

T-422-92

Sentencia No. T-422/92

## IGUALDAD ANTE LA LEY/IGUALDAD DE OPORTUNIDADES/CONCURSO DE MERITOS/CARGA DE LA PRUEBA

La circunstancia de ocupar el primer puesto en un concurso de méritos para un cargo de la administración y, sin embargo, no ser nombrado por la entidad es factor suficiente para presumir un trato diferente, discriminatorio en contra de la persona afectada por la medida. Si se demuestra que dicho trato diferente no está objetiva y razonablemente justificado, la respectiva actuación deberá ser excluida del ordenamiento por ser violatoria del principio de igualdad.

Si la desigualdad aducida resulta de una distinción hecha por el legislador y cuya validez se niega, la carga de probar la razonabilidad de la diferencia incumbe a quien defiende la ley; por su parte, quien impugna una ley por considerar que desatiende diferencias significativas, debe aportar las razones por las que debió atribuirse relevancia jurídica a tales diferencias.

## JUEZ CONSTITUCIONAL-Criterios/LEY-Validez Constitucional

La Constitución menciona algunas de las razones o situaciones fácticas para prohibir que el legislador las adopte como factor de diferenciación. No obstante, la mención de los factores considerados discriminatorios para establecer una diferencia de protección o trato no es suficiente. El juez ha de buscar fuera de la Constitución el criterio de diferenciación con el cual juzgar la validez constitucional de una norma que atribuye relevancia jurídica a cualquiera de las infinitas diferencias fácticas que la realidad ofrece.

Al juez constitucional no le basta oponer su “razón” a la del legislador, menos cuando se trata de juzgar la constitucionalidad de una norma legal. La jurisdicción es un modo de producción cultural del derecho; el poder del juez deriva exclusivamente de la comunidad y sólo la conciencia jurídica de ésta permite al juez pronunciarse sobre la irrazonabilidad o no de la voluntad del legislador.

## CONCURSO DE MERITOS/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Toda autoridad administrativa en ejercicio de sus facultades discrecionales para el nombramiento de una persona en un cargo, cuando medie previamente concurso, deberá diseñar y ejecutar la evaluación de tal forma que excluya el trato discriminatorio de los aspirantes. Por su parte, las normas que por su indeterminación al otorgar facultades discrecionales a la autoridad permitan un trato discriminatorio deberán ser excluidas del ordenamiento y, mientras ello así sucede, deberán ser inaplicadas en el caso concreto para evitar la vulneración del principio de igualdad.

SENTENCIA DE JUNIO 19 DE 1992

REF. : Expediente T-298

Actor: JORGE ELIECER RANGEL

PEÑA

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime Sanín Greiffenstein, Ciro Angarita Barón y Eduardo Cifuentes Muñoz, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

la siguiente

S E N T E N C I A

En el proceso de tutela T-298 adelantado por el señor JORGE ELIECER RANGEL PEÑA contra el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, INDERENA.

A N T E C E D E N T E S

1. En su solicitud, el señor JORGE ELIECER RANGEL PEÑA narra que después de once años de vinculación al Inderena (Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente), en el cargo de Almacenista del Proyecto Carare-Opón, fue despedido a fines de 1988, cuando por motivos de seguridad personal relacionados con hechos de alteración del orden público tuvo que abandonar el lugar de trabajo; en su momento, el accionante consideró legal dicha decisión pero la tuvo como injusta; igualmente, narró que pocos meses antes había enviado al funcionario competente de dicho Instituto su petición de inscripción en la carrera administrativa para que fuese tramitada debidamente ante el Departamento Administrativo de Servicio Civil lo que nunca ocurrió por mala fe o al menos descuido de tal empleado, en su sentir; por último relató que en septiembre de 1991 concursó para el mismo cargo que había ocupado y que, a pesar de haber ocupado el primer puesto, y ser política de la entidad escoger para el cargo al primero del concurso, no fue nombrado.

2. Correspondió conocer del asunto al Juzgado 53 de Instrucción Criminal de Bogotá, el cual, tras practicar algunas pruebas, decidió el ocho de enero del año corriente negar la solicitud por considerar que la insubsistencia había sido legal por tratarse de un empleado de libre nombramiento y remoción - así el cargo fuese de carrera -, que no existía prueba fehaciente de lo descrito por el accionante en relación con su malograda inscripción en la carrera administrativa y que, finalmente, pese al resultado del concurso, la decisión del Instituto que no lo escogió para el cargo era legal conforme a la resolución 350 del 9 de julio de 1982, expedida por el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, cuyo artículo 2o., párrafo, dispone que el nombramiento que se haga previo concurso debe recaer sobre uno de los primeros cinco elegibles y no necesariamente en el primero por su puntaje, de manera que el nominador goza de un razonable margen de discrecionalidad.

3. Debido a impugnación interpuesta por el actor, la segunda instancia se surtió ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el cual, a través de la Sala de Decisión Penal respectiva, el 24 de enero cursantes, confirmó el fallo del inferior con similares argumentos; en relación con las fallidas gestiones del peticionario para ingresar a la carrera administrativa, el Tribunal dijo: “La acción de tutela tampoco va dirigida a descifrar si se violó o no el derecho en el momento en que no se remitieron los formularios para la inscripción en la carrera administrativa o si la funcionaria encargada para ello, cometió o no un ilícito, tal como lo sugiere el recurrente, por ende, su argumento se sale del contexto de lo invocado en el ejercicio de la acción, de conformidad con el memorial petitorio”.

4. La Sala Séptima de Revisión de Tutelas entra a resolver mediante esta sentencia y por vía de revisión de los fallos respectivos la acción de tutela intentada por el señor JORGE ELIECER RANGEL PEÑA, mediante solicitud calendada el 23 de diciembre del pasado año.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### Cargo central del solicitante

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional considera que el argumento central del peticionario para solicitar la tutela de su derecho al trabajo no es tanto la declaratoria de insubsistencia del INDERENA, acaecida en 1988, ni la posible negligencia o mala fe del funcionario público que omitió el trámite de su inscripción en la carrera administrativa con anterioridad a su desvinculación, sino la negativa de la entidad a nombrarlo en el mismo cargo, luego de haber ocupado el primer puesto en el concurso celebrado por ésta en septiembre de 1991.

### Concepto de los falladores de tutela

2. En concepto de los falladores de instancia, el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente al no escoger al señor RANGEL PEÑA para el cargo, actuó dentro de la legalidad, puesto que la Resolución 350 del 9 de julio de 1982, expedida por el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, dispone en el parágrafo del artículo 2o. que el nombramiento que se haga previo concurso debe recaer sobre los primeros cinco elegibles, y no necesariamente en el primero por su puntaje.

### Discrecionalidad de la administración

3. Las normas invocadas para sustentar su decisión otorgan a la entidad administrativa un razonable margen de discrecionalidad con miras a garantizar el buen servicio y el efectivo cumplimiento de sus funciones. La discrecionalidad está instituida en la ley en favor de la administración y todos los actos proferidos en desarrollo de esta atribución están amparados bajo la presunción de legalidad. Particularmente, los preceptos jurídicos que autorizan a una entidad administrativa para nombrar a alguno de los cinco primeros cuando ha mediado previamente concurso, son expresión clara de la potestad discrecional, una de cuyas manifestaciones es la facultad de libre nombramiento y remoción (CP art. 125).

## No vulneración del derecho fundamental al trabajo

4. En principio, la persona que ocupó el primer puesto en un concurso para la provisión de un cargo en la administración, y que a la postre no fue nombrada para ocuparlo, puede afirmar la violación de su derecho al trabajo al verse excluido, sin razón suficiente, del mismo. No obstante, las normas legales que regulan el ingreso a los cargos públicos mediante concurso reservan a favor de la entidad respectiva la atribución de nombrar libremente al funcionario entre los cinco primeros aspirantes, con miras a dar cabida a factores que no se reflejan en los concursos y son determinantes para el cargo, como las cualidades específicas de la persona y sus antecedentes laborales y personales. En consecuencia, no es posible afirmar la vulneración del derecho al trabajo cuando la persona solamente posee una justificada expectativa para ocupar un cargo, pero no es titular de un derecho adquirido que pueda ser oponible frente a la facultad nominadora de la administración.

## Posible vulneración del principio de igualdad

5. Una norma que otorgue a la administración un margen de discrecionalidad tan amplio que en su aplicación, teniendo en cuenta su finalidad y los medios empleados para alcanzarla, pueda dar lugar a un trato discriminatorio, es inconstitucional por contrariar el artículo 13 de la Constitución.

En efecto, aunque el accionante de tutela no adujo la violación del principio de igualdad, el juez constitucional tiene el deber de establecer si la acción u omisión de la autoridad pública viola o amenaza otros derechos fundamentales distintos a los invocados por el solicitante, mediante aplicación analógica del artículo 22 del Decreto 2067 de 1991. La circunstancia de ocupar el primer puesto en un concurso de méritos para un cargo de la administración y, sin embargo, no ser nombrado por la entidad es factor suficiente para presumir un trato diferente, discriminatorio en contra de la persona afectada por la medida. Si se demuestra que dicho trato diferente no está objetiva y razonablemente justificado, la respectiva actuación deberá ser excluida del ordenamiento por ser violatoria del principio de igualdad.

## Concepto de igualdad

6. La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae

sobre una pluralidad de elementos, los “términos de comparación”. Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado *tertium comparationis*, para establecer cuando una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad.

#### Alcance del principio de igualdad

7. El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, como principio normativo de aplicación inmediata, supone la realización de un juicio de igualdad, a la vez que excluye determinados términos de comparación como irrelevantes; es así como, en atención al principio de igualdad se prohíbe a las autoridades dispensar una protección o trato diferente y discriminatorio “por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

#### Derecho: factor de diferenciación y de igualación

8. Sin embargo, el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos del derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas – entre ellas rasgos o circunstancias personales – diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación. Opera mediante la definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones, etc.). Pero, los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el Preámbulo.

#### Concepción tradicional del principio de igualdad

9. La idea de la ley como norma general, impersonal y abstracta, es la base de todo el sistema jurídico decimonónico. La ley es expresión de la voluntad general y, por definición, a todos trata por igual. El principio de igualdad queda así subsumido enteramente en el principio de legalidad.

Según esta concepción del derecho, la ley es el único punto de referencia jurídicamente relevante para establecer diferenciaciones, característica ésta que le impone a la misma su generalidad y duración indefinidas. Para los aplicadores del derecho, administradores o jueces, no hay más *tertium comparationis* distinto del que la propia ley, en su grado de abstracción, ofrece. Para el legislador, el principio de igualdad, así entendido, impide establecer entre los ciudadanos diferencias que no resulten del libre juego de las fuerzas sociales. Entendida la sociedad civil como un hecho natural, ajeno al Estado, no hay obstáculo alguno para considerar naturales y, en consecuencia jurídicamente relevantes, las diferencias que la sociedad establece.

### Cambio de significado del principio de igualdad

10. Sólo hasta la segunda mitad del siglo XX, cuando se generaliza el sentimiento de que la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad, y que la sociedad no es un hecho natural, ni naturales las diferencias que de ella resultan, se opera en el mundo jurídico un cambio de significado del principio de igualdad. Signos de la transformación de la igualdad como generalidad abstracta son la irrupción de partidos de “clase” al poder, la reducción del concepto de ley a una noción puramente formal, el traslado de poder a los Parlamentos y, sobre todo, el dominio de éstos por partidos políticos fuertemente organizados y disciplinados, los cuales terminaron por eliminar los supuestos en los que se asentaba el viejo sistema.

### Criterios de diferenciación

11. El primer problema que plantea una nueva concepción del principio de igualdad hace relación con cuál es el criterio de diferenciación -*tertium comparationis*- al que ha de acudir el juez, en contraste con el del legislador, para aceptar o rechazar el que éste incorporó en la norma. La Constitución menciona algunas de las razones o situaciones fácticas para prohibir que el legislador las adopte como factor de diferenciación. No obstante, la mención de los factores considerados discriminatorios para establecer una diferencia de protección o trato no es suficiente. El juez ha de buscar fuera de la Constitución el criterio de diferenciación con el cual juzgar la validez constitucional de una norma que atribuye relevancia jurídica a cualquiera de las infinitas diferencias fácticas que la realidad ofrece.

## Fórmulas para precisar la relevancia de una diferenciación

12. El carácter de “regla” que ostenta el principio de igualdad consagrado en las constituciones modernas, como la inclusión de determinados criterios expresamente prohibidos, han llevado a todas las jurisdicciones constitucionales a acuñar fórmulas para establecer cuándo se está ante una diferenciación irrelevante y, por lo tanto, frente a un trato discriminatorio. Entre las más importantes se encuentran la razonabilidad de la diferenciación y la proporcionalidad de los medios incorporados en la norma y los fines de ésta.

### Justificación objetiva y razonable

13. Según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

### Razonabilidad de la norma

14. La equiparación del principio de igualdad con una exigencia de razonabilidad de la diferenciación no resuelve el problema de cuál debe ser el criterio a escoger por el juez para valorar la obra del legislador. Al juez constitucional no le basta oponer su “razón” a la del legislador, menos cuando se trata de juzgar la constitucionalidad de una norma legal. La jurisdicción es un modo de producción cultural del derecho; el poder del juez deriva exclusivamente de la comunidad y sólo la conciencia jurídica de ésta permite al juez pronunciarse sobre la irrazonabilidad o no de la voluntad del legislador.

### Proporcionalidad de la norma

15. De otra parte, los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras

personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. De esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración.

#### Carga de la argumentación

16. La equiparación del principio de igualdad con la interdicción de la arbitrariedad supone necesariamente un problema procesal respecto de quién tiene la carga de la prueba sobre la razonabilidad o no de una diferenciación. Si la desigualdad aducida resulta de una distinción hecha por el legislador y cuya validez se niega, la carga de probar la razonabilidad de la diferencia incumbe a quien defiende la ley; por su parte, quién impugna una ley por considerar que desatiende diferencias significativas, debe aportar las razones por las que debió atribuirse relevancia jurídica a tales diferencias.

#### Igualdad y justicia distributiva

17. El derecho no es, sin embargo, una pura estructura formal, sino una estructura dotada de sentido necesario. Todo orden político-jurídico que se pretende justo relaciona estrechamente la idea de justicia al principio de igualdad. El enunciado que ordena “tratar los casos semejantes de la misma manera y los diferentes de diferente manera” es un elemento central en la idea de justicia.

En efecto, tanto para Aristóteles como para Platón, la teoría de la justicia es inseparable de la teoría de la política, en cuanto que su objeto es la mejor forma de gobierno, es decir, el gobierno justo. El principio de igualdad condiciona, en primer lugar, la forma justa de distribuir el poder en una sociedad.

#### Igualdad sustancial e igualdad de oportunidades

18. El principio de igualdad consagrado en la Constitución no es ni un parámetro formal del valor de toda persona ante el derecho, ni un postulado que pretenda instaurar el igualitarismo, sino una fórmula de compromiso para garantizar a todos la igualdad de oportunidades.

La igualdad de oportunidades en un mundo caracterizado por diferencias de todo tipo

(étnicas, culturales, económicas, sociales, políticas) se garantiza mediante la misma protección y trato de las autoridades, sin que haya lugar a discriminación. Pero su consecución sólo es posible estableciendo diferencias en favor de personas o grupos en situación de desigualdad por sus condiciones concretas de marginamiento, discriminación o debilidad manifiesta.

#### Igualdad de oportunidades y derechos de participación

19. En el plano de la organización y el funcionamiento de las instituciones públicas la igualdad de oportunidades se traduce en el derecho a participar en el poder político y a ser respetado y tenido en cuenta con similar consideración que a las demás personas. Uno de los medios a través del cuál se ejercen tales derechos políticos de igualdad es el sufragio; otro, el derecho a ocupar cargos en la administración. El postulado de democracia participativa (CP, Preámbulo, arts. 1 y 2) inspira los derechos políticos de participación y fundamenta la aplicación del principio de igualdad de oportunidades en la provisión de empleos en las entidades del Estado.

#### Diversidad de empleos en la administración

20. Existen diversas modalidades de empleos en los órganos y las entidades del Estado. Unos son de carrera, otros de libre nombramiento y remoción, y otros, los cuales no están determinados por la Constitución o la ley, son nombrados por concurso público (CP art. 125).

#### Objetivo común de los diversos empleos

21. Independientemente de los efectos jurídicos de cada forma de vinculación al Estado - por carrera, libre nombramiento o concurso - todos los empleos públicos buscan un objetivo común, cual es el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado. El ingreso y ascenso en los cargos de carrera se lleva a cabo mediante el sistema de méritos y cualidades de los aspirantes; de igual forma, la permanencia o desvinculación de una persona de libre nombramiento y remoción obedece a razones de buen servicio o de confianza, según el caso, sin que la discrecionalidad de la administración pueda tornarse en arbitrariedad. Nada diferente sucede con los concursos públicos para acceder a un cargo: el criterio principal es la "eunomía", o ley del mejor, según la cual, los méritos personales

determinan quién será el opcionado para ejercer las funciones públicas.

Finalidad de la norma jurídica como fundamento de la actividad estatal

22. La resolución 350 del 9 de julio de 1982, expedida por el Jefe del Departamento Administrativo de Servicio Civil, invocada como fundamento por la autoridad nominadora en este caso, tiene como finalidad escoger al mejor de los aspirantes para ocupar un cargo; tal finalidad pretende ser lograda mediante el mecanismo del concurso público, resguardando a la vez a la autoridad nominadora la facultad discrecional de nombrar uno de los cinco primeros aspirantes.

Términos de comparación de la norma

23. Los términos de comparación establecidos por la norma son, por un lado, el hecho de ocupar uno de los cinco primeros puestos en un concurso público para un cargo y, por otro, la circunstancia de no haber ocupado uno de dichos lugares, con la consecuencia de quedar impedido para ejercer el cargo. Por otra parte, el criterio o factor relevante para distinguir entre quién ocupará finalmente el cargo y aquéllos que no serán nombrados, es la discrecionalidad de la autoridad nominadora.

24. En el presente caso, el tertium comparationis, o criterio relevante para determinar quién debía ocupar el cargo de Almacenista del Proyecto Carare-Opón en el Inderena, como resultado final del concurso público celebrado para ello en septiembre de 1991, es la voluntad de la autoridad administrativa. El Gobierno Nacional, en uso de las facultades reglamentarias así lo dispuso, al establecer en el artículo 210 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 que: "Cuando sea necesario proveer un empleo por vacancia o creación y no fuere posible hacerlo por ascenso, deberá designarse a una de las personas que se encuentren entre los cinco primeros puestos de la lista de elegibles formado por concurso público".

Relación de fines y medios está justificada racionalmente

25. Sometido al examen de constitucionalidad, el criterio de diferenciación escogido - discrecionalidad de la administración - sólo podría ser aceptable si existe una justificación objetiva y razonable para establecer tal tratamiento diferenciado. La finalidad buscada por el

legislador mediante el sistema de concurso público para acceder a un cargo en el Estado – escogencia por mérito – pretende ser alcanzada finalmente por la decisión discrecional de la autoridad nominadora. Sin embargo, la relación entre la finalidad de la norma y el medio escogido para alcanzarla podría dar lugar a un resultado divergente, al depender éste exclusivamente del criterio subjetivo de la autoridad. No obstante, la posible divergencia entre la finalidad del concurso público y el criterio subjetivo de la autoridad, no es un factor suficiente para inferir de allí la irrazonabilidad del criterio diferenciador introducido en la norma ni, por consiguiente, la ilegitimidad de uno de los medios escogidos, como es el de garantizar un margen de apreciación suficiente a la administración en favor de la mejor prestación del servicio.

### Proporcionalidad de medios y fines

26. Aunque existe una justificación razonable para aceptar el criterio diferenciador enunciado, éste debe ser proporcional. El juicio de proporcionalidad entre el fin buscado por la norma y los medios escogidos para ello tiene en cuenta no sólo la necesidad y la adecuación de estos últimos al primero, sino además la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr igual cometido.

### Oportunidad del medio empleado y buena fe

27. La exigencia de una justificación objetiva y razonable para establecer una diferenciación comporta la necesidad de que los medios empleados sean adecuados, proporcionales y oportunos. Un medio como la facultad discrecional de la administración puede ser adecuado y proporcional con relación al fin del buen servicio buscado, pero por su ejercicio inoportuno ser inconstitucional, al contrariar intereses legítimos de una persona mientras se encuentra en determinadas circunstancias. La oportunidad en el uso de un medio está condicionada a las circunstancias del caso concreto.

Igualmente, la actuación pública es desproporcionada cuando es contraria a las exigencias de la buena fe, en cuanto la autoridad adopta una decisión que no es la conducta racional y recta que podría esperarse de una persona en la misma situación.

### Discriminación por trato desproporcionado

28. Estudiado detenidamente el caso sub-examine bajo esta óptica, esta Sala de Revisión llega a la conclusión que el medio empleado por la entidad administrativa para proveer uno de sus cargos, atendidas las circunstancias del caso, se revela como desproporcionado en cuanto a la relación de fines y medios. Mientras que el señor RANGEL PEÑA demostró ser quien tenía mayores méritos para ocupar el cargo anteriormente desempeñado por él - con lo que cumplía con la finalidad de escoger al mejor -, la autoridad administrativa en uso de su discrecionalidad no lo nombró, sin mediar siquiera motivación para ello, ni acreditar o alegar razones de peso para apartarse del resultado del concurso, invocando el ejercicio de las propias razones, con lo cual acabó traicionando la confianza legítima del concursante mejor opcionado.

La decisión de la autoridad lleva indefectiblemente al descrédito del sistema de concurso por desatención absoluta de sus resultados. Si a la administración le cabía ejercer su potestad discrecional escogiendo a uno de los cinco primeros del concurso, ello había podido hacerlo mediante la elección de otro medio que no tuviera efectos contraproducentes sobre la credibilidad de los sistemas de acceso al ejercicio del poder político, como por ejemplo, incorporando en el concurso público mismo evaluaciones psicológicas, motivacionales o comportamentales de quien aspira a ocupar un cargo determinado.

Límites al poder discrecional de la administración y del legislador

29. Toda autoridad administrativa en ejercicio de sus facultades discrecionales para el nombramiento de una persona en un cargo, cuando medie previamente concurso, deberá diseñar y ejecutar la evaluación de tal forma que excluya el trato discriminatorio de los aspirantes. Por su parte, las normas que por su indeterminación al otorgar facultades discrecionales a la autoridad permitan un trato discriminatorio deberán ser excluidas del ordenamiento y, mientras ello así sucede, deberán ser inaplicadas en el caso concreto para evitar la vulneración del principio de igualdad.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en mérito de lo expuesto,

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR la decisión de tutela proferida por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE SANTAFE DE BOGOTA del veinticuatro (24) de enero de 1992, por la cual se confirmó la sentencia del JUZGADO 53 DE INSTRUCCION CRIMINAL DE BOGOTA, del ocho (8) de enero de 1992.

SEGUNDO.- ORDENAR la inaplicación del párrafo del artículo 2o. de la Resolución 350 del 9 de julio de 1982 y del artículo 210 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 por ser incompatibles con el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

TERCERO.- CONCEDER la tutela de su derecho a la igualdad de oportunidades y de su derecho fundamental al trabajo al señor JORGE ELIECER RANGEL PEÑA y, en consecuencia, ORDENAR al Instituto Colombiano de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente (INDERENA), por medio de su Gerente General, que en el término de un (1) mes a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a nombrar al mencionado señor en el cargo para el cual se presentó a concurso público y ocupó el primer lugar.

CUARTO.- COMUNIQUESE al JUZGADO 53 DE INSTRUCCION CRIMINAL DE BOGOTA la presente decisión para que sea notificada a las partes conforme lo dispone el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

Cópiese, comuníquese, cúmplase, e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JAIME SANIN GREIFFENSTEIN

Presidente

- Salvamento de voto -

CIRO ANGARITA BARON

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

(Sentencia aprobada por la Sala Séptima de Revisión, en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días del mes de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Salvamento de voto a la Sentencia No. T-422

ADMINISTRACION PUBLICA-Discrecionalidad/CARRERA ADMINISTRATIVA/CONCURSO DE MERITOS (Salvamento de voto)

La Resolución del Departamento Administrativo del Servicio Civil es clara en el sentido de que el nominador está obligado a designar uno de los cinco primeros -bien entendido que los elegibles pueden ser menos sin que por ello el principio pierda aplicabilidad- pero que no está forzado a escoger a quien haya ocupado el primer lugar, pues se le ha querido dar un cierto margen de apreciación de lo que más convenga a la Entidad y a la administración de acuerdo con factores que generalmente no son reflejados por los concursos pero que tienen suma importancia como son “las cualidades específicas del funcionario en relación al cargo que se va a proveer y los antecedentes laborales y personales del mismo”.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia/JUEZ DE TUTELA-Límites (Salvamento de voto)

La sentencia sin ninguna explicación lógica o forma alguna de distinción, salta de un momento a otro a criticar las normas en sí y en su contenido general, aparte de cualquier caso concreto en que se apliquen y sea que se apliquen o no razonable y equitativamente y por lo mismo, sin ninguna autoridad para ello y en abierto desafío a nuestro sistema constitucional y legal, termina decidiendo una inaplicabilidad por inconstitucionalidad general y no limitada al caso concreto, en razón y para el mismo que es lo lógico, técnico y procedente. Somos jueces constitucionales y no administradores.

Me permito salvar el voto de la sentencia T-422 del 16 de junio corrientes, dictada dentro del proceso de tutela instaurado por el señor JORGE ELIECER RANGEL PEÑA y que yo considero francamente abusiva.

En primer término, quiero dejar establecido el modo como creo que debió decidirse el caso, lo que haré mediante la transcripción de lo pertinente de la ponencia inicial que presenté y que fue desautorizada por la mayoría, y luego comentaré el proveído del cual me separo.

1. La ponencia inicial, en esencia, decía así:

“En cuanto al resultado del concurso que se efectuó en septiembre del pasado año, debe considerarse que existe la resolución 350 de 1982 del Jefe de Departamento Administrativo del Servicio Civil, como lo afirman los sentenciadores de instancia con razón, la que es clara en el párrafo de su artículo 2o. en el sentido de que el nominador está obligado a designar uno de los cinco primeros -bien entendido que los elegibles pueden ser menos sin que por ello el principio pierda aplicabilidad- pero que no está forzado a escoger a quien haya ocupado el primer lugar, pues se le ha querido dar un cierto margen de apreciación de lo que más convenga a la Entidad y a la administración de acuerdo con factores que generalmente no son reflejados por los concursos pero que tienen suma importancia como son “las cualidades específicas del funcionario en relación al cargo que se va a proveer y los antecedentes laborales y personales del mismo””.

Es de observar en este punto que el autor de la resolución estaba facultado al efecto por el artículo 184 del Decreto reglamentario 1950 de 1973, entre otros; dice este artículo: “La provisión de los empleos comprendidos en la carrera administrativa se hará mediante la selección de candidatos capacitados, por el sistema de concursos, de acuerdo con los reglamentos que expida el Departamento Administrativo del Servicio Civil”.

Además, ya el decreto ley 2400 de 1968 le había señalado atribuciones al Departamento Administrativo del Servicio Civil para “fijar la política en materia de administración de personal civil” y para “establecer los sistemas de selección”(art. 54).

Finalmente, se destaca que el artículo 210 del decreto 1950 de 1973 ya había establecido el sistema cuando dispuso: “Cuando sea necesario proveer un empleo por vacancia o creación y no fuere posible hacerlo por ascenso, deberá designarse a una de las personas que se encuentren entre los cinco primeros puestos de la lista de elegibles formado por concurso abierto”.

Se concluye, entonces, que la conducta del empleador se ciño a la ley.

2. A su vez, la providencia merece algunos comentarios, como los siguientes:

a. Se parte del presupuesto equivocado de que las pruebas que componen el concurso

de méritos arrojan un resultado perfecto, completo, absolutamente confiable y, por lo tanto obligatorio como demostración inconcusa de una disposición o vocación inmejorable para el cargo, cuando la verdad es que se trata de un instrumento falible y oscilante que se ha venido diseñando como fórmula de ayuda y como una guía de importancia apenas relativa para llegar a decisiones que tienen más complejidad y vasto alcance como son las que atañen a las necesidades del servicio y al mejor desarrollo de la función pública, puntos estos que son los verdaderamente centrales y básicos en la escogencia de los funcionarios públicos; hay, además, una serie de factores y aspectos que tienen influencia en esto último y que no se reflejan ni están contenidos en tales pruebas y que pueden ser determinantes, como ocurre, por ejemplo, con inusitada frecuencia con rasgos morales relevantes, antecedentes personales, hábitos y costumbres que, como si fuera poco, son refractarios a una evaluación simplemente numérica.

Ante este carácter nada más instrumental y orientador de las pruebas del concurso, es apenas natural que la normatividad deje un cierto margen de discrecionalidad, no para que se ejercite arbitrariamente o sin razón -como parece creer la sentencia que siempre ocurre- sino para que dentro de la prudencia y el designio de acierto se acuda en mejor forma a llenar el interés público; en esta forma se le da al concurso la importancia que tiene y se le reconoce su efecto, pero se llenan los vacíos y debilidades que presenta. Entonces, el resultado no es la discriminación ilegítima sino la ponderación de distintos factores, entre estos los que brindan las pruebas y números del concurso.

b. La sentencia reconoce en un principio la validez del sistema de escogencia entre los 5 primeros que estatuyen el decreto reglamentario 1950 de 1973 y la resolución 350 del 9 de julio de 1982 del Departamento Administrativo del Servicio Civil y la necesidad de estudiar en cada caso concreto y particular, como se admite ordinariamente en el derecho administrativo, si ha habido discriminación ilegítima por abuso o desviación del poder o falsa motivación. Dice, en efecto, en términos generales: “Si se demuestra que dicho trato diferente no está objetiva y razonablemente justificada, la respectiva actuación deberá ser excluida del ordenamiento por ser violatoria del principio de igualdad”. Más concretamente dice: “Un medio como la facultad discrecional de la administración puede ser adecuado y proporcional con relación al fin del buen servicio buscado, pero por su ejercicio inoportuno ser inconstitucional, al contrariar intereses legítimos de una persona mientras se encuentra en determinadas circunstancias. La oportunidad en el uso de un medio está condicionada a

las circunstancias del caso concreto". Igualmente se desprende de otros pasajes que se trata de desnudar el caso concreto.

Sin embargo -y esto es duramente censurable- sin ninguna explicación lógica o forma alguna de distinción, salta de un momento a otro a criticar las normas en sí y en su contenido general, aparte de cualquier caso concreto en que se apliquen y sea que se apliquen o no razonable y equitativamente; por eso concluye con este "dictum" general e indiferenciado: "...las normas que por su indeterminación al otorgar facultades discrecionales a la autoridad permitan un trato discriminatorio deberán ser excluidas del ordenamiento y, mientras ello así sucede, deberán ser inaplicadas en el caso concreto para evitar la vulneración del principio de igualdad"; y por lo mismo, sin ninguna autoridad para ello y en abierto desafío a nuestro sistema constitucional y legal, termina decidiendo una inaplicabilidad por inconstitucionalidad general y no limitada al caso concreto, en razón del caso concreto y para el caso concreto -como aparece en el numeral 2o. de la parte dispositiva- que es lo lógico, técnico y procedente (art. 29-6, Decreto 2591,91).

c. Finalmente, como lo dije en las reuniones pertinentes, creo que somos jueces constitucionales y no administradores y que el expediente no daba base ninguna para pensar que se hubiese conculcado ningún derecho al peticionario y se hubiese caído en la arbitrariedad y la discriminación; creo que las normas son constitucionales por las razones apuntadas y, además, que la Sala abusó de sus poderes en la declaratoria dicha, contenida en su parte resolutive, y al ordenar un nombramiento supuestamente basado en el resultado de un concurso que ella ni siquiera conoció.

Fecha ut supra.

JAIME SANIN GREIFFENSTEIN

Magistrado