

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
-SALA DE DECISION EN TUTELA-

Magistrado Ponente

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 33

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos diez (2010)

VISTOS

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta contra el fallo de fecha 27 de octubre de 2009 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, por medio del cual resolvió negar la tutela invocada por FERNANDO FERNÁNDEZ

CELEDÓN en contra de la Fiscalía General de la Nación y la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso.

I. ANTECEDENTES

Fueron reseñados en el fallo de primera instancia así:

“El señor FERNANDO FERNÁNDEZ CELEDÓN, participó en la convocatoria No. 001 de 2007, que la Comisión Nacional de Administración de carrera de la Fiscalía General de la Nación, adelantó para proveer cargos de Fiscal Delegados ante Jueces Municipales y Promiscuos, entre otros.

Luego de superar las pruebas correspondientes, el señor Fernández Celedón obtuvo un puntaje final que lo ubicó en el puesto No. 604, siendo incluido en el registro de elegibles para provisión de cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos, optando como sede Valledupar (Cesar).

No obstante a pesar de que el 24 de noviembre del año 2008,

fue publicado el registro definitivo de elegibles y haber elevado varias solicitudes al Fiscal General de la Nación, para que procediera al nombramiento, el señor Fernández Celedón, no ha sido designado en uno de los 744 cargos a proveer para los cuales concursó.

Bajo ese contexto, el accionante estima que la injustificada demora en su nombramiento, ha conllevado a vulneración de sus derechos fundamentales a la Igualdad y al debido proceso.”

II. RESPUESTA DE LA AUTORIDAD ACCIONADA

La Fiscalía se opuso a las pretensiones de la acción de tutela, arguyendo que: i) la protección invocada vulnera mandatos constitucionales tales como el Acto Legislativo 01 de 2008; ii) a la fecha la Fiscalía no se ha sustraído arbitrariamente de su obligación de aplicar el registro de elegibles; iii) el actor ocupa el lugar 241 y 298 (sic) en el registro de elegibles y según el informe de personal se han realizado 156 nombramientos, no pudiendo efectuar su designación de manera inmediata y en desmedro de

las personas que ocupan un mejor lugar; iv) los nombramientos se realizan a nivel nacional y no seccional; y, v) la jurisprudencia de las Altas Cortes no ha sido unánime frente a la temática planteada.

III. EL FALLO IMPUGNADO

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Valledupar negó el amparo invocado por el actor por cuanto: i) en aplicación del Acto Legislativo 01 de 2008 se suspendió el concurso de méritos y el que fue reactivado con ocasión de la sentencia C-588 de 2009 que declaró su inexequibilidad; ii) el libelista ocupa en el registro de elegibles el puesto 605 por lo que debe esperar a que el procedimiento de nombramiento se efectúe con las 604 personas con igual derecho y por delante de él -ello al nivel nacional-; iii) no fue acreditado el perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez constitucional; iv) la publicación del registro de elegibles no genera automáticamente el derecho a

ser nombrado, toda vez que el procedimiento para proveer los cargos conlleva el agotamiento de una serie de situaciones administrativas en las cuales se debe tener en cuenta el derecho de aquellos aspirantes que ostentan mejor posición; y, v) es evidente el interés por parte de la oficina de personal de la Fiscalía en aplicar el sistema de carrera, lo que descarta una conducta omisiva por parte de la accionada quien no puede burlar los procedimientos que un concurso de tal tipo implica.

IV. IMPUGNACIÓN

El actor impugnó el fallo arguyendo que: i) los accionados han desconocido injustificadamente que los nombramientos en prueba deben realizarse en el menor tiempo posible, como se desprende de la Ley 909 de 2004 y el Decreto–Ley 1227 de 2005; ii) el Fiscal no sólo está desconociendo el régimen legal precisado, sino además mandatos judiciales por los cuales se ha insistido en ello; iii) la Corte Constitucional en sentencia C-588 del 27 de agosto de

2009 declaró la inexecutable del Acto Legislativo No. 01 de 2008 y dejó sin efectos los nombramientos realizados con ocasión del mismo; iv) se le está causando un perjuicio irremediable en la medida que el registro de elegibles está próximo a vencer precisamente por el retardo de los nombramientos; y, v) hacer los nombramientos en forma progresiva o ascendente además de constituir en una política institucional contraria a los postulados superiores como la transparencia, corrección y eficacia, es una omisión arbitraria e injusta que lesiona ostensiblemente bienes fundamentales como la igualdad.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Debidamente prevalida de competencia se encuentra la Corte para conocer del recurso toda vez que la decisión fue proferida por la Sala Penal de un Tribunal Superior de Distrito siendo la Corte su superior funcional.

De la procedencia de la tutela para conjurar el agravio

No tiene duda la Sala de Decisión sobre la procedencia del amparo constitucional para enmendar el agravio inferido por la Fiscalía en contra del accionante FERNANDO FERNÁNDEZ CELEDÓN, porque si bien pudiera parecer que concurre una circunstancia adversa a la intervención del juez constitucional, la que no es distinta a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial que eximiría a la Corte en sede de tutela de su estudio, no es menos cierto que la jurisprudencia constitucional tiene dicho que la existencia de un tal mecanismo de defensa judicial ha de ser examinado en cada caso en aras de determinar la plena eficacia de la protección; por lo que le resulta ineludible al juez constitucional un examen pausado del caso en particular, postura que entraña la consistencia propia de un Estado Social de Derecho como que no puede quedar el individuo inerme frente a la protección de sus derechos fundamentales por vía del mecanismo constitucional por la mera concurrencia de otro instrumento judicial, no obstante carezca de plena efectividad y

por sobre todo de actualidad.

Entonces, se impone afirmar que la Corte –como lo ha hecho en ocasiones anteriores- determinó la procedencia de la acción de tutela ante la inminencia de la vulneración de los derechos y la eficacia relativa que en un momento dado podría concurrir en el trámite contencioso administrativo al que se vería avocado indefectiblemente el actor –no el agotamiento de una petición del actor a la entidad demandada-.

Dado que en la presente ocasión y –al no advertirse circunstancia alguna que legitime el cambio de postura- le corresponde a la Corporación seguir el precedente judicial que ha venido aplicando en similar temática, apoyado a su vez en distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional que en esencia recogen planteamientos que se comparten ampliamente como los siguientes, a ellos se acude nuevamente:

“También, las mencionadas sentencias examinaron la

procedencia de la tutela en los casos de desconocimiento de listas de elegibles, y, se consideró que a pesar de existir otros medios de defensa judicial, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en aras de preservar los derechos fundamentales de quienes integran las listas, y el término de un (1) año de vigencia de las mismas, la acción de tutela, según el caso concreto, puede ser procedente. Se observó al respecto :

"La ineficacia de medios judiciales como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el contencioso administrativo para salvaguardar los derechos fundamentales de quienes ganaron el concurso público o hacen parte de la lista de elegibles correspondiente, y no son nombrados para ocupar las vacantes existentes, bien por la decisión del ente nominador de no tener en cuenta la pluricitada lista o por pretermitir el orden en que ésta fue integrada, hacen de la tutela, la vía expedita para la protección de los derechos fundamentales de los respectivos concursantes (sentencias T-256, T-286, T-298, T-326, T-433 de 1995, T-455 de 1996, SU-133, SU-134, SU-135, SU-136, T-380 de 1998, entre otras), pues, la perentoriedad misma de los resultados del concurso y de la lista de elegibles -por lo general de un (1) año-, así como los derechos fundamentales que están involucrados en éstos, hacen de las acciones ordinarias medios ineficaces para su debida protección.(sentencias T-719 y 783 citadas)¹"

El problema jurídico

De la situación fáctica planteada se desprende que el accionante cuestiona la omisión de la Fiscalía General de la Nación y de la Comisión Nacional de Carrera en la provisión de cargos de

¹ Sentencia T-071 de 1999.

carrera en dicha entidad conforme a los Acuerdos No. 001-2007² y 007 del 24 de noviembre de 2008³, cuya inaplicación considera lesiva de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas.

Desde ya anuncia la Corte que el fallo objeto de impugnación ha de ser revocado como que imperiosa se torna la concesión del amparo conforme con los principios básicos que inspiran el Estado Social de Derecho, que proscriben -entre otras cosas- que ciudadanos y ciudadanas deban permanecer en la indefinición de los distintos asuntos administrativos que le conciernen ante lo incierto de los distintos plazos.

Este postulado tiene relación intrínseca con el derecho fundamental a un debido proceso, límite al poder del Estado y garantía de protección de los derechos del individuo, en la medida que ninguna autoridad puede -sin esperar control- ejercer la

² Por medio del cual se convocó a concurso para cargos de Fiscal delegado ante Jueces Penales y Promiscuos Municipales.

³ Con el cual se conformó el registro definitivo de elegibles.

función pública a su arbitrio, sin ceñirse con rigor a los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política que en últimas persiguen privilegiar la vigencia de un orden justo.

La razón de ser del concurso de méritos es justamente dar prelación a aquellas personas que han obtenido la mayor calificación para acceder a unos cargos determinados, lo que en este caso particular justifica el amparo constitucional, impartiendo la orden al nominador de la institución en el sentido de suspender la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, para lo cual es necesario sujetarse a las decisiones de la Corte Constitucional en orden a culminar la aplicación del sistema de carrera mediante los concursos públicos de méritos, aspectos que resultan forzosamente inseparables; sobre la materia la Corte Constitucional ha dispuesto:

“5. La constitucionalidad condicionada de las disposiciones acusadas.

En el presente caso le corresponde a la Corte determinar (i) si el artículo 70 de la Ley 938 de 2004 vulnera las normas constitucionales que establecen que los empleos en las

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

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

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

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

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

La Corte advierte que tanto del inciso segundo del artículo 70 como del inciso segundo del artículo 76 se han derivado

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

En la sentencia T-131 de 2005, a la que se hace alusión en el acápite 3 de esta providencia, se constató que aun cuando la regla general sobre la provisión de cargos en la Fiscalía General de la Nación establece que los nombramientos deben ser en propiedad, dicha entidad no ha realizado todavía los concursos de mérito respectivos para proveer sus cargos. Por lo tanto, la mayoría de los cargos en la Fiscalía General de la Nación se encuentran ocupados en provisionalidad. Así, la excepción a la norma contemplada en el segundo inciso del artículo 70 de la Ley 938 de 2004 -“excepcionalmente, cuando no fuere posible proveer dicho cargo en la forma anteriormente descrita, se procederá al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso generará derechos de carrera”-, se ha convertido en la regla general, lo que genera una vulneración directa a los derechos fundamentales de las personas que desean acceder a la carrera de la Fiscalía General de la Nación en condiciones de igualdad. De la misma manera, dicha situación vulnera los artículos 125 y 253 de la Constitución, al ir en contravía de los principios que orientan el ejercicio de la función pública en la Fiscalía General de la Nación.

Al respecto cabe reiterar que, al momento de proferir la sentencia T-131 de 2005, la Corte constató que ya habían sido superados los obstáculos que, según la Fiscalía General de la Nación, le impedían realizar los concursos. Igualmente, es importante repetir que el artículo 5 del Acto Legislativo 03 de 2002 dispone que “el nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre de 2008”. Por lo tanto, la nueva estructura de la

Fiscalía General de la Nación debe estar en pleno funcionamiento para ese momento, fecha que constituye también un plazo límite razonable, además de claro, preciso y pertinente, para que el régimen de carrera se encuentre implementado a cabalidad en esa entidad, o sea, para que éste haya culminado.

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

Por lo tanto, la Corte procederá a declarar la exequibilidad del primer inciso del artículo 70 de la Ley 938 de 2004, en el entendido de que a más tardar el 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación deberá haber culminado la aplicación del sistema de carrera en la entidad, mediante los concursos públicos de mérito correspondientes. (lo subrayado fuera de texto)⁴.

Ahora bien, la Ley 938 de 2004 estableció en el artículo 66 la finalidad para la cual se conforma el registro de elegibles y el 67 la manera como se debe llevar a cabo la provisión de los cargos:

ART. 66.-Registro de elegibles. *Con base en los resultados del concurso se conformará el registro de elegibles para la provisión de los cargos a proveer y las vacantes que se presenten durante*

⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C- 279 del 18 de abril de 2007

su vigencia, la cual será de dos (2) años.

(La comisión nacional de administración de la carrera de la Fiscalía General de la Nación reglamentará la actualización del registro.)⁵

(Igualmente, la comisión nacional de administración de la carrera de la Fiscalía General de la Nación podrá utilizar este registro para proveer cargos equivalentes o de inferior grado.)⁶

ART. 67.-Provisión de los cargos. *Se efectúa en estricto orden descendente con quienes ocupen los primeros puestos en el registro de elegibles.*

Pues bien, al estudiar la exequibilidad de los artículos 54, 56, 60, 62, 65, 66 y 71 de la Ley 938 de 2004 la Corte Constitucional reiteró su posición en torno al plazo señalado en la sentencia C-279 de 2007, en los siguientes términos:

“La situación de los concursos que se desarrollan actualmente

12. En la sentencia T-131 de 2005⁷, la Sala Tercera de Revisión ordenó, en el numeral tercero de la parte resolutive, que, en el marco de su autonomía, el Fiscal General de la Nación debía disponer lo necesario para implementar el sistema de carrera en la institución, para lo cual debía fijar un cronograma y los indicadores de resultado pertinentes para poder hacer un seguimiento de los avances logrados en la ejecución del plan.

⁵ Inciso declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-878 de 2008

⁶ Ídem.

⁷ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Posteriormente, en la Sentencia C-279 de 2007⁸ la Corte, luego de hacer referencia a la Sentencia T-131 de 2005, declaró la exequibilidad del inciso primero del artículo 70 de la Ley 938 de 2004, “en el entendido de que a más tardar el 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación deberá haber culminado la aplicación del sistema de carrera mediante los concursos públicos de mérito correspondientes.”

Es un hecho notorio que en este momento la Fiscalía General de la Nación adelanta concursos para la provisión de los cargos de carrera de la entidad. La pregunta que surge es qué debe ocurrir con los concursos en proceso, dado que ellos se realizaron con base en los reglamentos dictados por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación.

La Corte considera que los concursos convocados en cumplimiento de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional deben culminar en el plazo señalado en la sentencia C-279 de 2007, y de conformidad con las reglas establecidas por la convocatoria correspondiente. Las normas que serán declaradas inexecutable en este proceso estaban amparadas por la presunción de constitucionalidad en el momento en que los concursos se iniciaron. Además, todos los participantes en el concurso se inscribieron de buena fe y aceptaron las condiciones establecidas en esos reglamentos y tienen derecho a que se aplique en su favor la garantía de la confianza legítima, lo cual significa en este caso que el concurso llegue hasta su final bajo las normas que habían sido anunciadas desde un principio.

Al respecto es importante mencionar que la jurisprudencia de la Corte ha sido consistente en afirmar que los participantes en los concursos de mérito para ocupar una posición pública tienen derecho a que se preserven las reglas con las que se convocaron e iniciaron las oposiciones. A manera de ejemplo, en la Sentencia C-1040 de 2007,⁹ la Corte analizó las objeciones presidenciales al proyecto de ley “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notario y se hacen algunas modificaciones a la Ley 588 de 2000.” Varias normas del proyecto modificaban las reglas bajo las cuales se estaba

⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. La sentencia contó con un salvamento parcial de voto del magistrado Humberto Sierra Porto.

realizando en ese instante el concurso de notarios.

En la sentencia la Corte reconoció que la potestad de configuración del legislador “lo habilita para determinar la forma y método con que debe diseñarse el concurso para proveer cargos de notarios. No obstante, la potestad de libre configuración no puede desconocer derechos de los aspirantes y, por esa vía, no puede afectar principios constitucionales íntimamente ligados a esos derechos. Por ello la Corte acepta que, en términos generales, las normas aquí estudiadas no quebrantan la Constitución, pero que sí lo hacen si son aplicables al concurso que se celebra en cumplimiento de la orden de la Corte, en detrimento de quienes ya están participando en él.”

Luego, la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 8° del proyecto, que expresamente indicaba que “[c]ualquier concurso para notario que en la actualidad se esté desarrollando, deberá adecuarse a lo preceptuado en esta ley.” Expresó la Corte que esta orden de adecuación del concurso a las nuevas normas implicaba “un cambio inconstitucional en las condiciones de acceso al concurso”:

“Tal como se indicó precedentemente, los concursos de méritos para acceder a cargos públicos deben fundarse en la transparencia, en la igualdad de oportunidades, en la publicidad y en la objetividad en la calificación de los aspirantes. Estas exigencias permiten que el concurso sea respetuoso de los derechos de los aspirantes, que su evaluación efectivamente se dirija a calificar sus condiciones personales, profesionales, técnicas y académicas, y que la designación final de los cargos se haga de manera justa, equitativa y objetiva, y no por razones de favoritismo, clientelismo, amistad, nepotismo, etc., que nada tienen que ver con el mérito de quienes aspiran a ocupar un cargo público.¹⁰

“Una de las consecuencias que se deriva de este haz de garantías es que las bases del concurso deben respetarse de principio a fin.

10 “sólo cumpliendo esos objetivos, que se traducen en captar a los mejores y más capaces para el servicio del Estado, éste, el Estado, está en capacidad de garantizar la defensa del interés general, pues descarta de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, entre otros, y en cambio fomenta la eficacia y eficiencia de la gestión pública” (Sentencia C-478 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

La modificación de los criterios de calificación transforma las reglas aplicables al concurso que son las que deben regir hasta el momento de su culminación.

“En distintas ocasiones la Corte Constitucional ha considerado que el cambio de las reglas de juego de los concursos para provisión de cargos públicos constituye vulneración de los derechos fundamentales de los aspirantes. El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la autoridad irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 2º C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, y, en fin, distintos principios de raigambre constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc, se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características. Adicionalmente, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y a evaluación.

“(…)

“Así las cosas, la Corte Constitucional considera que el artículo 8º del proyecto de ley es inconstitucional, y así lo hará saber en la parte resolutive de este fallo, pues sin atender al contenido de las disposiciones del mismo, ordena que las mismas se acoplen, se

ajusten al concurso que se convocó por orden de la Sentencia C-421 de 2006, con lo cual, de un lado, se vulneran los principios de confianza legítima y tratamiento igualitario de los concursantes, pues se modifican las condiciones de participación que fueron establecidas en la convocatoria del concurso, y del otro, impide el cumplimiento efectivo de la orden impartida en la Sentencia C-421 de 2006, pues la adecuación del concurso que ya se inició a las condiciones previstas en el proyecto implicaría un retraso en la culminación del concurso o, en el peor de los casos, su reapertura.”

“Por lo tanto, a pesar de que en la presente sentencia se declarará la inconstitucionalidad de las facultades otorgadas por la Ley 938 de 2004 a la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación para reglamentar los concursos de la Fiscalía, los concursos de mérito que ya se iniciaron en esa entidad deben seguir su proceso y culminar de acuerdo con lo establecido en los reglamentos que en su momento fueron dictados por la mencionada Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía. Todo ello con el fin de preservar los principios de publicidad y transparencia de las actuaciones de la administración, de conferirle vigencia al principio de buena fe y a la garantía de la confianza legítima, y de garantizar el principio de igualdad y el derecho de acceso a los cargos públicos de las personas que ya se encuentran participando en los concursos de méritos.

Por otra parte, es claro que la regla anterior no cabe para aquellos concursos que no se han iniciado todavía. Esos nuevos concursos habrán de ceñirse a la ley que debe dictar el Congreso de la República para reglamentar los concursos de la Fiscalía, tal como lo exige la Constitución. No obstante, puede darse el caso de que dicha ley específica no sea adoptada. Esta circunstancia no debe impedir el goce efectivo del derecho a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad, mediante un sistema de méritos que asegure el ingreso con base en criterios objetivos, ni impedir que opere en la Fiscalía una carrera que ponga fin a los nombramientos en provisionalidad. Mientras el Congreso no expida la ley correspondiente, los futuros concursos se ceñirán, en su orden, a las normas pertinentes de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y de la Ley 909 de 2004. En este sentido, es importante reiterar que los actos administrativos que

adopte la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación deben circunscribirse a los aspectos técnicos y operativos necesarios para poder ejecutar las leyes aplicables en la materia. En la medida en que tales reglamentos son solo actos administrativos para los concursos futuros, su ámbito se circunscribe al propio de los aspectos técnicos y operativos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes aplicables en el contexto específico de la Fiscalía General de la Nación”¹¹.

Como consecuencia de ello en la parte resolutive del fallo aludido se dispuso lo siguiente:

“Tercero.- Los concursos convocados en cumplimiento de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional deben culminar en el plazo señalado, de conformidad con las reglas establecidas por la convocatoria correspondiente. Los nuevos concursos se sujetarán a la ley que debe expedir el Congreso de la República y, entre tanto, a la Ley Estatutaria de la administración de Justicia y a la Ley 909 de 2004”.

De todo lo anterior se desprende con suma claridad que sí existe un término para realizar los nombramientos conforme al registro de elegibles, que venció el 31 de diciembre de 2008, plazo que hasta el día de hoy se ha desatendido, tal como lo reclama el accionante.

¹¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-878 de 10 de septiembre de 2008.

Por otra parte la Sala estima que si bien el concurso de la fiscalía revistió alguna complejidad en cuanto a su realización, este es un tema ya agotado porque desde el 24 de noviembre de 2008 existe una lista definitiva de elegibles destinada a proveer los cargos en los distintos niveles de la institución, actuación que se impone como corresponde a una comprensión integral de los principios de vocación constitucional que rigen la función pública: debido proceso, mérito, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, etc., pero, además, porque resulta inexcusable el desconocimiento de la Fiscalía General de la Nación a las decisiones judiciales que sobre el tema ha reiterado la Corte Constitucional¹².

Entonces, para la Corte es indiscutible que la pretensión formulada en la demanda tiene vocación de prosperidad como que resultan insuficientes los argumentos esgrimidos por la fiscalía para pretermitir el nombramiento de FERNANDO

¹² Sentencias T-131 de 2005, C-279 de 2007 y C-878 de 2008 entre otras.

FERNÁNDEZ CELEDÓN -entre otros-, pues si bien es cierto ya se activó en algunas convocatorias el procedimiento de nombramientos, las entidades no pueden demorar injustificadamente y so pretexto de reajustes en planta o procedimientos subsiguientes los derechos que cabeza de los aspirantes se han consolidado, pues la potestad bajo la cual realizan estas actividades no se ofrece absoluta, como que debe existir un límite razonable y objetivo de tiempo para agotar esa labor, de donde surge que el transcurrido desde el pasado 24 de noviembre de 2008 hasta la fecha es más que proporcionado y suficiente; ello por cuanto no resultaría constitucionalmente admisible que le quede como única alternativa a los concursantes la posibilidad de esperar el interminable transcurso del tiempo viendo cómo su derecho se frustra.

Por otra parte, también es razonable considerar que si las personas que ocupan los primeros lugares en el registro definitivo de elegibles aún no ejercitan las acciones con el fin de que se les designe en los cargos para los cuales concursaron, esto no

significa que el derecho de los demás participantes comprendidos dentro del rango de los cargos convocados sea de inferior categoría o “una mera expectativa”¹³, porque no se puede olvidar que el concurso adelantado por vez primera en la Fiscalía con apoyo de la comunidad internacional¹⁴, tuvo por objeto **conjurar una situación de hecho inconstitucional** a la que no se le puede hacer el esguince pretextando “**ajustes de planta**” en los que ya se han invertido varios años, pues de otra manera no se entendería que desde el 9 de septiembre de 2007 la Fiscalía hubiese convocado un número determinado de plazas a proveer por concurso¹⁵, las que dicho sea de paso no constituyen el total de los cargos que posee el ente a nivel nacional.

¹³ Tratamiento erróneamente dado por algunos a la situación de quienes figuran en la lista de elegibles dentro del número de cargos convocados a concurso, pues en verdad se trata de un derecho consolidado por virtud de las características particulares de un concurso para implantar el régimen de carrera en la institución, donde no cabe la facultad de examen previo de necesidad del servicio aplicable sí en los eventos ordinarios en que se trata de llenar vacantes.

¹⁴ MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA - UNION EUROPEA, PROYECTO “FORTALECIMIENTO DEL SECTOR JUSTICIA PARA LA REDUCCIÓN DE LA IMPUNIDAD EN COLOMBIA” Convenio No. ALA/2004/016-831.

¹⁵ 744 cargos de Fiscal delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos (convocatoria 001-2007), 732 cargos de Fiscal delegado ante Jueces del Circuito (convocatoria 002-2007), 298 cargos de Fiscal delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializado (convocatoria 003-2007); 52 cargos de Fiscal delegado ante Tribunal de Distrito Judicial (convocatoria 004-2007), 2.247 cargos de Asistente de fiscal I, II, III y IV (convocatoria 005-2007) y 624 cargos de Asistente judicial IV (convocatoria 006-2007).

Dígase aquí en torno a consideración anterior, que la Fiscalía no puede ofrecer como argumento válido para soslayar el deber de producir los nombramientos el hecho de que quienes aprobaron el concurso deban agotar (o no hayan agotado) algún procedimiento previo, como sería el velar peticiones en tal sentido, dado que aprobado el concurso, haciendo parte del registro de elegibles definitivo y ubicado dentro del número de cargos a proveer, el o la aspirante adquiere el constitucional y legal derecho a ser designado.

Por otra parte, tampoco es de recibo para este caso la invocación de ajustes de personal sobrevinientes por efecto del acto legislativo No. 001 de 2008 para dilatar los nombramientos conforme al registro de elegibles, en la medida que dicho Acto fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-588/09¹⁶, por modo que la vía de hecho alegada por el impugnante es inexistente. De manera que agotadas las diferentes fases del

¹⁶ Corte Constitucional, comunicado de prensa No. 37 del 27 de agosto de 2009

proceso de selección al haberse publicado el registro definitivo de elegibles, resta únicamente los nombramientos en período de prueba, como se precisa en la Ley 938 de 2004.¹⁷

De otro lado, y reiterando un pronunciamiento¹⁸ de esta misma Sala dígase que, por el conocimiento que tiene, originado en la diversidad de tutelas que ha tramitado y definido, se sabe que las convocatorias efectuadas en su momento no cobijaron el número de cargos totales a proveer en el país, desde luego atendiendo las diversas jerarquías (fiscales locales, seccionales, especializados, etc.), existiendo en cambio muchos aspirantes que –por aprobar el concurso- forman parte del registro de elegibles, sin que –por ahora- éstos tengan cabida en las designaciones que en carrera se están ejecutando, tal como ocurre con la aquí demandante.

Aún así, piensa la Sala que el concurso de esa forma convocado

¹⁷ Es de anotar que frente a este punto la Sala de Decisión en Tutelas No. 3 de esta Magistratura recogió su criterio y con ocasión de la declaratoria de inconstitucionalidad amparó los derechos deprecados en un caso similar. Véase Radicado 45796 del 14 de enero de 2010.

¹⁸ Radicado 45237 del 16 de diciembre de 2009

jamás podrá concebirse como limitado o restringido al número de cargos consignados en las convocatorias, que –como todo parece indicar- no alcanza siquiera al 50% de la totalidad de los actualmente existentes, de tal modo que agotada prioritariamente la provisión de los convocados, los restantes integrantes del registro de elegibles adquirirán el derecho a que en orden de posicionamiento sean designados en carrera en el cargo para el que concursaron y aprobaron.

La razón del anterior planteamiento es muy clara: una convocatoria para proveer plazas en carrera, como fruto de un concurso, ha de efectuarse y/o entenderse (como en el actual que se surte en la Fiscalía) para la totalidad de cargos correspondiente a cada categoría. De valorarse este concurso en forma distinta, esto es, la restringida que se aludió antes, ello equivaldría a realizar una nueva convocatoria y un nuevo concurso para cubrir en su totalidad la planta de fiscales, lo cual – además de absurdo- comportaría un derroche de recursos, rayando en una conducta reprochable y eventualmente

sancionable.

Un ingrediente adicional: si conforme al artículo 66 de la Ley 938 de 2004, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, el registro de elegibles tiene una vigencia de dos años, contabilizados desde luego a partir de noviembre 24 de 2008, fecha en que por el resultado del concurso fue conformado el señalado registro de elegibles, no hay duda que ese período de vigencia –al día de hoy- ya cuenta con menos de un año para tornarse ineficaz, evento que podría abortar las aspiraciones de quienes oportunamente participaron en el concurso, se sometieron a sus reglas y superaron las pruebas, adquiriendo el derecho a su designación dentro del número de vacantes nacionales a proveer. La precitada norma reza:

ARTÍCULO 66. REGISTRO DE ELEGIBLES. Con base en los resultados del concurso se conformará el Registro de elegibles para la provisión de los cargos a proveer y las vacantes que se presenten durante su vigencia, la cual será de dos (2) años.

Las anteriores razones llevan a la Sala -como ya se había anunciado- a amparar los derechos fundamentales a un debido proceso, igualdad y acceso a cargos y función pública invocados por el accionante FERNANDO FERNÁNDEZ CELEDÓN, debiendo para ello ordenar al señor Fiscal General de la Nación culminar la aplicación del sistema de carrera en la entidad proveyendo los cargos a que se refieren las distintas convocatorias publicadas el 9 de septiembre de 2007, con el registro de elegibles de que trata el Acuerdo 007 del 24 de noviembre de 2008 donde figura la accionante, decisión que se torna obligada por tratarse de aspectos inescindibles y para preservar el derecho constitucional a la igualdad de los demás participantes en dicho concurso.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo del 27 de octubre de 2009 proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Valledupar, y en su lugar **AMPARAR** los derechos fundamentales a un debido proceso, igualdad y acceso a cargos y función pública de FERNANDO FERNÁNDEZ CELEDÓN.

Segundo.- ORDENAR al señor Fiscal General de la Nación que en el término de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a culminar la aplicación del sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación proveyendo los cargos a que se refieren las convocatorias 001-2007, 002-2007, 003-2007, 004-2007, 005-2007 y 006-2007 con el registro de elegibles publicado mediante acuerdo 007 del 24 de noviembre de 2008, donde figura la accionante FERNANDO FERNÁNDEZ CELEDÓN, de acuerdo con las razones consignadas en la motivación que antecede.

Tercero.- Notifíquese esta decisión en la forma prevista por el Decreto 2591 de 1.991.

Cuarto.- Remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

(IMPEDIDO)

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

