a empleados como en lo que toca con funcionarios de la Rama Judicial”, que “el nombramiento que se realice deberá recaer sobre el candidato que encabece la lista de elegibles, esto es, el que haya obtenido la mayor puntuación”, tal como lo dijo esta Corte en la Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996 (M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa), justamente al declarar la exequibilidad del artículo 167 de la Ley Estatutaria, referente a la designación de una y otra categoría de servidores de la Rama Judicial”.

No obstante esta Corte, a la vez que reiteró aquello de “las razones subjetivas de los nominadores no pueden prevalecer sobre sus resultados al momento de hacer la designación”, consideró la eventualidad de que quien ostente el mejor derecho “no ofrezca garantías de idoneidad para ejercer la función a la que aspira”.

Evento en el cual, destacó la Corte, el nominador puede prescindir de quien ostenta un

mayor puntaje “con apoyo en argumentos específicos y expresos”, porque de no ser así, habrá de entenderse que la exclusión del aspirante mejor calificado responde “a un trato diferente y discriminatorio en contra de la persona afectada por la medida”, y así mismo contrario al ordenamiento constitucional.

Insistió la Corte en que las razones que se esgriman para excluir a quien debería ser nombrado “(..) deben ser objetivas, sólidas y explícitas y han de ser de tal magnitud que, de modo evidente, desaconsejen la designación del candidato por resultar claro que sus antecedentes penales, disciplinarios o de comportamiento laboral o profesional, pese a los resultados del concurso, lo muestran como indigno de obtener, conservar o recuperar la investidura judicial, o acusen, fuera de toda duda, que antes incumplió sus deberes y funciones o que desempeñó un cargo sin el decoro y la respetabilidad debidos”.

Señala la decisión:

“En otros términos, el aspirante que tiene a su favor el mejor resultado en el concurso sólo puede perder su derecho al nombramiento -caso en el cual debe ser nombrado el segundo de los participantes, en estricto orden de resultados- sobre la base sine qua non de que la Corporación nominadora esté en condiciones de descalificarlo, por mayoría de votos, por causas objetivas, poderosas, con las cuales se motive la providencia que lo excluye. La regla general es el nombramiento. La excepción, el descarte fundamentado y expreso.

La Corte no admite las consideraciones subjetivas ni los motivos secretos, reservados u ocultos para descalificar a un concursante.

La reserva moral, que fue relevante y muchas veces decisiva en el pasado, no cabe hoy según los principios y mandatos constitucionales. La objeción respecto al nombre de un candidato o funcionario judicial, en cualquier nivel y para cualquier destino, no puede provenir de razones in pectore, guardadas en el fuero interno de uno o varios de los integrantes de la Corporación nominadora. Tiene que proceder de hechos contundentes y efectivos, que puedan sostenerse ante el afectado, quien obviamente, en guarda de sus derechos a la honra y al buen nombre (art. 15 C.P.), al debido proceso (art. 29 C.P.) y a la rectificación de informaciones (arts. 15 a 20 C.P.), al trabajo (art. 25 C.P.) y al desempeño de cargos públicos (art. 40 C.P.), debe poder defenderse”.

Reiteró la Corte, en la oportunidad que se reseña, la consolidada línea jurisprudencial sobre el punto, trazada entre otras, en las Sentencias T-591 de 1992²³ y T-047 de 1993²⁴, sobre los factores que hacen surgir en el nominador “la convicción moral de que el funcionario no observa una vida pública compatible con la dignidad del empleo (...)”, para destacar que dicha convicción “no equivale a una pura y simple reserva mental, pues de ser así carecería de asidero constitucional y vulneraría, entre otros principios, la presunción de inocencia, el debido proceso y la misma dignidad humana”.

Expuso la Corte, en la Sentencia T-591 que se trae a colación, cómo “[e]l margen de razonable apreciación, inherente al juicio moral” i) “ debe basarse en hechos comprobables que validen la inferencia que se hace y que, como tales, puedan ser en todo momento conocidos y controvertidos por la persona afectada”; y ii) habrá de emitirse “(...) luego de agotar las diligencias y esfuerzos para recabar elementos y presupuestos de hecho y de derecho que garanticen [su objetividad]”.

Señala la Sentencia T-047 de 1993:

“No acontece lo mismo respecto de la vulneración de los derechos a la honra y al buen nombre del petente. Los perjuicios derivados de la decisión inmotivada se prolongan hasta el presente y tienen el carácter de irremediables, siendo procedente la intervención judicial para proteger inmediatamente sus derechos fundamentales, así sea en forma temporal. La vulneración de los mencionados derechos fundamentales en esta caso se origina en la ausencia de motivación de la decisión del Tribunal Superior de Antioquia, que ha impedido al petente conocer y controvertir su verdad y validez. Dicho silencio oficial como presupuesto de la reserva moral, tiene para el sujeto un efecto deletéreo de su honra y buen nombre, y mientras se mantenga autoriza a la sociedad y a sus miembros la elaboración de todo tipo de juicios acerca de la presunta conducta que la motivó. De ahí la urgencia de generar transparencia y evitar que se prolongue una secuencia de discriminación (CP art. 13) alrededor de la persona que sufre semejante descalificación”.

Cabe precisar, que en Sentencia C-558 de 1994²⁵ esta Corte se refirió al derecho del afectado a conocer las objeciones formuladas en su contra y a controvertirlas.

Indica la decisión:

“Pues bien: no cree la Corte que deba ahondar más sobre este tema. Dada la existencia de múltiples decisiones y la claridad de las mismas, basta simplemente reiterar que para efectos de dar aplicación a la causal de inhabilidad acusada, debe tenerse en cuenta que las objeciones morales que se endilguen a una determinada persona, deben basarse en hechos comprobables, de manera que el afectado pueda conocer y controvertir las pruebas que obran en su contra; además, que el acto por medio del cual se impone la inhabilidad debe ser motivado, para que el perjudicado con la decisión pueda ejercer su defensa y, en caso de inconformidad, acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa a demandarlo. De no ser así, se vulneraría, como ya se ha expresado, el debido proceso, el derecho de defensa, y el derecho que tiene toda persona de acceder a cargos públicos.

Para la Corte es razonable que se exija probidad moral a las personas que detenten cargos en la Fiscalía General de la Nación o que estén interesados en acceder a ellos, pues considera que la naturaleza de la función pública que cumplen, y la dignidad de su investidura derivada de ser representantes de la sociedad y administradores de justicia, además del deber que tienen de garantizar derechos fundamentales de los procesados y de todos los ciudadanos, son de interés general.

De otro lado, considera la Corporación que los hechos privados a los cuales se refiere la norma impugnada, deben ser aquellos que, como su nombre lo indica, pertenecen a la vida privada de las personas, pero que han trascendido el recinto íntimo, es decir, que a pesar de ser privados se han hecho públicos en detrimento de la imagen del cargo que ocupa u ocupará el afectado; pues como en la misma norma se expresa, se trata de los “incompatibles con la dignidad del empleo”.

“El ámbito de las personas comprende todos aquellos comportamientos que ellas realicen en su domicilio y en sitios no abiertos al público -casa de habitación, sitio de trabajo no abierto al público, espacios reservados de los establecimientos abiertos al público, etc.-, así como lo que se conoce de otros porque ellos mismos lo han contado reservadamente o porque se les ha sorprendido en ello sin tener causa legal para hacerlo. En el ámbito privado la persona puede pensar, decir y hacer lo que a bien tenga, sin que autoridad alguna esté llamada a intervenir y sin que ningún otro particular (salvo autorización de la persona o vínculo reconocido de parentesco, amistad o sentimiento), esté legitimado siquiera a averiguar por los hechos de la vida íntima...

“El ámbito público de las personas comprende todos aquellos comportamientos que no pertenezcan al ámbito íntimo y que no se ejecuten en calidad de autoridad pública debidamente investida...(sent. T-211/93 Carlos Gaviria Díaz)

En cuanto al contenido de la motivación, esta Corte ha enfatizado, repetidamente i) en que no resulta posible hacer depender del sexo, del nivel económico o social, de la confesión religiosa, de la ideología, de la región de la cual se procede o el partido político al que se pertenece, como tampoco de las aptitudes para desempeñar el cargo, la exclusión de quien ostenta el mayor puntaje en la lista de elegibles -SU-086 de 1999, C-040 de 1995 y ii) que quien ocupa el primer lugar podría no ser designado en razón de su nacionalidad y de sus antecedentes penales y disciplinarios.

Expone la jurisprudencia:

“En esta última materia debe hacerse énfasis en que, a partir de la Constitución de 1991, ninguna trascendencia puede tener, para el desempeño de cargos en la Administración de justicia, la filiación partidista, por lo cual, el mérito define el derecho de acceder a ella, pertenezcase o no a un partido o movimiento político y se tenga o no respaldo de tal índole. Mejor, inclusive, que se carezca de éste, en guarda de la imparcialidad e independencia del juez o magistrado, o del empleado judicial. No en vano el artículo 127 de la Constitución excluye a todo servidor público integrante de la Rama Judicial de la posibilidad de ejercer actividades políticas, a diferencia de lo que ocurre con otros servidores del Estado. En esta actividad, en la que se contraen compromisos con la justicia, la Constitución y los derechos de los asociados, no puede haber voceros de corrientes o partidos.

La nacionalidad, en cambio, que no resulta decisiva en otros aspectos, tiene aquí importancia, ya que es la propia Constitución (art. 99) la que reserva a los nacionales colombianos el ejercicio de derechos políticos, entre ellos el de acceso a cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción.

Los antecedentes penales y disciplinarios constituyen, por su parte, factores de primer orden en la consideración que han de tener en cuenta los nominadores, motivo por el cual en ellos puede fundarse válidamente la descalificación de un aspirante, aunque haya obtenido una alta nota en conocimientos y experiencia dentro del concurso”.

De manera que los nominadores se encuentran constitucionalmente obligados a designar al aspirante mejor calificado y a motivar su decisión, si deciden excluir a quien habiendo demostrado méritos suficientes para acceder a un cargo de carrera, con el cumplimiento de los requisitos legales sobre concurso, no obtiene la designación.

No obstante, como pasa a explicarse, el Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia considera que la Corporación que preside no está obligada a designar en el cargo al aspirante mejor calificado, según el Registro de Elegibles, elaborado por la Sala Administrativa del H. Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de la facultad conferida en el numeral 2 del artículo 156 de la Carta.

3.2.2.2 Posición de la H. Corte Suprema de Justicia

Como revelan los antecedentes el señor Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia, apoyado en un concepto elaborado por la misma corporación, sostiene que “los funcionarios de la Rama Judicial son elegidos, por cuanto el artículo 256 de la Carta dispone que el Consejo Superior de la Judicatura debe elaborar listas de candidatos a los nominadores para que éstos los designen.

Agrega la Corporación que, la expresión “elaborar las listas de candidatos” presente en el numeral 2 del artículo 156 constitucional “implica, necesariamente, que se trata de personas que se someterán a proceso de elección, ya que si se tratara de designar al primero de lista, no se trataría de candidatos en el sentido que se atribuye por la Real Academia de la Lengua²⁶”.

Ahora bien, esta Corte, se ha pronunciado sobre la postura de la H. Corte Suprema de Justicia y puntualizado que la misma además de contrariar la jurisprudencia constitucional, sentada en las Sentencias C-040 de 1995, C-037 de 1996, entre otros pronunciamientos de esta Corte, i) “no resulta acorde con la función normativa de las leyes estatutarias” y ii) no respeta la estructura axiológica de la Carta fundamental.

Lo primero, en cuanto la H. Corte Suprema de Justicia, “pretende aplicar de manera directa el artículo 256 de la Carta”, sin reparar i) en que “el artículo 152 de la Constitución dispone que lo relativo a la administración de justicia será desarrollado mediante ley estatutaria” y ii) en que el legislador estatutario definió el sentido y alcance de la citada disposición, de manera

que esta Corte Constitucional avaló, en ejercicio de su facultad constitucional de guardar la integridad de la Carta Política.

Siendo así, puntualizó esta Corte, “normativamente lista de candidatos significa que “La provisión de cargos se hará nombrando el primero de listas superiores a cinco (5) candidatos con inscripción vigente en el registro de elegibles y que para cada caso envíen las Salas Administrativas del Consejo Superior o Seccionales de la Judicatura” –destaca el texto-.

Lo segundo i) comoquiera que “[ú]nicamente respecto de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se ha previsto que sean elegidos por los miembros de la respectiva corporación, a partir de las listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura (C.P. art. 231)”; ii) en razón de que el artículo 125 constitucional dispone que todos los empleos del Estado son de carrera, con las excepciones previstas en la Carta y en la ley y que 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 y iii) debido a que la igualdad de trato “se proyecta sobre todas las relaciones jurídicas y, muy en particular, sobre las que median entre los ciudadanos y las ramas del poder público”.

Concluyó entonces la Corte, “que ni la Constitución ni la ley han dispuesto un sistema de elección de los funcionarios judiciales. Estos, en tanto que ingresan a la carrera judicial, serán seleccionados por el sistema de mérito”.

Ahora bien, respecto del entendimiento que la H. Corte Suprema de Justicia pretende dar al vocablo “candidatos”, contenido en el numeral 2 del artículo 256 superior y en el artículo 166 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, acudiendo para el efecto a su acepción en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, agrega esta Corte:

“Según aduce la Corte Suprema de Justicia, el distinto modo de selección se deriva de la expresión “candidatos”. Tal como se desprende de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la lista de candidatos corresponde a los cinco integrantes de la lista de elegibles que se presentan a consideración de la autoridad nominadora, para que ésta los designe para un cargo (Art. 166 Ley 270 de 1996). De ahí que no pueda desprenderse directamente que la expresión candidatos aluda a un mecanismo especial de escogencia: mediante elección.

Son candidatos quienes aspiran al cargo vacante. No interesa para estos efectos que ocupen el primero o último lugar de la lista de candidatos. Del hecho de aspirar a un cargo, junto a otras personas, no se desprende que el sistema sea por elección. En tanto que aspirantes toda persona que pretenda ingresar a la administración pública es un candidato (sic). Únicamente será designado aquel candidato que supere el sistema de selección previsto en la ley.

12.- En tercer lugar, la Corte Suprema de Justicia señala que esta interpretación no se compagina con la definición de la expresión “candidato” que contempla el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Sobre el particular, ha de advertirse que dicho diccionario no tiene fuerza normativa alguna. Se trata de una herramienta técnica que asiste al funcionario judicial para la interpretación de un texto normativo. Empero, el “tenor literal de la ley” no es el único criterio para comprender y asignar sentido a una norma constitucional. Si bien el juez no puede traicionar y tergiversar el sentido propio de la expresión –para lo cual le asiste el diccionario-, la interpretación del texto normativo ha de comprender la ubicación de la expresión dentro del texto normativo, así como de dicho texto dentro de la Constitución. Con todo, dicho diccionario indica que la expresión candidato se refiere a (i) “persona que pretende alguna dignidad, honor o cargo” o (ii) “Persona propuesta o indicada para una dignidad o un cargo, aunque no lo solicite”. Adviértase que la Academia de la Lengua reconoce tanto el elemento personal –pretender el cargo- como institucional –ser propuesto o indicado-. El pretender, ser propuesto o indicado no implica que deba ser elegido. Antes bien, la expresión constitucional lista de candidatos se ajusta al segundo sentido –ser propuesto o indicado-, en la medida en que únicamente pueden pretender válidamente al cargo las personas incluidas en la lista, es decir, aquellas indicadas o propuestas”.

En armonía con lo expuesto, los jueces de tutela, en ejercicio de su facultad constitucional de restablecer el derecho fundamental de los aspirantes a ocupar empleos en la carrera judicial, a que el ingreso y el ascenso en los mismos se ajuste a los requisitos y condiciones fijados en la ley para determinar los méritos y calidades, se han visto obligados a ordenar a los nominadores que procedan a nombrar al mejor aspirante y a adoptar medidas en favor de quien deberá hacer dejación del cargo, atendiendo a sus circunstancias.

Ha resuelto esta Corte, por ejemplo, que el nominador deberá tener en cuenta a quien tendrá

que dejar el cargo “para futuros nombramientos, según el puesto que le corresponda en la lista de elegibles” –SU 133 de 1998, SU-086 de 1999- y que el nominador deberá garantizar al tercer interviniente, “un cargo de carrera judicial igual al que ocupaba al momento de ser designado, o en uno superior si reune los requisitos (incluido por supuesto el resultado del concurso de méritos) y existiere la correspondiente vacante” –SU-613 de 2002-

En reciente decisión la Sala Novena de Revisión, a la vez que ordenó a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia adoptar, en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la decisión, las medidas necesarias para efectuar la designación del aspirante mejor calificado en el cargo de Magistrado de la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Ibagué, dispuso que el H. Consejo Superior de la Judicatura adelantaría las gestiones necesarias para garantizar la reubicación de quien debía dejar el cargo, sin desmejorar sus condiciones –T-521 de 2006-.

4. Caso concreto

4.1 El doctor Luís Carlos González Velásquez interpone acción de tutela contra la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia, porque la accionada no lo designó en el cargo de Magistrado del H. Tribunal Superior Superior de Bogotá, para ocupar la vacante dejada por el doctor Ramiro Torres Lozano, a pesar de que ocupaba el primer lugar en la Lista de Elegibles, remitida por la Sala Administrativa del H. Consejo Superior de la Judicatura, para el efecto.

El señor Presidente de la corporación accionada, además de plantear la improcedencia de la acción, porque el actor cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, indica que la designación del doctor Eduin De la Rosa Quessep, quien para entonces ocupaba el segundo lugar en la mencionada lista, se ajusta a las previsiones del artículo 156 de la Carta Política, de conformidad con un concepto elaborado por esa Corporación, a cuyo tenor el vocablo candidatos, presente en la norma constitucional en comento, indicaría que el nominador está dotado de discrecionalidad para elegir no al aspirante de mayores méritos, sino a cualquiera de los integrantes de la lista.

El doctor De la Rosa Quessep, por su parte i) afirma que su designación se ajusta a la facultad nominadora asignada a la H. Corte Suprema de Justicia, ii) sostiene que la conformación de las listas de elegibles, por parte del Consejo Superior de la Judicatura no confiere al mejor aspirante derecho a la designación, a menos que su elaboración coincida

con una vacante por proveer y iii) aboga porque se tenga en cuenta su derecho a permanecer en el cargo, en consideración a las oportunidades en las cuales, habiendo ocupado el primer lugar en registros considerados por la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia, no fue designado en el cargo de Magistrado del H. Tribunal Superior de Bogotá.

Los jueces de instancia conceden la protección, en consideración a las previsiones constitucionales y a la jurisprudencia de esta Corporación.

4.2 Las sentencias de instancia serán confirmadas, porque, como lo sostienen las Salas Jurisdiccional Disciplinaria del H. Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y Jurisdiccional Disciplinaria del H. Consejo Superior de la Judicatura, el 20 de enero de 2005 el actor ocupaba el primer lugar en la Lista de Elegibles para proveer la vacante dejada por el doctor Ramiro Torres Lozano en la Sala Laboral del H. Tribunal de Bogotá, conformada mediante Acuerdo No. 2698 del 1° de diciembre de 2004.

De manera que la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia no podía prescindir del candidato de mayores méritos y calidades, sin motivar su decisión, de conformidad con las normas constitucionales y estatutarias, que regulan el ingreso y el ascenso a los cargos de carrera judicial.

Ahora bien, respecto de la procedencia de la acción de tutela para restablecer los derechos fundamentales del actor, cabe precisar, que esta Corporación, mediante jurisprudencia reiterada, tiene definido que la acción de tutela se constituye en el único mecanismo que permite a quien ostenta un mejor derecho ser efectivamente designado en el cargo al que aspira, sin perjuicio de la competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo para resolver sobre la legalidad de la actuación administrativa y condenar al pago de las indemnizaciones pecuniarias correspondientes, si a ello hubiere lugar, como quedó explicado.

En este orden de ideas, tal como lo determinaron los jueces de instancia, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia, si aún no lo ha hecho, tomará las medidas del caso para designar al doctor Luís Carlos González Velásquez en el cargo de Magistrado del H. Tribunal Superior de Bogotá, conforme al Acuerdo No. 2698 del 1° de diciembre de 2004, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en un término no mayor de veinte (20)

días.

Sin que para el restablecimiento de los derechos del actor interese el tiempo transcurrido, habida cuenta que la demora en la decisión no le es atribuible a él, si se considera que el doctor González Velásquez instauró la demanda de tutela tan pronto como conoció de la vulneración, ante el juez competente.

4.3 Como consecuencia de lo anterior y con el objeto de preservar la confianza legítima del doctor Eduin De la Rosa Quessep en las autoridades responsables de la carrera judicial, las sentencias de instancia se adicionarán en el sentido de disponer que la Sala Administrativa del H. Consejo Superior de la Judicatura adopte las medidas necesarias, para que el antes nombrado recupere las oportunidades que fueren del caso, atendiendo al puntaje que ostentaba en enero del año 2005, mediante la inclusión en lista para proveer el cargo de Magistrado de la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá.

Es de anotar, finalmente, que no resulta del caso poner de presente el derecho del doctor De la Rosa Quessep a permanecer en la carrera judicial, como lo ha hecho esta Corte, en otras oportunidades, porque en enero de 2005 y hasta el inicio de la presente acción, el doctor De la Rosa Quessep ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción en la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

III. DECISIÓN

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

Primero.- Levantar los términos que se encuentran suspendidos.

Segundo.- CONFIRMAR las Sentencias proferidas el 14 de julio y el 30 de agosto de 2006, por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del H. Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y del H. Consejo Superior de la Judicatura para decidir la acción de tutela instaurada por Luís Carlos González Velásquez contra la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia, por vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al acceso a cargos públicos y al debido proceso.

En consecuencia la entidad accionada, si aún no lo ha hecho, en las cuarenta y ocho (48)

horas siguientes a la notificación de esta decisión, adoptará las medidas necesarias, para que, en un término no mayor a los 20 días siguientes a la notificación de esta decisión, el doctor Luís Carlos González Velásquez sea designado en el cargo de Magistrado del H. Tribunal Superior de Bogotá.

Tercero.- ADICIONAR las sentencias de instancia en el sentido de disponer que el H. Consejo Superior de la Judicatura adelante las actuaciones pertinentes en orden a que el doctor Eduin De la Rosa Quessep recupere las oportunidades que fueren del caso, en el registro de elegibles, para proveer el cargo de Magistrado del H. Tribunal Superior de Bogotá. Ofíciense.

Cuarto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA T-024 DE 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

ACCION DE TUTELA-Línea jurisprudencial sobre nombramiento del primero de la lista en

concurso de méritos (Aclaración de voto)

NOMINADOR-Motivación de la decisión cuando no se nombra al primero de la lista puede quitarle el derecho a ser nombrado en el cargo vacante a quien obtuvo primero puesto (Aclaración de voto)

En mi concepto, la posición de la Corte respecto de aceptar que motivando la decisión el ente nominador puede quitarle el derecho de ser nombrado en el cargo vacante a quien obtuvo el primer puesto en la lista de elegibles, debe ser modificada en el sentido de aceptar claramente y sin excepciones que la persona que obtuvo el puntaje más alto es el mejor calificado para el cargo vacante y debe ser nombrado para éste, no concediendo lugar a motivaciones o consideraciones que den lugar al desconocimiento de este derecho. Por consiguiente, quiero dejar en claro que mi posición jurídica es que se debe nombrar al primero de la lista de elegibles y no se debe dejar ningún resquicio para la arbitrariedad o el desconocimiento del mérito por parte del nominador.

Referencia: expediente T-1265466

Acción de tutela instaurada por Luis Carlos Gonzáles Velásquez contra la Corte Suprema de Justicia

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Octava de Revisión, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, manifestando no obstante mi conformidad tanto con la parte motiva como con la parte resolutive del presente fallo.

En primer término, considero conveniente insistir en las razones y en la jurisprudencia reiterada de esta Corte respecto tanto de la procedencia como de la concesión efectiva de la tutela y el amparo de los derechos invocados, en casos en los cuales se trata de la vulneración al debido proceso, al derecho a la igualdad y al acceso a los cargos y funciones públicas, así como cuando se desconoce el principio de meritocracia que debe prevalecer como regla general en la provisión de cargos públicos en un Estado Constitucional de Derecho. Lo anterior, específicamente en aquellos casos en que a pesar de que

profesionales del derecho han ocupado el primer lugar en la Lista de Elegibles, remitida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, no son designados por el nominador en las vacantes para las cuales aparecen como candidatos mejor calificados, tal como ocurre en el caso que nos ocupa.

En este sentido, me permito insistir en que existe una línea jurisprudencial consolidada por parte de esta Corporación, en el sentido de considerar no sólo procedente la tutela en los casos anteriormente anotados, sino de conceder efectivamente dicho amparo constitucional, conformada por varias sentencias de unificación con efectos “erga omnes”, como la SU-133 de 1998, SU-086 de 1999, SU-613 de 2002-; así como sentencias de constitucionalidad como la C-040 de 1995, C-037 de 1996, ésta última sobre la revisión oficiosa de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia; así como una reciente decisión de tutela -T-521 de 2006 de la Sala Novena de Revisión-; decisiones todas estas en las que se fundamenta la presente sentencia y que se encuentran encaminadas a determinar la nominación en la administración pública, especialmente de los cargos en la administración de justicia, en el sentido de reconocer como regla general que el nominador debe designar al profesional que obtenga el mayor puntaje y sea el aspirante mejor calificado y mejor posicionado en la Lista de Elegibles, en desarrollo y en armonía con los postulados de orden constitucional consagrados en los artículos 125, 150-23 y 228 de la Carta Fundamental.

No obstante lo anterior, creo necesario resaltar fundamentalmente en esta oportunidad, la necesidad de una variación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por cuanto la Corte también ha aceptado que excepcionalmente el ente nominador puede presentar razones para no nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar, exigiéndose que dichas razones deben ser objetivas, sólidas y explícitas – Sentencias T-591 de 1992, T-047 de 1993, SU-086 de 1999 y SU-613 del 2002-, y exigiendo respecto de los criterios de la motivación de la exclusión, que éstos no pueden tener relación con razones de sexo, nivel económico o social, confesión religioso, ideología, procedencia territorial, partido político, o aptitudes para desempeñar el cargo.

En mi concepto, la posición de la Corte respecto de aceptar que motivando la decisión el ente nominador puede quitarle el derecho de ser nombrado en el cargo vacante a quien obtuvo el primer puesto en la lista de elegibles, debe ser modificada en el sentido de aceptar claramente y sin excepciones que la persona que obtuvo el puntaje más alto es el mejor

calificado para el cargo vacante y debe ser nombrado para éste, no concediendo lugar a motivaciones o consideraciones que den lugar al desconocimiento de este derecho. Por consiguiente, quiero dejar en claro que mi posición jurídica es que se debe nombrar al primero de la lista de elegibles y no se debe dejar ningún resquicio para la arbitrariedad o el desconocimiento del mérito por parte del nominador.

Con base en las razones expuestas, aclaro mi voto a la presente decisión.

Fecha ut supra,

Magistrado

1 En el año 2003, el doctor Luis Carlos González Velásquez ocupó los puestos 7°, 1°, 2°, 2°, 2°, 2°, 5°, 2°, 3°, en la Listas de Elegibles remitidas por la Sala Administrativa del H. Consejo Superior de la Judicatura a la H. Corte Suprema de Justicia, para proveer el cargo de Magistrado de Tribunal, según Acuerdos 1475, 1767, 1904, 1923, 1924, 2019, 2020, 2156 y 2514 de 2003 y los puestos 4°, 2°, 1°, en las Listas elaboradas con base en los Acuerdos 2661, 2368 y 2698 de 2004.

2 “Corte Suprema de Justicia, H. Magistrado José Fernando Ramírez Gómez. Documento presentado “en la audiencia pública citada por el doctor Vladimiro Naranjo Mesa, Magistrado Sustanciador de la Tutela de Yeanneth Naranjo Martínez contra Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, radicación N° T-17340, como criterio unificado de la corporación”.

3 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

4 Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

5 Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

6 Si bien el Magistrado Ponente de esta decisión, ha sostenido que dada la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista para resolver sobre la nulidad de las actuaciones de la administración y el restablecimiento de los afectados, la acción de

tutela no resulta procedente para confrontar con el ordenamiento los actos de nombramiento proferidos por los organismos nominadores de cargos de carrera, no obstante en acatamiento a la jurisprudencia constitucional que en el cuerpo de esta providencia se transcribe, redactó esta ponencia y la sometió a consideración de la Sala Octava de Revisión siguiendo en todo la línea jurisprudencia trazada por la Corte al respecto.

7 Sentencia T-03 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

8M.P. Jorge Arango Mejía. En la oportunidad que se trae a colación, esta Corte resolvió confirmar las providencias de instancia, que negaron el amparo a quien abogaba por el restablecimiento de sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la igualdad, toda vez que obtuvo el primer puesto en concurso de la Administración de la Carrera Judicial de Caldas, celebrado en 1991, para llenar los cargos de Escribientes Grado VI de los Juzgados Segundo (2o.) y Tercero (3o.) laborales del Circuito de Manizales y no fue escogido. En igual sentido Sentencia T-602 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz.

9 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

10 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

11 Mediante la Sentencia SU-086 de 1999, que se trae a colación, la Sala Plena de esta Corte revocó las decisiones de instancia, fundadas en la improcedencia de la acción de tutela para controvertir las designación en cargos de carrera judicial. Sostenían los fallos revisados i) que las accionantes debían “acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho -con posibilidad de pedir la suspensión provisional de los actos en cuestión-”, con pleno ejercicio de las garantías constitucionales; ii) que los actos administrativos de nombramiento se amparan bajo la presunción de legalidad, que corresponde desvirtuar ante el tribunal competente, siguiendo las formas preestablecidas; iii) que “tanto el acceso a la carrera como los derechos que de ella se derivan, son derechos regulados en normas legales, no de estirpe constitucional, por lo que al tenor del artículo 2 del Decreto 306 de 1992, no resultan ser derechos de protección inmediata (..)”; iv) que los conflictos surgidos entre quienes integran el Registro de Elegibles y las entidades nominadoras “deben analizarse y fallarse dentro de un proceso ordinario y no en un proceso breve y sumario como es el de tutela”; v) que no es dable al juez de tutela, “desconocer los derechos adquiridos en cuanto a la estabilidad laboral de quienes vienen desempeñando los cargos de magistrados (..)”; vi) que la

designación en un cargo de carrera comporta “la protección de otros derechos cuyo amparo y garantía corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa”; v) que resulta “improcedente la viabilidad de la tutela, ya que se trataba de actos administrativos que alcanzaron su perfección y que para lograr su nulidad debe acudirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”; vi) que “el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (..) envuelve un debate estrictamente legal y, por tanto, ajeno al ámbito de la tutela”; vii) que “(..) los terceros citados no gozan de todas las garantías para ejercitar plenamente su derecho de defensa”; viii) que los aspectos “subjetivos”, necesariamente considerados por el nominador “difícilmente pueden ser examinados por una persona distinta a quien con su voto contribuye al nombramiento por elección”, sin perjuicio de la competencia de “la jurisdicción de lo contencioso administrativo”; ix) que “no se vislumbraba la ocurrencia de un perjuicio irremediable, motivo por el cual tampoco podía accederse al amparo transitorio”; y x) que no le está “permitido al juez constitucional desconocer los derechos de quienes venían ocupando los cargos”.

12 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, con salvamento de voto, en cuanto a la procedencia de la acción, del Magistrado Alvaro Tafur Galvis.

13 En igual sentido T-451 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T- 344 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

14 Artículos 166 y 167 Ley 270 de 1996.

15 Sentencia C-040 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

16 Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

17 Ley 270 de 1996 “AUTORIDADES NOMINADORAS DE LA RAMA JUDICIAL. Las autoridades nominadoras de la Rama Judicial, son:

(..)

5. Para los cargos de Magistrados de los Tribunales: La Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, según el caso;

(..)” -artículo 131-.

18 Ley 270 de 1996 “La carrera judicial se basa en el carácter profesional de funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos al efecto y en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio” -artículo 156-.

19 El artículo 163 del Proyecto de Ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, Estatutaria de la Administración de Justicia, fue declarado exequible con excepción de la expresión recursos humanos, que fue declarada contraria al “contenido axiológico humanístico que informa a nuestra norma fundamental”.

20 El artículo 164 de la Ley 270 de 1996 i) define el concurso de méritos –“proceso que permite valorar “conocimientos, destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera judicial”, ii) determina la inclusión en el Registro de Elegibles y la ubicación en el mismo de los aspirantes a ingresar o ascender en la carrera judicial y iii) establece las reglas básicas para la operatividad de los concursos y su eficacia.

21 Corte Constitucional. Sentencia No. C-040 del 9 de febrero de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

22 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, con salvamento de voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa -ver notas 9 y 10-.

23 M.P. Jaime Sanín Greiffestein. El actor presentó acción de tutela, para obtener la protección efectiva de sus derechos fundamentales, porque, no obstante haber cumplido los requisitos legales previstos en el Decreto 052 de 1987, que condicionaban la designación en propiedad en el cargo que desempeñaba en periodo de prueba, el Consejo de Estado aplazó la decisión, aguardando el resultado de una investigación disciplinaria. Encontró esta Corte la decisión del nominador ajustada a la Carta, empero solicitó a la Procuraduría General de la Nación acelerar la investigación y remitir el resultado de la misma al Consejo de Estado para que éste resuelva lo que sea legal dentro de un término razonable.

24 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. “El peticionario solicita, como medida provisional para evitar se le ocasionen perjuicios irremediables a su estabilidad económica, honor, honra y buen nombre, la suspensión de la decisión proferida por el Tribunal Superior de Antioquia de no reelegirlo en el cargo de Juez Agrario que venía desempeñando, con fundamento en una reserva moral aducida sin motivación alguna”. Por consiguiente la Corte ordenó al juez constitucional de primera instancia “la realización de una audiencia pública en el curso de la cual el Tribunal Superior de Antioquia exponga los motivos que fueron tenidos en cuenta para formular la reserva moral respecto del peticionario, a quien se le dará igualmente oportunidad dentro de la misma audiencia para responder y aclarar su posición personal”.

25 M.P. Carlos Gaviria Díaz. En esta oportunidad esta Corte resolvió, entre otros aspectos, de declarar inexecutable el artículo 3º del Decreto 1888 de 1989 -No podrán ser designados ni desempeñar cargo o empleo en la Rama Jurisdiccional (..) h) Las personas respecto de las cuales exista la convicción moral de que no observan una vida pública o privada compatible con la dignidad del empleo” – por exceder el límite material fijado en la Ley habilitante -30 de 1987-.

26 Sentencia SU-613 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.