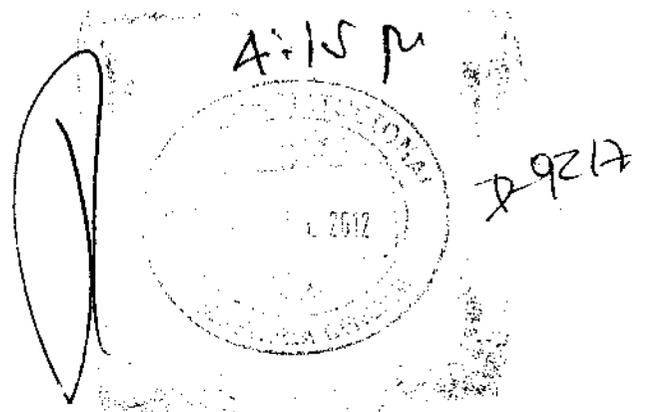


Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.



Referencia: **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD**
Norma Acusada: Artículo 182 (parcial) del Decreto Ley 262
de 2000.

JUAN EVANGELISTA SOLER REYES, ciudadano colombiano en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.261.098 expedida en Bogotá, actuando en mi propio nombre y representación, concurre respetuosamente ante ustedes, en ejercicio del derecho constitucional consagrado en el numeral 6 del artículo 40 de la Constitución Política y de conformidad con las disposiciones del Decreto Ley 2067 de 1991, a presentar demanda de inconstitucionalidad en contra de parte del numeral 2 del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000 de la siguiente manera:

I.- NORMA ACUSADA.-

Se trata de la expresión "Procurador Judicial" contenida en el numeral 2 del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000 que a continuación se transcribe:

DECRETO 262 DE 2000
(febrero 22)

Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el numeral 4 del artículo primero de la Ley 573 de 2000, y oído el concepto del Procurador General de la Nación,

DECRETA:

[...]

ARTICULO 182. CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS. *Los empleos, de acuerdo con su naturaleza y forma de provisión, se clasifican así:*

- 1) *De carrera*
- 2) *De libre nombramiento y remoción*

Los empleos de la Procuraduría General de la Nación son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción.

Los empleos de libre nombramiento y remoción son:

- *Viceprocurador General*

- *Secretario General*
 - *Tesorero*
 - *Procurador Auxiliar*
 - *Director*
 - *Jefe de la División Administrativa y Financiera del Instituto de Estudios del Ministerio Público*
 - *Procurador Delegado*
 - **Procurador Judicial**
 - *Asesor del Despacho del Procurador*
 - *Asesor del Despacho del Viceprocurador*
 - *Veedor*
 - *Secretario Privado*
 - *Procurador Regional*
 - *Procurador Distrital*
 - *Procurador Provincial*
 - *Jefe de Oficina*
 - *Jefe de la División de Seguridad*
 - *Agentes adscritos a la División de Seguridad y demás servidores cuyas funciones consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos, cualquiera sea la denominación del empleo.*
- 3) *De período fijo: Procurador General de la Nación.*

[...]

II.- NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS.

Con el aparte normativo que se acusa se están vulnerando los artículos 1, 2, 13, 40 numeral 7, 125, 279 y 280 de la Constitución Política.

III.- RAZONES DE LA VULNERACIÓN.

3.1.- El sistema de carrera para acceder, permanecer y ascender a la función pública.

Sea lo primero afirmar que a voces del artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en todos los órganos y entidades del Estado son de carrera con las excepciones previstas en la propia Carta, esto es los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción y los de trabajadores oficiales, y aquellas que la ley prevea.

Siendo así no podemos hablar del sistema de carrera administrativa solamente, sino del sistema de carrera como aquel mediante el cual por mandato constitucional se deben proveer los cargos en todos los órganos y entidades del Estado, lo que incluye la carrera judicial (art. 256), la carrera notarial (art. 130) y la carrera militar (art. 217) o policial (art. 218), a mas de los regímenes especiales de carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil (art. 266), de la Contraloría General de la República (art. 268), de la Procuraduría General de la Nación (art. 279), de la Fiscalía General de la Nación (art. 253) y de algunas entidades de la administración pública, dentro del mecanismo establecido por el Constituyente para el acceso de los ciudadanos a los cargos públicos.

No se puede entender de otra forma por las siguientes razones:

i)- Porque el artículo 125 constitucional se encuentra inmerso dentro del Capítulo 2, Título V, de la Carta que se refiere a la función pública y no a la administración pública.

ii)- Porque la previsión constitucional se refiere expresamente a todos los empleos en los órganos y entidades del Estado.

iii)- Porque el artículo 130 de la Constitución al establecer una Comisión Nacional del Servicio Civil, la encarga de la vigilancia y administración de las carreras de los servidores públicos, salvo las que tengan carácter especial.

Y es que el artículo 125 de la Carta es una norma que desarrolla el principio democrático y participativo tendiente a lograr un orden político, económico y social justo invocado en el Preámbulo de nuestra Norma de normas y que dimana hacia las premisas sentadas en los artículos 1 y 2 de la misma en donde se establece como definición de Colombia la de un Estado Social de Derecho organizado bajo la forma de una república democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general y dentro de cuyos fines esenciales se encuentran los de servir a la comunidad, *promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

En tal dirección, las previsiones establecidas en los artículos 13 y 40-7 constitucionales, establecen las condiciones para que en igualdad y sin ninguna discriminación los ciudadanos accedan al desempeño de los cargos públicos para lo cual, la propia Carta indica como regla general, deberán someterse a un concurso público en el cual el mérito y la calidad personales son los determinantes (art.125), *de suerte que sean los mejores quienes laboren en los órganos y las entidades estatales.*

De otra parte, para garantizar la independencia de ciertas entidades, la Constitución previó que en ellas el sistema de carrera fuera especial y administrado por ellas mismas y, finalmente, estableció mediante el artículo 21 transitorio que las normas que desarrollaran los principios de carrera para el acceso, permanencia y ascenso de los servidores públicos a la función pública *se expidieran de manera inmediata, concediendo al Congreso el plazo de un (1) año para expedirlas, determinando que si así no se hacía el Presidente de la República lo haría en el término de tres (3) meses y dando un plazo de seis (6) meses contados a partir de la expedición de dichas normas para que los nominadores las aplicaran.*

Le interesaba al Constituyente que se aplicara el sistema de carrera lo mas pronto posible entre otras cosas porque la denominada *“lucha contra el clientelismo”*; ese sistema de recomendaciones, favores y recobros políticos mediante el cual se accedía a los cargos estatales antes de la expedición de nuestra Constitución Política; había sido uno de los aspectos centrales de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente.

Por tal razón, la Corte Constitucional ha establecido como lo hizo en la Sentencia C-588 de 2009 lo siguiente:

La Corte Constitucional ha afirmado, con base en las previsiones constitucionales, que la carrera administrativa, en cuanto instrumento más adecuado ideado por la ciencia de la administración para el manejo del elemento humano en la función pública es la regla general que admite las excepciones expresamente contempladas en la misma disposición superior glosada, y su aplicación como mecanismo para el acceso al empleo público, tiene plena justificación. Asimismo, dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, la carrera administrativa es, un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución, cuando se la desconoce en conjunto con otras garantías constitucionales, y en el caso presente, la carrera administrativa no constituye un referente aislado, pues sus relaciones con distintos contenidos constitucionales se despliegan en tres órdenes, relativos al cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al respeto del principio de igualdad, todo lo cual demuestra que en el caso que ahora ocupa la atención de la Corte, la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución y que su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta adoptada en 1991.

Se concluye entonces que el sistema de carrera es una expresión más del derecho fundamental de igualdad aplicado concretamente a la manera como los integrantes del conglomerado pueden participar en la conformación del Estado a través del acceso a los cargos públicos.

Por otra parte, el sistema de carrera es una garantía para el conglomerado de que los fines del Estado se cumplan efectivamente al permitir que las personas que ocupan los cargos dentro del mismo sean los mejores en cuanto a méritos y calidades.

Por ello, la Corte Constitucional, en la C-901 de 2008, ha dicho lo siguiente:

La carrera administrativa persigue unos fines específicos, a saber: (i) la realización de los principios de eficiencia y eficacia para el desarrollo de la función pública; (ii) la realización del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública; (iii) la dotación de una planta de personal capacitado e idónea que preste sus servicios conforme lo requiera el interés general; y (iv) la estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines.

En suma, ha dicho la Corte que el sistema de carrera es un principio constitucional y que la ley, al fijar sus alcances debe ceñirse a los límites establecidos en la Carta:

Desde época temprana la Corte advirtió que es indispensable fijar criterios para determinar hasta dónde llega la carrera administrativa y sobre el particular precisó que las excepciones deben contar con fundamento legal, que “el legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera”, lo cual significa que “la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción” y que, en todo caso, “debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada”.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, “para que la función del legislador tenga cabal desarrollo con estricto apego a la normativa fundamental, es necesario que, al expedirse la ley, se considere de manera objetiva cuál es el papel que juegan los distintos cargos dentro de la estructura del Estado y que se evalúe el tipo de funciones a ellos asignadas, con el fin de deducir cuáles resultan incompatibles con el sistema de carrera y cuáles, por el contrario, interpretando el telos de los preceptos constitucionales, encajan dentro de él”.

Así las cosas, cuando se excluya del régimen de carrera administrativa un cargo y falte un principio de razón suficiente que justifique la exclusión, “prima la regla general, establecida por la Constitución, esto es, la carrera administrativa”, pues la Constitución de 1991 “estableció un régimen que reforzó las garantías en favor de la prioridad de la Carrera Administrativa, que opera como principio especial del ordenamiento jurídico, y que antecede y prevalece ante el régimen de libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos”.

La competencia del legislador para determinar las excepciones a la carrera administrativa se ejercita debidamente, “siempre y cuando no altere la naturaleza de las cosas, es decir, mientras no invierta el orden constitucional que establece como regla general la carrera administrativa, ni afecte tampoco la filosofía que inspira este sistema”, ya que la alteración de ese orden se traduce, además, en la incorporación de “discriminaciones injustificadas o carentes de razonabilidad”.

3.2.- Los agentes del Ministerio Público.

El Ministerio Público según nuestra Constitución es un órgano de control autónomo e independiente encargado de la guarda y la promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

De conformidad con el artículo 118 de la Constitución Política el Ministerio Público es ejercido por el Procurador General de la Nación, el Defensor del

Pueblo, los procuradores delegados, los agentes del Ministerio Público ante las autoridades jurisdiccionales, los personeros municipales y los demás funcionarios que la ley determine.

Como se observa, desde la propia Carta se hace referencia a unos servidores públicos denominados "*agentes del Ministerio Público ante las autoridades jurisdiccionales*" los cuales, dentro de la evolución institucional corresponden a aquellos funcionarios que en vigencia de la Constitución de 1886 se denominaban fiscales del Consejo de Estado, de los tribunales administrativos, de los tribunales superiores de distrito judicial, de los juzgados superiores y de circuito.

Tal fue la razón por la cual la Asamblea Nacional Constituyente promulgó el artículo 27 transitorio según el cual "*[l]as actuales fiscalías de los juzgados superiores, penales del circuito y superiores de aduana, y de orden público, pasarán a la Fiscalía General de la Nación. Las demás fiscalías se incorporarán a la estructura orgánica y a la planta de personal de la Procuraduría. El Procurador General señalará la denominación, funciones y sedes de estos servidores públicos, y podrá designar a quienes venían ejerciendo dichos cargos, conservando su remuneración y régimen prestacional.*"

Ahora bien, siendo claro que el Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público (art. 275), institución esta que es ejercida por varios órganos y funcionarios (art. 118) dentro de los cuales se encuentran los agentes del Ministerio Público ante las autoridades jurisdiccionales de un lado, pero de otro los procuradores delegados; ¿qué diferencia existe entre estos y aquellos?

La Corte Constitucional en la Sentencia C-245 de 1995 se aproximó al tema de la siguiente manera:

A juicio de la Corte, podría establecerse una diferenciación entre delegado y agente del Procurador, de la siguiente manera:

El delegado es un alter ego del Procurador, hace las veces de éste, y lo vincula plena y totalmente. Aquí opera la figura de la representatividad, por cuanto el delegado actúa en nombre del delegante. Es una transferencia de la entidad propia -en nivel jurídico, no real- a otro, con tres notas: plena potestad, autonomía de ejecución y confianza intuitu personae. En cambio, el agente obra en desarrollo de una función antes que en nombre de una persona, pero siempre está bajo la subordinación de otro superior, ante quien responde y de quien puede cumplir órdenes específicas para un asunto determinado. En este orden de ideas, los procuradores delegados son agentes, pero se advierte que todo delegado tiene indirectamente una función de agente, pero no todo agente es necesariamente delegado.

No obstante lo dicho antes, no existen en la Constitución criterios concretos para diferenciar los delegados de los agentes del Procurador, pues lo cierto es que unos y otros desarrollan funciones y actúan en representación del Procurador en el cumplimiento de las tareas que son propias del Ministerio

Público, salvo en lo atinente a las funciones que privativamente corresponde a aquél en los términos de los artículos 242-2-4 y 278 constitucionales.

Tanto los unos como los otros, en razón de la inmediatez del vínculo funcional con el Procurador, traducen su inspiración, voluntad y las directrices de su política general en lo relativo a la actividad de control que constitucionalmente se les atribuye. Pero obviamente, la asignación de funciones por la ley y la delegación de funciones que pueden recibir, conlleva cierta autonomía e independencia para realizarlas y la radicación en cabeza de dichos delegados y agentes de la consiguiente responsabilidad, sin que ello comporte ruptura del vínculo jerárquico y funcional con el Procurador en su condición de supremo director del Ministerio Público.

Dicha autonomía e independencia, aun cuando relativa según se ha visto, se predica con mayor propiedad de los delegados o agentes del Procurador ante las autoridades jurisdiccionales, dado que actúan como verdadera parte o sujeto procesal en los procesos en que está prevista su intervención, en los cuales están habilitados para realizar los actos procesales correspondientes, acorde con la ley. Es así como se ha previsto la intervención de delegados o agentes del Procurador ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y ante las diferentes instancias de las jurisdicciones penal, civil, de familia y laboral.

No obstante advierte la Corte, que la autonomía e independencia con que actúan los delegados y agentes del Procurador se predica frente a los funcionarios ante los cuales ejercen sus funciones, más no con respecto al Procurador General de la Nación, del cual son dependientes o subordinados.

No obstante lo anterior, existe otra diferencia entre los procuradores delegados y los agentes del Ministerio Público y es que dada la trascendencia de la labor que desempeñan los agentes del Ministerio Público ante las autoridades jurisdiccionales, la propia Carta estableció que las personas que fueran a ocupar dichos cargos tendrían las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo.

En otras palabras, dada su condición de representantes de los intereses de la sociedad y su condición de sujetos procesales especiales encargados de intervenir en los procesos judiciales en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales, la Constitución fijó ella misma que dichos funcionarios tendrían que cumplir con los mismos requisitos exigidos a aquellas personas que ocuparan los cargos de jueces o magistrados.

En palabras de la Corte Constitucional: *“En estas condiciones, el alcance del art. 280 no puede ser otro, acorde con la finalidad de garantizar los intereses públicos o sociales, que el que **los delegados y agentes del Procurador ante la rama jurisdiccional, como colaboradores activos en la labor de administrar justicia, en cuanto ayudan al juez al discernimiento***

de lo que es justo y ajustado al imperio de la ley, deban poseer las mismas calidades intelectuales, culturales y morales de los magistrados y jueces ante quienes ejercen el cargo, e igualmente gozar, en lo que atañe al aspecto económico vinculado a su situación laboral, de las mismas categorías, remuneración, derechos y prestaciones sociales.” (Sentencia C-245 de 1995) (Subrayamos).

3.3.- Los procuradores judiciales.

El cargo de procurador judicial, dentro de la estructura de la Procuraduría General de la Nación tiene las funciones establecidas en los artículos 37 al 48 del Decreto Ley 262 de 2000 dentro de las cuales se encuentran las de intervenir ante la jurisdicción en los procesos judiciales como agentes del Ministerio Público.

En efecto, el artículo 41 del Decreto Ley 262 de 2000 establece que “[l]os procuradores judiciales tienen la condición de agentes del Ministerio Público, para lo cual intervendrán ante las autoridades judiciales indicadas en los artículos siguientes, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y lo dispuesto por el Procurador General. Igualmente, intervendrán en los trámites de conciliación.”

Y en los artículos que siguen establece que los procuradores judiciales con funciones de intervención en los procesos penales actuarán ante los **Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los juzgados especializados, penales y promiscuos del circuito, de ejecución de penas y medidas de seguridad, las salas jurisdiccionales disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura**, las unidades de fiscalía y de policía judicial y demás autoridades judiciales que señale la ley (art. 42); los procuradores judiciales con funciones de intervención en los procesos penales militares actuarán ante las autoridades judiciales que conozcan procesos penales militares distintas de la Corte Suprema de Justicia y ante las demás autoridades judiciales que señalen el Procurador General o el Procurador Delegado bajo cuya coordinación se encuentren (art. 43); los procuradores judiciales con funciones de intervención en los procesos contencioso administrativos actuarán ante los **tribunales y los juzgados administrativos**, ante los tribunales de arbitramento, cámaras de comercio y asociaciones profesionales gremiales que conozcan procesos contencioso administrativos y demás autoridades que señale la ley (art. 44); los procuradores judiciales con funciones de intervención en los procesos civiles actuarán ante las **salas civiles de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los juzgados civiles de circuito y municipales**, los tribunales de arbitramento que conozcan procesos civiles y demás autoridades que señale la ley, cuando sea necesario para defender el orden jurídico, el patrimonio público, las garantías y derechos fundamentales, individuales, colectivos o del ambiente (art. 45); los procuradores judiciales con funciones de intervención en los procesos agrarios actuarán ante las **salas civiles y agrarias de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y ante los juzgados de circuito y municipales**, los tribunales de arbitramento que adelanten procesos agrarios y demás autoridades que señale la ley, cuando sea necesario para defender el orden jurídico, el patrimonio público, las garantías y derechos fundamentales, individuales, colectivos o del ambiente (art. 46); los procuradores judiciales con funciones de intervención en los procesos de familia actuarán ante las **salas de familia de los Tribunales de Distrito Judicial, los juzgados de familia, promiscuos de familia y de menores** y demás autoridades que señale la ley, cuando sea necesario para

defender el orden jurídico, el patrimonio público, las garantías y derechos fundamentales, individuales, colectivos o del ambiente (art. 47) y los procuradores judiciales con funciones de intervención en los procesos laborales actuarán ante las **salas laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los juzgados laborales**, los tribunales de arbitramento a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo y demás autoridades que señale la ley, cuando sea necesario para defender el orden jurídico, las garantías y derechos fundamentales, individuales o colectivos de los trabajadores y pensionados o de las minorías étnicas (art. 48).

3.4.- Los procuradores judiciales y su relación jerárquica con el Procurador General de la Nación.

El artículo 2 del Decreto Ley 262 de 2000 establece la estructura orgánica de la Procuraduría General de la Nación y dentro de ella se observa que los procuradores judiciales dependen de los procuradores delegados así:

1. NIVEL CENTRAL

1.1. DESPACHO DEL PROCURADOR GENERAL

1.1.1. Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales

1.1.2. Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios

1.1.3. Dirección Nacional de Investigaciones Especiales

1.1.4. Oficina de Planeación

1.1.5. Oficina de Selección y Carrera

1.1.6. Oficina de Control Interno

1.1.7. Oficina de Prensa

1.1.8. Oficina Jurídica

1.1.9. Oficina de Sistemas

[...]

1.4. PROCURADURÍAS DELEGADAS

1.4.1. Procuradurías Judiciales

De la misma manera, el párrafo 2 del artículo 48 del decreto en comento establece que “[l]os procuradores judiciales dependen directamente de los procuradores delegados que ejercen funciones de coordinación y vigilancia administrativa respecto de ellos.”

Por otra parte, de la lectura del Decreto 265 de 2000, con el que se establece la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación, se desprende que los procuradores judiciales ocupan un lugar jerárquico mediano dentro de la entidad, sus cargos se encuentran dentro de la planta globalizada en tanto que los procuradores delegados están dentro de la planta fija del nivel central.

En tales condiciones, en los términos legales, los procuradores judiciales siendo agentes del Ministerio Público ante las autoridades jurisdiccionales [tribunales y juzgados] no mantienen una relación jerárquica inmediata con el Procurador General de la Nación al punto que “[...] intervendrán ante las autoridades

judiciales indicadas en los artículos siguientes, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y lo dispuesto por el Procurador General.” (art. 41 del dcto. 262 de 2000). De suerte que si bien deben acatar las disposiciones del Procurador General, como todos los demás funcionarios de la Procuraduría, además de las disposiciones constitucionales y legales, disponen de autonomía e independencia al momento de emitir su juicio de valor ante las autoridades jurisdiccionales en relación con el fondo de los procesos en los que actúan.

3.5.- El artículo 280 de la Constitución Política.

El artículo 280 de la Constitución Política establece que “[l]os agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo.” (Se resalta por quien esto suscribe).

Tal como se expresó anteriormente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-245 de 1995 se aproximó al tema encontrando que la justificación de la norma superior acabada de transcribir se encuentra en que los agentes del Ministerio Público “ayudan al juez al discernimiento de lo que es justo y ajustado al imperio de la ley” y en consecuencia deben “poseer las mismas calidades intelectuales, culturales y morales de los magistrados y jueces ante quienes ejercen el cargo.”

Y está bien que sea así, pues la administración de justicia es una función pública de especial sensibilidad dentro de las sociedades organizadas, pero además, porque estos servidores tienen además de la función de intervención ante las autoridades jurisdiccionales, otras funciones como la de actuar como conciliadores en materias tan delicadas como los asuntos de familia y los de lo contencioso administrativo.

3.6.- Las calidades exigidas para ser Juez o Magistrado de Tribunal.

Debemos partir aquí de diferenciar los conceptos de “requisitos” y de “calidades” ya que la norma constitucional hace referencia a estas y no a aquellos.

Los requisitos son objetivos pues hacen referencia a una circunstancia o condición: edad, nacionalidad, grado académico, tiempo de experiencia, etc., se demuestran con documentos.

Las calidades son subjetivas, se refieren a propiedades inherentes a algo o a alguien que permiten juzgar su valor: conocimiento, sabiduría, honestidad, rectitud, don de gentes, etc., no se pueden demostrar con documentos, es necesario realizar un análisis más profundo de las personas para determinar sus calidades.

Por eso la Corte Constitucional habla de calidades intelectuales, culturales y morales de los magistrados y jueces.

Pues bien, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia estableció, en desarrollo de las normas constitucionales, que la manera de determinar las calidades de los magistrados y de los jueces así como de los otros empleados de la Rama Judicial, es el concurso de méritos.

No de otra manera puede entenderse el hecho de que el artículo 130 de la Ley 270 de 1996 establezca que *"son de Carrera los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial"*.

Sobre el concurso de méritos ha dicho la Corte Constitucional en la ya citada Sentencia C-588 de 2009:

6.1.1.1.3. El mérito y el concurso

De conformidad con la interpretación que de las disposiciones superiores ha realizado la Corte Constitucional, la carrera administrativa "se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público", mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los principios generales de la carrera administrativa se enfocan "todos ellos a la eficacia del criterio del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público" y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general.

Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa. Así pues, el sistema de concurso "como regla general regula el ingreso y el ascenso" dentro de la carrera y, por ello, "el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos", pues sólo de esta manera "se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual 'el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes'".

El concurso es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios "subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante".

A propósito del mérito y del concurso, importa poner de manifiesto que, de conformidad con reiterada jurisprudencia constitucional, el concurso ha de evaluar "todos y cada uno de los factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo en la administración pública", incluidos aquellos factores en los cuales "la calificación meramente objetiva es imposible", pues "aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones podría determinar la selección, como sería, por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc.".

La inclusión de los factores dotados de un componente subjetivo dentro de la evaluación propia del concurso tiene la finalidad de evitar eventuales abusos, dado que, sin desconocer el matiz subjetivo que caracteriza a la solvencia moral, la aptitud física o el sentido social, lo cierto es que del ámbito de la carrera administrativa "es preciso desterrar la arbitrariedad y, justamente, para ese propósito se ha ideado el concurso".

La evaluación de factores objetivos y subjetivos, tiene, a juicio de la Corte, una consecuencia adicional que es la designación de quien ocupe el primer lugar. En efecto, de acuerdo con la Corporación, "cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación", pues de nada serviría el concurso si, a pesar de haberse realizado, "el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias".

La Corte respondió así a la situación evidenciada por la iniciación de múltiples procesos de tutela "en los que los accionantes se quejan de haber concursado para ingresar a un cargo de carrera administrativa y, a pesar de haber obtenido un puntaje superior al de quien en últimas se nombró, fueron excluidos con el argumento de la falta de idoneidad moral y social de los concursantes".

Estos criterios han sido reiterados y así, por ejemplo, en la Sentencia C-041 de 1995 la Corte condicionó la exequibilidad de un precepto que sólo se refería a "la conformación de la lista de elegibles" a que se entendiera que esa lista debería estructurarse "en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso" y que "el ganador del concurso deberá ser el nominado y que efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán de acuerdo con las personas que sigan en estricto orden descendente".

De igual modo, en la Sentencia C-037 de 1996 la Corporación condicionó la exequibilidad del artículo 166 del proyecto que luego se convirtió en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, a que el nombramiento debería recaer sobre el

candidato que ocupara el primer lugar, dado que el mencionado artículo se limitaba a establecer una lista de elegibles al menos conformada por cinco candidatos.

Se trata, entonces, de erradicar "el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo", propósito que guía no sólo al régimen general de carrera administrativa, sino también a los especiales que son de índole constitucional y a los específicos que son "de estipulación legal". En efecto, según la jurisprudencia constitucional, todos los empleos de carrera administrativa se encuentran sometidos al principio del mérito y en este sentido, aún los específicos de creación legal carecen de identidad propia, es decir, no son autónomos e independientes, puesto que, en realidad, constituyen "una derivación del régimen general de carrera, en cuanto que, debiendo seguir sus principios y postulados básicos, sólo se apartan de éste en aquellos aspectos que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades, justificándose, en estos casos, la expedición de una regulación complementaria más flexible", pero "manteniendo en todo caso los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia".

Mérito es sinónimo de calidad pues es aquello que hace que tengan valor las cosas.

Pero además, al determinar que dichos cargos son de carrera, se estableció un derecho a favor de quienes los ocupan después de haber obtenido los mejores resultados en el correspondiente concurso de méritos: *"la estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines"*.

3.7.- Conclusiones.

El aparte acusado vulnera las normas constitucionales enunciadas por cuanto deja por fuera de la carrera de la Procuraduría General de la Nación a los cargos de procurador judicial los cuales deben ser proveídos mediante la regla general establecida en la Constitución, pues no cumplen con los requisitos para que el legislador los excluya de esta.

Un análisis sistemático de las disposiciones constitucionales citadas como vulneradas, permite concluir que cuando el artículo 280 de la Carta estableció que los agentes del Ministerio Público deben cumplir con las mismas calidades requeridas para los funcionarios judiciales ante quienes ejercen su labor, obligó al legislador a establecer los mismos criterios de selección por méritos para seleccionar a estos y a aquellos.

Al no haberlo hecho así, el legislador, extraordinario en este caso, al expedir el Decreto Ley 260 de 2000 debió haber tenido en cuenta que la Ley 270 de 1996 había ya determinado que los magistrados de los tribunales y los jueces del país para acceder a dichos cargos debían someterse a concurso de méritos y una vez en ellos adquirirían derechos de carrera y en consecuencia era su obligación constitucional establecer que los agentes del Ministerio Público que

actúan ante ellos accedieran a sus cargos a través del concurso de méritos y tuvieran los derechos de carrera.

Al no hacerlo, se vulneraron las normas constitucionales en su conjunto, se dejó en manos del querer del Procurador General de turno el nombramiento de los representantes de la sociedad ante la autoridad jurisdiccional, se desconoció el derecho de aquellos ciudadanos que por sus méritos tendrían derecho a acceder al ejercicio de esas dignidades en condiciones de democracia y de igualdad y se sacrificaron tanto la eficiencia como la eficacia de la función pública en cuanto al ejercicio del Ministerio Público. Todos estos valores y principios de rango constitucional.

VI.- COSA JUZGADA.

Dado que sobre el aparte normativo objeto de esta demanda se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-146 de 2001, es necesario realizar aquí algunas precisiones a cerca del porqué quien esto suscribe considera que no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada al respecto.

En la Sentencia C-774 de 2001, la Corte realizó el siguiente análisis organizado y sistemático sobre este tema:

“En este sentido la Jurisprudencia de la Corte ha ido perfilando una serie de categorías conceptuales que delimitan el alcance de la cosa juzgada constitucional de manera tal que se garanticen tanto el objetivo de seguridad jurídica que tiene la cosa juzgada, como las garantías ciudadanas propias del proceso de constitucionalidad, y en particular el derecho que tiene quien inicia un proceso constitucional a obtener decisiones de fondo sobre las concretas pretensiones de inconstitucionalidad que presente.

Las siguientes consideraciones se constituyen en umbrales de cada categoría que no agotan su desarrollo y alcance, pero que sirven de base para ilustrar el alcance de los pronunciamientos que en el presente proceso de constitucionalidad habrá de hacer la Corte en la parte Resolutiva de la Sentencia.

a) De la cosa juzgada aparente.

Ha dicho la Corte que la cosa juzgada es apenas aparente, cuando la declaratoria de constitucionalidad de una norma, carece de toda motivación en el cuerpo de la providencia. En estos eventos “...la absoluta falta de toda referencia, aun la más mínima, a las razones por las cuales fue declarada la constitucionalidad de lo acusado...”, tiene como consecuencia que la decisión pierda, “...la fuerza jurídica necesaria para imponerse como obligatoria en casos ulteriores en los cuales se vuelva a plantear el asunto tan sólo supuesta y no verdaderamente debatido...”. Es decir que en este caso es posible concluir que en realidad no existe cosa juzgada y se permite una nueva demanda frente a la disposición anteriormente declarada exequible y frente a la cual la Corte debe proceder a “... a resolver de fondo sobre los asuntos que en anterior proceso no fueron materia de su examen y en torno de los cuales cabe

indudablemente la acción ciudadana o la unidad normativa, en guarda de la integridad y supremacía de la Constitución..”

B) De la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material.

La cosa juzgada formal se presenta “...cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su estudio...”, o, cuando se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual. Esta evento hace que “...no se pueda volver a revisar la decisión adoptada mediante fallo ejecutoriado...”

Por su parte, la cosa juzgada material, “...se [presenta] cuando no se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino de una disposición cuyos contenidos normativos son idénticos. El fenómeno de la cosa juzgada opera así respecto de los contenidos de una norma jurídica...”

Esta restricción tiene sustento en el artículo 243 de la Constitución Política, según el cual “ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto declarado inexecutable por razones de fondo...”. De este modo la reproducción integral de la norma, e incluso, la simple variación del giro gramatical o la mera inclusión de un elemento normativo accesorio por parte de legislador, no afecta el sentido esencial de la disposición, y entonces se concluye que sobre la misma opera el fenómeno de la cosa juzgada.

Cuando una disposición es declarada inexecutable, la cosa juzgada material produce como efecto, una limitación de la competencia del legislador (ordinario o extraordinario), que le impide reproducir el contenido material de la norma que no se ajusta a la Carta Fundamental, y en el evento que ello ocurra la Corte debe proferir un fallo de inexecutable por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política.

Cuando es declarada executable una disposición, el fenómeno de la cosa juzgada material, produce como regla general la imposibilidad para la Corte Constitucional de pronunciarse sobre la materia previamente resuelta, ya que puede conducir a providencias contradictorias que afecten la seguridad del ordenamiento jurídico, o alteren la confianza legítima de los administrados en la aplicación de la Constitución, o vulneren el principio de la igualdad.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la especial naturaleza de la cosa juzgada constitucional, es necesario advertir, que de manera excepcional, resulta posible que el juez constitucional se pronuncie de fondo sobre normas que habían sido objeto de decisión de executable previa. El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba

modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva - aún cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental -, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de "Constitución viviente" puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica.

C) De la cosa juzgada absoluta y de la cosa juzgada relativa:

Se presenta cosa juzgada absoluta cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexequible en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional.

La cosa juzgada relativa se presenta de dos maneras:

- Explícita, cuando "...la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma puede ser nuevamente reexaminada en el futuro..", es decir, es la propia Corte quien en la parte resolutive de la sentencia limita el alcance de la cosa juzgada "...mientras la Corte Constitucional no señale que los efectos de una determinada providencia son de cosa juzgada relativa, se entenderá que las sentencias que profiera hacen tránsito a cosa juzgada absoluta..."

- Implícita, se presenta cuando la Corte restringe en la parte motiva el alcance de la cosa juzgada, aunque en la parte resolutive no se indique dicha limitación, "...en tal evento, no existe en realidad una contradicción entre la parte resolutive y la argumentación sino una cosa juzgada relativa implícita, pues la Corte declara exequible la norma, pero bajo el entendido que sólo se ha analizado determinados cargos...". Así mismo, se configura esta modalidad de cosa juzgada relativa, cuando la corte al examinar la norma constitucional se ha limitado a cotejarla frente a una o algunas normas constitucionales, sin extender el examen a la totalidad de la Constitución o de las normas que integran parámetros de constitucionalidad, igualmente opera cuando la Corte evalúa un único aspecto de

constitucionalidad; así sostuvo que se presenta cuando: "... el análisis de la Corte está claramente referido sólo a una norma de la Constitución o a un solo aspecto de constitucionalidad, sin ninguna referencia a otros que pueden ser relevantes para definir si la Carta Política fue respetada o vulnerada..".

En el análisis de cosa juzgada en cada proceso concreto, le corresponde a la Corte desentrañar en cada caso y frente a cada disposición, si efectivamente se puede predicar la existencia de cosa juzgada, absoluta o material, o si, por el contrario, se está presente ante una cosa juzgada aparente o relativa que permita una valoración de la norma frente al texto constitucional, en aras de garantizar tanto la integridad y supremacía de la Carta como la de los fines y valores propios de la institución de la cosa juzgada. (subraya la propia Corte).

Pues bien, en el presente caso nos encontramos ante la existencia de cosa juzgada aparente en los términos en los que el concepto es explicado por la Corte Constitucional pues tenemos que en la Sentencia C-146 de 2001 la corte no profundizó sobre los motivos que la llevaban a declarar la exequibilidad de la misma expresión demandada en este caso.

Se limitó en ese entonces la Corte a manifestar que "[e]n efecto, igual que ocurre con los Procuradores Delegados, los Procuradores Judiciales son agentes directos del Procurador frente a los despachos judiciales ante los que actúan como Ministerio Público. Y la Corte examinó la dependencia directa de esta clase de empleados del Ministerio Público, al decidir sobre la constitucionalidad de normas que incluídas en la Ley 27 de 1992 y en la Ley 201 de 1995, en lo sustancial, es el mismo, como ya se recordó en esta sentencia."

Olvidó la Corte en dicha sentencia que cuando se examinaron las normas anteriores al Decreto Ley 262 de 2000, esto es las leyes 27 de 1992 y 201 de 1995, no había sido expedida la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia – Ley 270 de 1996 – y por lo tanto no existía la norma que establece las calidades requeridas para ser magistrado de tribunal o Juez.

Por tales razones, consideramos que en el caso presente no existe cosa juzgada que impida a la Corte pronunciarse de fondo sobre el contenido normativo demandado.

VII.- COMPETENCIA DE LA CORTE.

La Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda por cuanto la norma acusada está contenida en un Decreto expedido en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas mediante la Ley 573 de 2000.

Señores Magistrados,


JUAN EVANGELISTA SOLER REYES

C.C. No. 19.261.098 de Bogotá