



## Sentencia 938/10 de 2010 Corte Constitucional

Sentencia SU938/10

Sentencia SU-938/10

ACCION DE TUTELA CONTRA EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Caso en que Magistrado del Tribunal del Distrito de Tunja fue retirado del servicio judicial en ejercicio de la facultad prevista en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797/03 por cumplir requisitos para obtener pensión de jubilación

FIJACION DE REGLAS EN MATERIA DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA EN ACCIONES DE TUTELA-Análisis de los Autos 124 y 198 de 2009

ORDENAMIENTO COLOMBIANO-Relación entre leyes ordinarias y leyes estatutarias

DERECHOS FUNDAMENTALES-Facetas subjetiva y objetiva

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Sentido del contenido del derecho, permanencia en los mismos como parte del contenido y protección por vía de tutela

CARRERA JUDICIAL-Mandato de organización del poder judicial

RAMA JUDICIAL-Causales de retiro de los empleados de carrera/CARRERA JUDICIAL-Fundamento y alcance de las causales de retiro contenidas en la LEAJ

SERVIDORES PUBLICOS-Causales de retiro contenidas en la Ley 797 de 2003 y sentencia C-1037 de 2003

RAMA JUDICIAL-Aplicación de las disposiciones de la Ley 797 de 2003-ley ordinaria- a los empleados y funcionarios

ACCION DE TUTELA CONTRA EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Vulneración al debido proceso y derecho al trabajo por haber sido separado del cargo por reunir requisitos para obtener pensión de jubilación en contra de su voluntad

ACCION DE TUTELA CONTRA EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Orden de designar en la primera vacante de iguales o similares condiciones que se presenten en el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Distrito Judicial al accionante

Referencia: expediente T-2262000

Acción de tutela instaurada por Luis Humberto Otálora Mesa contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C. veintitrés (23) de noviembre de dos mil diez (2010).

La Sala Plena de la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las de los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de segunda instancia proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.

### I. ANTECEDENTES

El señor Luis Humberto Otálora Mesa identificado con cédula de ciudadanía n. 19.093.749 de Bogotá interpuso acción de tutela, sustentando su solicitud en los siguientes

#### Hechos

1.- El señor Otálora perteneció a la rama judicial desde el mes de febrero de 1974 y hasta el mes de marzo de 2008.

2.- Desde el día 16 de mayo de 1990 se venía desempeñando como magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

3.- El día tres de marzo de 2008 le fue notificada la resolución PSAR07 619 de 19 de diciembre de 2007, cuya parte resolutiva previó “[r]etirar del servicio al Dr. Luis Humberto Otálora Mesa, identificado con cédula de ciudadanía No. 19 093.749 de Bogotá, quien se desempeña como Magistrado de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Tunja, con arreglo a la parte motiva de esta Resolución.”, retiro que operaría “a partir de la fecha de inclusión en nómina de pensionados, debidamente certificada por la Caja Nacional de Previsión Cajanal E.I.C.E.”-folios 24 a 27-.

4.- En contra de la mencionada resolución interpuso recurso de reposición que fue resuelto por resolución PSAR08-49 de 25 de marzo de 2009, en la que se confirmaba la resolución recurrida.

5.- Que el 22 de febrero de 2008, antes de la separación definitiva del cargo, el Grupo de Nómina de la Caja Nacional de Previsión Social expidió constancia de que el señor Otálora Mesa fue incluido en la Nómina General de Pensionados, todo esto con base en el parágrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003 -folio 28-.

#### Solicitud de tutela

Por lo anterior el accionante solicita la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la honra, al buen nombre y a la igualdad y, en consecuencia, ser restituido en su cargo sin solución de continuidad.

Respuesta de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

A través del Director de la Unidad de Administración de la Carrera Judicial se pronunció el Consejo de la Judicatura observando que:

- La resolución de retiro del servicio del magistrado Otálora Mesa cumplió con todas las condiciones procedimentales que son exigidas para los actos administrativos de ese tipo.
- La misma se basó en lo establecido para dichos casos por el acuerdo 1911 de 16 de julio de 2003, cuya legalidad y constitucionalidad fueron confirmadas por el Consejo de Estado por medio de sentencia 4773-03 de 27 de octubre de 2005.
- El acuerdo 1911 de 2003 desarrolla, para el caso concreto de los servidores de carrera pertenecientes a la rama judicial, el procedimiento necesario para dar aplicación al parágrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003<sup>1</sup>.
- En la mencionada disposición legal se prevé la facultad del ente administrador para disponer unilateralmente del retiro de los servidores públicos, siempre y cuando se sigan las exigencias previstas por la sentencia C-1037 de 2003, en donde se examinó la constitucionalidad del artículo referido.
- Para el Consejo Superior de la Judicatura es claro que el legislador ordinario podía establecer causales de retiro del servicio para la rama judicial diferentes a las previstas en la ley estatutaria de la administración de justicia, lo cual, según el tutelado, fue avalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2003 y por el Consejo de Estado al estudiar la legalidad del acuerdo 1911 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.
- Adicionalmente, considera que no se demostró el perjuicio que sufriría el accionante y que lo legitimaría para acudir a la acción de tutela, teniendo en cuenta que actualmente recibe una pensión superior a los diez millones de pesos.

Por las razones expuestas anteriormente solicita no conceder la protección solicitada por el accionante.

## II. ACTUACIONES PROCESALES

### Nulidad de lo actuado por falta de competencia

La presente acción de tutela fue interpuesta ante el Consejo de Estado, autoridad que en auto de 28 de abril de 2008 se declaró incompetente para conocer del asunto y decidió que se enviara a la Corte Suprema de Justicia, correspondiéndole en reparto a la Sala de Casación Laboral, que mediante sentencia de 25 de julio de 2008 negó la solicitud de amparo por concluir que la tutela resultaba improcedente para dejar sin efectos los actos administrativos contra los cuales se dirigía la acción.

En segunda instancia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia determinó que se presentaba una causal de nulidad por falta de competencia, en virtud a que los actos enjuiciados no eran fruto del ejercicio de competencia alguna de carácter jurisdiccional, sino que tenían una naturaleza administrativa, siendo competente para conocerlos un Tribunal o Consejo Seccional, pues se trata de actos proferidos por una autoridad pública del orden nacional –numeral 1º, del inciso 1º del decreto 1382 de 2000-. Por esta razón, y por medio de sentencia de dos de septiembre de 2008, se decretó la nulidad de todo lo actuado y se remitió el caso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para su conocimiento.

#### Fallo de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que existía otro mecanismo para la defensa judicial del derecho, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto complejo que lo retiró del servicio judicial, por lo que la acción de tutela no resultaba procedente en el presente caso. Agregó que el proceso contencioso administrativo no es ajeno a ninguna de las pretensiones que presenta el actor en su demanda, siendo ésta la vía natural y principal de discusión.

Tras estas consideraciones decidió rechazar por improcedente la acción de tutela -folio 171 cuaderno principal-

#### Impugnación del fallo

El actor impugnó el fallo argumentando, principalmente, que está dentro de la órbita del juez constitucional pronunciarse sobre la violación de los derechos laborales adquiridos como servidor en la rama judicial. Considera, igualmente, que le fueron desconocidos los derechos al debido proceso y a la dignidad al aplicar de la forma en que se hizo el acuerdo 1911 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, siendo esto materia que no excede las posibilidades de fallo del juez constitucional -folio 176-.

#### Fallo de segunda instancia

En sentencia proferida el siete de noviembre de 2008 la Sección Cuarta del Consejo de Estado confirmó el fallo del a quo por considerar demostrada la existencia de otro medio de defensa judicial y, a su vez, advertir la inexistencia de perjuicio irremediable que permita el amparo de los derechos invocados en la acción -folios 249 y 250-

#### Pruebas

Las pruebas que se aportaron al trámite de la referencia fueron las siguientes:

- i. Resolución 181 de seis de mayo de 1997 por la cual se actualiza la inscripción en el registro Nacional de Escalafón de la carrera Judicial del Dr. Luis Humberto Otálora Mesa en el cargo de Magistrado de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial -folio 19 cuaderno principal-.
- ii. Evaluaciones de servicio del accionante correspondientes a los años 2002, 2004, 2005 y 2006 -folios 20, 21, 22 y 23 del cuaderno principal-.
- iii. Resolución PSAR07-619 de diciembre 19 de 2007, por medio de la cual se retira del servicio al señor Luis Humberto Otálora Mesa en aplicación del parágrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003 -folios 24 a 27 del cuaderno principal-.
- iv. Constancia de inclusión del señor Luis Humberto Otálora Mesa en la nómina de pensionados de la Caja Nacional de Previsión Social a partir de mes de marzo de 2008 -folio 28 del cuaderno principal-.
- v. Resolución que confirma la PSAR07-619 de 2007 que decretó el retiro del accionante de la rama judicial -folios 32 a 36 del cuaderno principal-.

Son estas las actuaciones y pruebas que la Corte tendrá en cuenta en la resolución del presente caso.

#### Actuaciones surtidas en sede de Revisión

El Magistrado sustanciador mediante Auto de fecha 20 de agosto de 2010 ordenó vincular a quien fue designado (a) en la plaza que antes ocupaba el señor Otálora Mesa, en razón de garantizar el derecho de defensa a quien puede verse afectado (a) por el fallo de revisión. En este sentido en el mencionado Auto resolvió

"1. Ordenar que por la Secretaría General de esta Corporación, se ponga en conocimiento de la Magistrada María Romero Silva, o quien en el momento se encuentre en la plaza que antes ocupó el Dr. Luis Humberto Otálora Mesa en el Tribunal Superior de Tunja, el contenido del expediente T- 2262000, para que dentro de los tres (3) días siguientes a la recepción del presente auto ejerza su derecho de defensa y se pronuncie acerca de las pretensiones y el problema jurídico que plantea la aludida acción de tutela. Para tales efectos se remitirá copia de la totalidad del expediente." -folio 17 y 18 del cuaderno de revisión-

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

#### 1. Competencia

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución, en armonía con los artículos 33, 35 y 42 del decreto No 2591 de 1991. Además, su examen tiene lugar en virtud de la selección que de dicha acción hizo la Sala de Selección reunida el 14 de mayo de 2009, que se verificó en la forma señalada en el reglamento de la Corporación, y por la decisión de Sala Plena de la Corte de entrar a conocer directamente el asunto, debido a su complejidad e importancia constitucional.

#### 2. Presentación del caso y problema jurídico

En el presente caso se eleva ante la Corte la situación del señor Otálora Mesa quien fue retirado del servicio judicial en ejercicio de la facultad prevista en el parágrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003, que autoriza al empleador a tomar dicha decisión cuando el empleado cumple los requisitos para obtener pensión de jubilación. En desarrollo de dicha facultad la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante resolución de 19 de diciembre de 2007, procedió a retirar del servicio al señor Otálora Mesa, quien se desempeñaba como Magistrado del Tribunal del Distrito Judicial de Tunja.

Ante esta decisión el señor Otálora Mesa interpuso recurso de reposición que fue resuelto mediante resolución PSAR08-49 de 25 de marzo de 2008 en la que se confirmó la decisión tomada en diciembre de 2007, en el sentido de retirar del cargo al accionante.

El accionante interpuso acción de tutela contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura por el retiro del servicio y contra la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia por el nombramiento en provisionalidad de una nueva magistrada para el Tribunal de Tunja; interpuesta la acción ante el Consejo de Estado éste se declaró incompetente para conocerla y la remitió a la Corte suprema de Justicia -folios 58 a 61 del cuaderno principal-. La Sala de Casación Laboral de esta Corporación allegó conocimiento del asunto y, mediante sentencia de 25 de julio de 2008, resolvió declarar improcedente la acción interpuesta por exceder el campo de acción del juez constitucional; impugnado el fallo -folio 74 del cuaderno de tutela ante la Sala de Casación Laboral- éste pasó a conocimiento de la Sala de Casación Penal de dicha Corporación, quien por medio de sentencia de dos de septiembre decidió declarar la nulidad de todo lo actuado por considerar que la Corte Suprema de Justicia carecía de competencia para conocer del proceso en razón a que no se estudiaba un acto de naturaleza jurisdiccional sino administrativa, razón por la que su conocimiento correspondía a un Tribunal o un Consejo Seccional -folios 6 a 12 del cuaderno de tutela ante la Sala de Casación Penal-.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca avocó conocimiento y por medio de sentencia de siete de noviembre de 2008 declaró improcedente la acción de tutela de la referencia, por considerar que existen otros mecanismos de defensa judicial y que no se demostró perjuicio irremediable alguno -folios 166 a 180 del cuaderno principal-. Impugnada esta decisión correspondió a la Sección Cuarta del Consejo de Estado pronunciarse sobre el asunto por medio de sentencia de 19 de marzo de 2009 -folios 239 a 250 del cuaderno principal- por medio de la cual se confirmó en todas sus partes la sentencia de la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Siendo este el caso que se presenta ante la Sala, se encuentra que el problema jurídico a resolver, además de la procedencia de la acción para el caso concreto, consiste en determinar si a los funcionarios de la rama judicial les es aplicable la causal de retiro que prevé el parágrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003 -ley ordinaria- o si, por el contrario, las causales de retiro previstas por la ley 270 de 1996 -ley estatutaria de la administración de justicia- son las únicas aplicables a ellos. Para resolver este problema la Sala se referirá i. a la relación existente entre las leyes estatutarias y las leyes ordinarias en nuestro sistema de fuentes; ii. las facetas subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales; iii. el derecho de acceso y permanencia en cargos públicos; iv. el fundamento y los objetivos previstos por el sistema de carrera judicial; v. las causales de retiro de los servidores del poder judicial; y, finalmente, vi. se dará respuesta al caso concreto.

En virtud de la nulidad decretada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por falta de competencia para conocer del presente caso, la Sala considera necesario hacer mención a las reglas que rigen la competencia para conocer acciones de tutela y las pautas para su reparto entre los jueces competentes, tema que será tratado antes de entrar en las consideraciones propias del tema que ahora convoca a la Corte.

### 3. Las reglas relativas a la competencia en materia de tutela y los autos 124 y 198 de 2009

Antes de entrar en los temas relativos al asunto objeto de estudio resulta pertinente resaltar que en Auto 124 del mes de febrero de 2009 la sala Plena de la Corte precisó distintos aspectos relativos a la competencia en materia de tutela, tratando de evitar dilaciones injustificadas al momento de dar resolución a situaciones que involucraran aspectos iusfundamentales. La Corte aclaró la diferencia entre competencia, como presupuesto de conocimiento por parte de los funcionarios judiciales, y reparto, como distribución funcional de los casos de tutela entre los funcionarios competentes. En virtud a la trascendencia del tema tiene pleno sentido transcribir *in extenso* el aparte conclusivo de la mencionada providencia, en donde se determinó:

"Se tiene entonces que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que ha sido reiterada, las *únicas* normas que determinan la *competencia* en materia de tutela son el artículo 86 de la Constitución, que señala que ésta se puede interponer ante cualquier juez, y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, que establece la competencia territorial y la de las acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación. Mientras que el decreto reglamentario 1382 de 2000 contiene reglas de simple *reparto*.

"De lo anterior se desprenden entonces las siguientes reglas, las cuales son, simplemente, las consecuencias naturales de la jurisprudencia constitucional tantas veces reiterada por esta Corte:

(i) "Un error en la aplicación o interpretación de las reglas de competencia contenidas en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 puede llevar al juez de tutela a declararse incompetente (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación). La autoridad judicial debe, en estos casos, remitir el expediente al juez que considere competente con la mayor celeridad posible.

(ii) "Una equivocación en la aplicación o interpretación de las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1382 de 2000 *no* autorizan al juez de tutela a declararse incompetente y, mucho menos, a declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia. El juez de tutela debe, en estos casos, tramitar la acción o decidir la impugnación, según el caso.

(iii) "Los únicos conflictos de competencia que existen en materia de tutela son aquéllos que se presentan por la aplicación o interpretación del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación).

Estos serán decididos, en principio, por el superior jerárquico común de las autoridades judiciales involucradas o, en su ausencia, por la Corte Constitucional en su calidad de máximo órgano de la jurisdicción constitucional, de conformidad con las reglas jurisprudenciales que hasta el momento se han venido aplicando en esta materia.

(iv) "Ninguna discusión por la aplicación o interpretación del Decreto 1382 de 2000 genera conflicto de competencia, *ni siquiera aparente*.

Por tanto, en el caso de que dos autoridades judiciales promuevan un conflicto de competencia por este motivo, el expediente será remitido a aquella a quien se repartió en primer lugar con el fin de que la acción de tutela sea decidida inmediatamente, *sin que medien consideraciones*

adicionales relativas a las normas de reparto. Lo anterior no obsta para que esta Corporación o el superior funcional al que sea enviado un supuesto conflicto de competencia, proceda a devolver el asunto, conforme a las reglas de reparto del Decreto 1382 de 2000, en aquellos supuestos en que se presente una distribución caprichosa de la acción de tutela fruto de una manipulación grosera de las reglas de reparto contenidas en el mencionado acto administrativo, como sería el caso de la distribución equivocada de una acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial emanada de una de las Altas Cortes.”

Esta decisión de la Corte resaltó el carácter de protección sustancial que debe inspirar la regulación y solución de los aspectos formales de la tutela, evitando que por un supuesto conflicto de competencia el carácter de mecanismo expedito de la acción se diluya en discusiones sobre elementos procesales que obstaculicen la protección de derechos fundamentales.

Con fundamento en este principio de decisión recordó que no se generan conflictos de competencia por incumplimiento de las condiciones de reparto establecidas por el decreto 1382 de 2000 y, por tanto, que en estos casos el juez al que le fue asignado el proceso en primer lugar debe dar solución al mismo<sup>2</sup>.

La salvedad a esta regla general serán los eventos en que la asignación de la acción de tutela a funcionarios judiciales desconozca cualquier parámetro de asignación competencial o de reparto y, por consiguiente, se concluya que se está ante una decisión completamente arbitraria. En estos casos el conflicto deberá resolverse enviando el expediente al juez competente para conocer la instancia que se encuentre en discusión, de acuerdo con las normas de competencia establecidas en la Constitución, el decreto 2591 de 1991 y de reparto consagradas por el decreto 1382 de 2000. Casos como el descrito se presentarán, *verbigracia*, cuando una tutela contra providencia judicial no es asignada al superior jerárquico del funcionario que la profirió o, por supuesto, cuando tutelas contra providencias de las altas Cortes se asignan sin ningún fundamento en las condiciones de reparto establecidas por el ordenamiento. En este sentido se manifestó el auto 198 de 2009 que consagró

“Del mismo modo y con relación a la regla previamente citada, tales excepciones, se presentarían en los casos en los que se advierta una manipulación grosera de las reglas de reparto, como cuando se asigna el conocimiento de una demanda de tutela contra una Alta Corte, a un funcionario judicial diferente a sus miembros; o, necesariamente, siguiendo esa misma directriz, en los casos en que se reparta caprichosamente una acción de tutela contra una providencia judicial, a un despacho diferente del superior funcional del que dictó el proveído.”

Son estas las condiciones que deben acatar los funcionarios judiciales al momento de decidir la autoridad competente para conocer de una determinada acción de tutela, decisión que deberá estar regida por criterios de eficacia sustancial tendentes a la protección de derechos fundamentales. De esta forma se evitará las demoras en el trámite de la acción de tutela que estén basadas en criterios eminentemente formales que, los cuales deben ceder ante la necesidad una garantía material de protección a los derechos fundamentales.

Una vez reiterado este asunto previo, abordará la Sala los temas que se relacionan con la decisión del caso en concreto.

#### 4. Relación entre leyes ordinarias y leyes estatutarias en el ordenamiento colombiano

La Constitución de 1991 al determinar el diseño de nuestro sistema de fuentes incorporó distintos tipos de la misma fuente normativa. Es así como, entre otros, determinó que en cabeza del Congreso de la República estaría la cláusula general de competencia normativa, desarrollada en su mayor parte mediante normas que para ser expedidas seguirían el procedimiento legislativo ordinario –artículo 150 de la Constitución; adicionalmente estableció que existirían las leyes orgánicas, que serían el tipo de ley al que se sometería la actividad de las cámaras legislativas y la distribución de competencias entre la nación y sus entes territoriales –artículo 151 de la Constitución; y, finalmente, determinó que existirían las leyes estatutarias, cuerpos normativos que regularían temas de gran importancia para el diseño institucional y el ejercicio de derechos fundamentales en el Estado colombiano<sup>3</sup> –artículos 152 y 153 de la Constitución–.

Además de lo anterior, la Constitución previó puntualmente que leyes que incorporen determinados contenidos deban tener condiciones especiales de aprobación, *verbigracia*, la ley que establezca el plan nacional de desarrollo, la ley que establezca el presupuesto de rentas y las apropiaciones correspondientes, las leyes que incorporan tratados internacionales, la ley que convoca al pueblo para un referendo de reforma constitucional o una asamblea constituyente, la ley que otorga facultades extraordinarias al Gobierno, entre otras.

Para efectos de la decisión de este caso en concreto, interesa resaltar que en el diseño de las fuentes del Derecho el constituyente determinó que la ley es una categoría normativa dentro de la cual es posible encontrar varios tipos, con particularidades en su procedimiento de creación y, lo más importante para el asunto que ahora interesa, con temas reservados exclusivamente a cada uno de ellos, como ocurre con la ley

orgánica y la ley estatutaria. Es importante tener claridad que, tal y como indica el artículo 150 de la Constitución, es al Congreso al que le corresponde hacer las leyes, las cuales constituyen una única fuente normativa, aunque con procedimientos de creación diferentes de acuerdo con la materia principal de que traten.

La diferencia entre las leyes orgánicas y las estatutarias frente a las ordinarias radica en el proceso de elaboración que debe seguirse, lo que refleja una mayor rigidez de las leyes orgánicas y las leyes estatutarias respecto de las leyes ordinarias. Adicionalmente, tanto leyes estatutarias, como leyes orgánicas tienen materias a ellas reservadas, las cuales determinan exclusividad en la posibilidad de regulación, dando como resultado la imposibilidad que dichas materias sean reguladas por una disposición o precepto de naturaleza diferente al establecido en la Constitución<sup>4</sup> Una forma análoga de ver el mismo asunto sería que el constituyente, dentro del contexto de la competencia normativa general que tiene el legislador, determinó que ciertas materias fueran reguladas por medio de un procedimiento especial, que implica mayor consenso y, en algunos casos, seguridad acerca de su adecuación con la Constitución antes de entrar en vigencia.

Al tratarse de cuerpos normativos pertenecientes a distintos tipos o manifestaciones de la misma fuente del derecho, la relación que se establece entre las leyes ordinarias, orgánicas y estatutarias ha sido considerada en distintas ocasiones por la Corte Constitucional. En este sentido la sentencia C-1042 de 2007 manifestó:

"Tradicionalmente, el examen acerca de las relaciones existentes entre la ley orgánica y las demás leyes se ha adelantado desde dos perspectivas: la jerárquica y la competencial. No se trata, como pudiera *prima facie* pensarse, de dos criterios excluyentes o contrarios, sino de dos aproximaciones teóricas que permiten abordar, de manera más completa, un mismo problema. En pocas palabras, la ley orgánica, en tanto que constitucionalmente está llamada a regular la actividad legislativa del Congreso de la República en una determinada materia (competencia) no puede ser derogada por otra posterior que no haya sido, a su vez, adoptada por mayoría absoluta de los miembros de ambas Cámaras (jerarquía). De allí que cuando la ley orgánica regula la manera de desarrollar legislativamente una determinada materia, señalada de antemano por la Constitución, prevalecerá en ese ámbito específico sobre las demás leyes.

"En este orden de ideas, el *criterio jerárquico* constituye la forma más elemental de resolver los conflictos entre normas jurídicas, acordándole mayor valor o fuerza a una sobre otra. Se apoya por tanto en una clasificación de las normas de conformidad con una escala de rangos en la que cada norma puede disponer sobre aquellas ubicadas en un nivel inferior, en tanto que estas últimas deben respetar estrictamente los contenidos de aquellas situadas en un rango superior. De allí que la posición de relativa superioridad intrínseca de unas normas sobre otras se conozca como principio de jerarquía, cuyos orígenes se encuentran en el surgimiento del Estado Liberal clásico.

(...)

En tal sentido, el principio de jerarquía en materia de leyes orgánicas en Colombia se apoya en (i) la exigencia constitucional de un procedimiento legislativo agravado, en el sentido de requerir la aprobación del proyecto de ley, en una y otra Cámara, por mayoría absoluta; (ii) el principio democrático implicaría una voluntad diferente del Congreso de la República; y (iii) el contenido propio de las leyes orgánicas versa sobre los procedimientos que el Congreso debe observar al expedir las demás leyes, lo que determina que todas las leyes deban sujetarse a las disposiciones de la ley orgánica.

(...)

A su vez, el *principio de competencia*, implica una determinada inmunidad o protección de la norma frente a otras de igual jerarquía normativa, en función del tema regulado. No se trata, en consecuencia, de un problema de jerarquía, en el sentido de que una disposición no pueda ser modificada por otra ubicada en un plano inferior, sino que, encontrándose ambas normas en un mismo nivel en el sistema de fuentes, una de ellas, por disposición constitucional debido al tema que regula, no puede ser modificada o reformada sino por otra que sea de rango superior (la Constitución) o bien de igual jerarquía, a condición de que regule el mismo tema.

Sobre el particular, cabe señalar que la Corte ha estimado que, de conformidad con el artículo 151 Superior, se vulnera la Constitución cuando, en el caso de las leyes ordinarias '*algunos de sus artículos... violan la reserva de ley orgánica, si su contenido normativo es de aquellos que la Constitución ha ordenado que se tramiten por medio de esas leyes de especial jerarquía que son las leyes orgánicas*'<sup>5</sup> Posteriormente, en sentencia C- 579 de 2001, referente a la demanda dirigida contra unos artículos de la Ley 617 de 2000 estimó que sólo forman parte de la reserva de ley orgánica aquellas materias específica y expresamente señaladas por el Constituyente, ya que, como esta clase de leyes condiciona el ejercicio de la actividad legislativa, una interpretación demasiado amplia de tal reserva terminaría por despojar de sus atribuciones al legislador ordinario. De allí que '*aquellas materias que no hayan sido objeto de un señalamiento expreso por parte del Constituyente en el sentido de que deban tramitarse como leyes orgánicas, deberán entenderse sujetas a la competencia del Legislador ordinario*'<sup>6</sup>.

(...)

Ahora bien, es necesario señalar que la Constitución colombiana establece en su artículo 151 que el Congreso de la República expedirá las leyes orgánicas a las cuales estará sometida su actividad legislativa, mediante las cuales se regularán las siguientes materias: “*los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales*”. De igual manera, establece una rigidez en la aprobación de las mismas consistente en que requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

En este orden de ideas, se puede afirmar que, en materia de leyes orgánicas, existe efectivamente una jerarquía, en el sentido de que las materias orgánicas no pueden ser derogadas o modificadas mediante leyes de diferente naturaleza.<sup>7</sup>

De la cita jurisprudencial anterior queda claro que, si bien se ha explicado la relación entre ley ordinaria y ley orgánica en términos de jerarquía, esta explicación de la relación entre las leyes es equivalente y quizás más rigurosa cuando se hace en términos de aplicación del principio de competencia. Cuando se ha afirmado que la ley orgánica o la ley estatutaria es jerárquicamente superior a otras leyes, esta afirmación debe entenderse adecuadamente: quiere decir que en las materias propias, reservadas a la ley orgánica o estatutaria, este tipo de ley no puede ser derogado o modificado por otro tipo de ley. Son jerárquicamente superiores en las materias reservadas. En consecuencia, todas las leyes, incluyendo los tipos especiales, por pertenecer a la misma categoría “ley”, tienen el mismo rango y los tipos especiales tales como las leyes orgánicas y estatutarias sólo pueden ser derogadas y modificadas en *las materias que les son propias* por otra ley de la misma naturaleza. En este orden, y para el asunto que ahora ocupa a la Sala, una ley estatutaria no puede ser derogada o modificada en las materias reservadas, art. 152, sino por otra ley estatutaria.

Las consideraciones realizadas por la sentencia citada respecto de las leyes orgánicas son perfectamente aplicables a las leyes estatutarias, ya que es otro de los tipos de ley, siendo las conclusiones de la C-1042 de 2007 y de las sentencias en ella mencionadas fundamento para concluir que, de acuerdo con la Corte Constitucional, la relación entre ley ordinaria y ley estatutaria debe entenderse determinada por el principio de competencia, que asigna un espacio propio a cada tipo de ley, implicando que ciertos temas sólo podrán ser regulados por un específico tipo legal que, a su vez, sólo podrá referirse a los temas a él asignados.

La reserva de ciertos temas o materias es una forma de articulación de fuentes del derecho en los sistemas jurídicos, que generalmente tiene como presupuesto la inexistencia de relación vertical –basada en distintos rangos- y, por el contrario, se funda en una relación de tipo horizontal, para la cual es indiferente el rango al que pertenezcan las fuentes normativas que entran en relación. Lo esencial en esta forma de articulación será la existencia de temas que sólo podrán ser regulados mediante un procedimiento determinado y que, por tanto, excluyen cualquier la posibilidad de que su regulación esté a cargo de otro tipo de ley.

En efecto, el principio de competencia implica que sólo por medio de ley estatutaria se traten los temas mencionados en el artículo 152 de la Constitución. Pero, a su vez, también establece un ámbito de desarrollo preciso para la ley estatutaria, de manera que por medio de ésta no se podrá regular tema distinto a los expresamente determinados por el precepto constitucional mencionado.

No obstante ser éste un principio constitucional preceptivo para el legislador, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que en desarrollo de la regulación integral de un determinado tema por medio de ley estatutaria, se incluyan en un mismo cuerpo normativo disposiciones de naturaleza estatutaria y de naturaleza ordinaria<sup>8</sup> la inclusión de disposiciones ordinarias en una ley estatutaria no resulta contraria a la Constitución –pues su procedimiento de aprobación fue aun más exigente que el previsto por las normas constitucionales-, no obstante lo cual la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que su inclusión en un cuerpo normativo de carácter estatutario no implica que disposiciones ordinarias adquieran dicha naturaleza. En este sentido ha concluyó en la sentencia C-307 de 2004

“Y más específicamente, ha señalado la Corte, a partir del anterior criterio, que cuando el legislador estatutario se ocupa de materias que están dentro de la órbita del legislador ordinario, la norma correspondiente no se transforma en materia exclusiva de ley estatutaria y, por lo tanto, no se sustrae del ámbito de competencia del legislador ordinario. Dijo sobre el particular la Corte:

*‘Si bien el legislador dispone de un margen para decidir si es conveniente que un tema específico sea abordado en determinada ley en aras de lograr una mayor racionalidad legislativa y una clara armonía en la regulación de una materia, subraya la Corte que es la misma Constitución la que ha indicado qué materias son de competencia del legislador estatutario y qué materias son propias del legislador ordinario. Cuando el*

legislador estatutario se ocupa de materias que están dentro de la órbita del legislador ordinario, la norma correspondiente no se torna necesariamente inconstitucional, puesto que se han cumplido todos los requisitos mínimos para que ésta ingrese válidamente al ordenamiento jurídico, ya que el trámite de las leyes estatutarias es más riguroso que el de las ordinarias. Sin embargo, el hecho de que un tema haya sido regulado por el legislador estatutario siendo propio del legislador ordinario no lo transforma en materia exclusiva de ley estatutaria y, por lo tanto, no lo sustrae del ámbito de competencia del legislador ordinario. Aceptar lo contrario llevaría a que gradualmente el legislador estatutario vaciara la competencia del legislador ordinario, lo cual introduce demasiada rigidez en la evolución del derecho y obstaculiza que las mayorías ordinarias adopten decisiones democráticas mediante los procedimientos fijados por la Constitución para la aprobación de leyes ordinarias<sup>9</sup>

Sin embargo, y no obstante tener naturaleza ordinaria, todas las disposiciones incluidas en un cuerpo normativo de naturaleza estatutaria deben ser objeto de control automático, previo e integral por parte de la Corte Constitucional, sin perjuicio de que, con posterioridad, se determine su carácter ordinario. En torno a este punto la Corte expresó que "... el hecho de que las disposiciones objeto de análisis se encuentren contenidas en una ley estatutaria, con independencia de que se pueda estimar o no que ellas hayan debido ser objeto de una ley ordinaria, determina la competencia de esta Corporación para hacer el respectivo juicio de constitucionalidad, sin que en ningún caso pueda dejar de efectuar el control a ella encomendado por el numeral 8º del artículo 241 Constitucional"<sup>10</sup>

Por esta razón la Corte ha precisado que, en aplicación del principio de supremacía constitucional y del principio democrático, sólo los preceptos que se refieran a las materias reservadas a la ley estatutaria tendrán naturaleza estatutaria. *Contrario sensu*: i) las disposiciones incluidas en una ley estatutaria que traten sobre temas distintos a los reservados por la Constitución a este tipo normativo, es decir temas conexos, no tendrán naturaleza estatutaria sino ordinaria y, por consiguiente, podrán ser modificados o derogados por disposiciones ordinarias; y ii) cuando el tratamiento integral y armónico de una materia exija que en un mismo cuerpo normativo se incluyan disposiciones de naturaleza ordinaria y estatutaria, éstas últimas deberán cumplir el procedimiento previsto por el artículo 153 de la Constitución.

Lo precisado hasta este momento por la Corte nos lleva a la siguiente conclusión:

- i. En casos de antinomias entre leyes estatutarias y leyes ordinarias será el principio de competencia el que servirá como parámetro en la determinación de la solución válida para nuestro sistema jurídico.
- ii. La inclusión de una disposición en un cuerpo normativo estatutario no determina definitivamente su naturaleza ordinaria o estatutaria, la cual dependerá de la materia que trate; es decir, una ley estatutaria puede contener disposiciones de carácter ordinario<sup>11</sup>.
- iii. No existen excepciones respecto a que las materias estatutarias deben regularse siguiendo el procedimiento previsto por el artículo 153 de la Constitución.

Serán estos los parámetros que deban observarse para encontrar una respuesta válida en el ordenamiento colombiano en caso de conflictos por el tipo de ley que regula un determinado tema y los que, en consecuencia, empleará la Corte en la solución del presente caso.

## 5. Las facetas subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales

En el moderno Estado constitucional los derechos fundamentales asumen un papel determinante en la estructuración, interpretación y aplicación de todo el sistema jurídico. En un sistema en donde el derecho supere la exégesis propia de la escuela positivista y de cabida a la utilización de principios constitucionales, la visión y aplicación del derecho cambia radicalmente, permitiendo una interpretación de mayor espectro y, por consiguiente, que incluya en cada análisis concreto elementos valiosos para el sistema constitucional.

En esta órbita es que cobra vigencia resaltar el papel que tienen los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico. Actualmente la visión clásica que atribuía exclusivamente el papel de garante de posiciones jurídicas, traducidas en derechos o libertades, a determinados sujetos se ha superado. No significa esto que los derechos ya no cuenten con esta faceta subjetiva; el cambio radica en que éste no es ya el único papel que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, sino que su contenido se manifiesta como un marco axiológico creado por el constituyente -y complementado por otras normas de naturaleza constitucional- que se proyectan y, por tanto, tienen eficacia en todos los ámbitos del derecho.

Es decir, en el Estado constitucional los derechos fundamentales tienen un papel con implicaciones que abarcan mucho más que la simple relación subjetiva y bilateral entre el sujeto y el Estado. Los derechos fundamentales se proyectan como normas con estructura principal que, en cuanto determinan los valores sobre los cuales debe edificarse el sistema jurídico, implican mandatos directos a los poderes públicos, que los vinculan en el desarrollo de sus funciones y de cuya aplicación dependerá la posibilidad de alcanzar los objetivos que, para los órganos del Estado, se derivan de la estructura axiológica prevista en las normas de naturaleza constitucional sobre derechos fundamentales.

Al trazar objetivos de acción para los poderes públicos por parte de la Constitución, se disminuye la amplitud decisional de éstos, que tendrán que acatar y desarrollar los contenidos derivados de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

En consecuencia, el contenido de la legislación deberá ser el desarrollo y concreción del contenido que se deriva de los derechos fundamentales, siendo obligación del legislador tener en cuenta cada derecho que pueda verse afectado con su labor. Consecuentemente, en este sistema la interpretación que se haga por parte del juez de la constitucionalidad será, además de correctora, una labor de construcción y concreción del sistema axiológico previsto en la Constitución, aplicando en cada examen de constitucionalidad el contenido específico que los derechos fundamentales proyecten en una situación concreta.

Así la faceta objetiva de los derechos fundamentales resalta, además, el papel que un sector de la doctrina denomina "función de legitimación"<sup>12</sup> que consistirá en que los derechos fundamentales servirán como criterios para distinguir lo justo de lo injusto, tanto en los casos concretos, como en el diseño de las políticas del Estado en general. Este efecto es fruto del entendimiento de los derechos fundamentales como principios del ordenamiento que sirven como parámetro de acción a los poderes públicos en el cumplimiento de sus funciones.

Es esta la esencia de la faceta objetiva de los derechos fundamentales, aspecto que resulta indispensable al abordar el estudio de casos como el que ahora ocupa a la Corte Constitucional.

#### 6. El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos y de permanencia en ellos

Este derecho, consagrado en el séptimo numeral del artículo 40 de la Constitución, es la manifestación de dos principios que resultan pilares fundamentales del sistema constitucional previsto por la Carta de 1991: la democracia y la igualdad.

En efecto, el acceso a cargos públicos por parte de los ciudadanos, sean éstos cargos políticos o de otra naturaleza, es uno de los elementos determinantes de un Estado que se construye sobre el principio de la soberanía popular. Acceso que deberá estar libre de limitaciones que no sean conducentes y necesarias para el objetivo que se propone con la provisión de dichas posiciones y que en todo caso deberá respetar el principio de igualdad, de manera que las limitaciones impuestas tengan como base el mérito y las calidades de quienes desempeñarán los cargos dentro de la administración, especialmente en la provisión de los cargos de carrera, aunque también para aquellos de libre nombramiento y remoción y de período fijo. No es otra la razón para que se exijan requisitos de ingreso de acuerdo con el cargo que se quiere proveer. En este sentido se manifestó en la sentencia T-254 de 2002

"A este respecto es oportuno señalar que la Constitución Política consagra en el Art. 13 un principio primordial del Estado de Derecho, que fue una conquista notable de la revolución francesa de 1789, en virtud del cual todas las personas son iguales ante la ley y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación.

Este principio es reiterado por la misma Constitución en casos particulares o específicos, entre ellos el contemplado en el Art. 40, según el cual "todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político" y para hacer efectivo este derecho puede, entre otras facultades, "acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse".

Como consecuencia del mismo principio, los ciudadanos no pueden ser discriminados por razón de su edad, entre otros motivos, para acceder a los cargos públicos, o para permanecer en ellos, y sólo pueden ser susceptibles de un tratamiento desigual en los casos de excepción que la ley

establezca expresamente con justificaciones objetivas y razonables."

El derecho de acceso a cargos públicos tiene un componente axial y es la permanencia en los mismos. No tendría sentido consagrar un derecho que garantizara el acceso, más no el permanecer en dicho cargo, siempre y cuando medien condiciones objetivas para que esto ocurra. En este sentido la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en reconocer la permanencia como manifestación del derecho fundamental en comento. Esta manifestación, entre otras, la hizo con ocasión de la sentencia C-011 de 1996, oportunidad en la que analizó el decreto 3492 de 1986, por el cual se establecían reglas para el acceso a cargos de la administración, argumentos que resultan trasladables al razonamiento que exige el caso que ahora convoca a la Sala; en dicha decisión determinó

"Como corolario de lo anterior, es lógico que quienes han logrado ingresar a la carrera administrativa en razón de sus méritos y calidades, se les reconozca el derecho a la estabilidad para permanecer en la entidad a la que están vinculados, siempre y cuando cumplan con eficiencia las funciones propias de su cargo, no violen el régimen disciplinario, ni incurran en las causales previstas en la Constitución o en la ley, que acarrean la pérdida de los mismos derechos."

En igual sentido, la sentencia C-714 de 2002, con ocasión del estudio del Decreto 2699 de 1991 que establecía el Estatuto Orgánico de la Fiscalía de la Nación, consagró

"4.1. La filosofía que orienta la Carta Política en el ingreso de los aspirantes a los cargos públicos, es el mérito y la igualdad entre ellos, a fin de obtener una eficiente y eficaz prestación de los servicios del Estado. En efecto, el artículo 13 superior consagra que todas las personas gozan de igualdad de oportunidades sin discriminación alguna. Así las cosas, el Constituyente de 1991, consagró como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera (art. 125 C.P.), y defirió al legislador el señalamiento de los requisitos y condiciones para el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos *"para determinar los méritos y calidades de los aspirantes"*.

Si bien, el ingreso a los cargos públicos por el sistema de méritos, busca lograr el pleno desarrollo de los principios que orientan la función administrativa, de igualdad, eficacia, eficiencia, en el desarrollo de las funciones públicas, pretende también garantizar los derechos de los trabajadores, entre ellos, el de igualdad de oportunidades y estabilidad en el empleo (art. 53 C.P.)" -subrayado ausente en texto original-

Respecto de la estabilidad, como elemento constitutivo del contenido del derecho de acceso a cargos públicos, la Corte Constitucional manifestó

"Esa estabilidad, claro está, no significa que el empleado sea inamovible, como si la administración estuviese atada de manera irreversible a sostenerlo en el puesto que ocupa aún en los casos de ineficiencia, inmoralidad, indisciplina o paquidermia en el ejercicio de las funciones que le corresponden, pues ello conduciría al desvertebramiento de la función pública y a la corrupción de la carrera administrativa. En nada riñen con el principio de estabilidad laboral la previsión de sanciones estrictas, incluida la separación o destitución del empleado, para aquellos eventos en los cuales se compruebe su inoperancia, su venalidad o su bajo rendimiento. Pero esto no se puede confundir con el otorgamiento de atribuciones omnímodas al nominador para prescindir del trabajador sin relación alguna de causalidad entre esa consecuencia y el mérito por él demostrado en la actividad que desempeña.

Ahora bien, esa estabilidad resulta ser esencial en lo que toca con los empleos de carrera, ya que los trabajadores inscritos en ella tan solo pueden ser separados de sus cargos por causas objetivas, derivadas de la evaluación acerca del rendimiento o de la disciplina del empleado (art. 125, inciso 2º C.N.), al paso que en los empleos de libre nombramiento y remoción, por su propia naturaleza, la permanencia del empleado está supeditada a la discrecionalidad del nominador, siempre y cuando en el ejercicio de esta facultad no se incurra en arbitrariedad mediante desviación de poder (artículos 125 y 189, numeral 1º C.N.)."<sup>13</sup>

Así mismo, resulta pertinente resaltar que la vulneración del derecho de acceso a cargos públicos y, más exactamente la permanencia en ellos, ha sido protegida por medio de acción de tutela, por considerarlo una situación de la que pueden derivarse perjuicios irremediables para el titular del derecho, siendo ejemplo de esta posición la sentencia T-315 de 1998 en donde se consagró

"Resta estudiar si la separación temporal de las funciones públicas que actualmente se encuentra ejerciendo puede lesionar de manera irreparable su derecho al trabajo (C.P. art. 25) o el derecho de acceso y permanencia en un cargo público (C.P. art. 40).

En el caso en comento no sólo se presenta la circunstancia antes descrita, sino que se trata de una persona que se encuentra cercana a la edad de jubilación (57 años), que por las funciones que ha venido ocupando no parece tener facilidad para insertarse en el mercado de trabajo mientras cumple los requisitos para acceder a la pensión y, por último, que cree haber sido retirada, de manera arbitraria, del cargo que venía desempeñando y al que había accedido, según su criterio, en virtud de un concurso público de méritos. En estas condiciones, el retiro temporal del cargo público, puede producir una lesión irreparable tanto en el derecho al trabajo (C.P. art. 25), como en el derecho de acceso y permanencia en igualdad de condiciones a los cargos públicos (C.P. art. 40). Por esta razón, procede la Corte a estudiar el fondo del asunto, puesto que de ser arbitraria la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, podría producir un perjuicio irremediable sobre el derecho al trabajo (CP art. 25) y el derecho de acceso y permanencia a los cargos públicos (CP art. 40) del actor.”

De esta forma, se reitera la jurisprudencia en el sentido del contenido del derecho de acceso a cargos públicos y la permanencia en los mismos como parte del dicho contenido, siendo posible su protección por medio de la acción de tutela.

#### 7. La carrera judicial como mandato de organización del poder judicial

La organización de la carrera judicial resulta ser la concreción de distintos postulados constitucionales que encarnan derechos y principios de gran importancia para la estructura y funcionamiento de la administración de justicia, (sic) siendo esta característica determinante en la naturaleza de las disposiciones que la regulen, las cuales, en armonía con el artículo 152 de la Constitución, deberán tener naturaleza estatutaria, pues, como se desarrollará más adelante, están determinando elementos estructurales en la tarea garantizar el acceso y el adecuado servicio de administración de justicia.

En primer lugar debe decirse que la carrera judicial involucra intereses de tipo objetivo, en el sentido que representa el método general para surtir los cargos de la administración de justicia. Las normas de acceso, permanencia en el servicio y retiro del mismo buscan asegurar que se cumplan los niveles de capacidad requerida para el desempeño de las funciones, de manera que el servicio se realice con los estándares y celeridad adecuados siendo esta la base para asegurar la eficacia y la eficiencia al interior de la administración de justicia.

Desde este punto de vista el sistema de carrera judicial representa una garantía para alcanzar los objetivos previstos por la Constitución en la prestación del servicio de administración de justicia y, de forma indirecta, para asegurar la efectividad del derecho de acceso al mismo que tienen las personas en general.

El sistema de carrera judicial, además de esta faceta objetiva, debe analizarse desde el punto de vista de los funcionarios y empleados que la integran, resaltando el significado que como garantía subjetiva tiene para ellos, por cuanto el mismo implica la concreción de derechos fundamentales, como el derecho al trabajo -ya se trate de igualdad en las oportunidades de acceso, en condiciones de estabilidad, en causas objetivas para la suspensión o desvinculación, etc.- o el derecho a la igualdad -de trato, de oportunidades, etc.-. En efecto, el sistema de concurso, las exigencias de su realización, la permanencia en el cargo, las razones previstas para el retiro de quienes forman parte de la administración de justicia son elementos de una regulación que implica el surgimiento de derechos para quienes son empleados o funcionarios de la rama judicial.

En este sentido lo ha manifestado la Corte en distintas ocasiones, la primera de ellas con razón del estudio de la ley 61 de 1987 -por la cual se expedieron normas que rigen la carrera administrativa- en donde determinó

“El sistema de carrera administrativa tiene como finalidad la realización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, así como procurar la estabilidad en el desempeño de los mismos. Se busca que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado. El elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente. No se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados, ni el ingreso al empleo sin una vinculación fundada en motivos diferentes a la capacidad. Igualmente, el retiro se hará por hechos determinados legalmente, inspirados en la realidad de la eficiencia laboral. En definitiva, lo que se protege es el interés general”.<sup>14</sup>

De igual forma, al analizar el artículo 156 del proyecto de LEAJ la Corte resaltó estos dos aspectos de la carrera judicial. En este sentido, en su sentencia C-037 de 1996, se manifestó

“Como se ha expresado a lo largo de esta providencia, el sistema de carrera de que trata el artículo 125 constitucional busca garantizar la eficiencia en las labores que desempeñan órganos y entidades estatales -entre los que se encuentran los que hacen parte de la rama judicial-, así como ofrecer a los asociados las mismas oportunidades para acceder a los cargos públicos, capacitarse, permanecer en ellos y ascender de conformidad con el régimen legal y las decisiones administrativas que adopten las autoridades competentes.

(...)

“Como puede apreciarse, el artículo bajo examen se encuentra concordancia con las consideraciones expuestas, pues procura que dentro del régimen de carrera judicial se aplique siempre el derecho fundamental a la igualdad y se le otorguen plenas garantías a los trabajadores que se vinculen a la administración de justicia, todo ello de conformidad con los artículos 25, 53, 122, 125 y 228 de la Carta Política.”

La doble faceta del sistema de carrera judicial también se ha resaltado en casos concretos sometidos al juez de tutela. En este sentido, y de manera general, la Corte ha señalado que el concurso de méritos -en cuanto forma de acceso al sistema de carrera judicial- es instrumento que permite al Estado, con base en criterios de objetividad e imparcialidad, determinar el mérito, las capacidades, la preparación, la experiencia y las aptitudes de los aspirantes a un cargo, de modo que la escogencia de quien haya de ocuparlo se haga en función de los mejores resultados, dejando de lado cualquier tipo de consideración subjetiva o de influencia de cualquier otra naturaleza<sup>15</sup> En este sentido la sentencia T-470 de 2007 se recordó que *“la Corte ha señalado que el concurso de méritos es instrumento que permite que el Estado, con base en criterios de objetividad e imparcialidad, determine el mérito, las capacidades, la preparación, la experiencia y las aptitudes de los aspirantes a un cargo, de modo que la escogencia de quien haya de ocuparlo se haga en función de los mejores resultados, dejando de lado cualquier tipo de consideración subjetiva o de influencia de cualquier otra naturaleza”*.

Sin embargo, también ha resaltado el contenido subjetivo que surge para quienes se encuentran vinculados a la rama judicial en virtud de este sistema. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el régimen de carrera, a partir de claros postulados constitucionales, persigue, fundamentalmente:

“(i) El óptimo funcionamiento en el servicio público, de forma tal que el mismo se lleve a cabo bajo condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad; siendo condiciones que se alcanzan a través del proceso de selección de los servidores del Estado por concurso de méritos y capacidades (C.P. Preámbulo, arts. 1°, 2° y 209).

“(ii) Garantizar el ejercicio del derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, así como la efectividad del principio de igualdad de trato y oportunidad para quienes aspiran a ingresar al servicio estatal, a permanecer en él, e incluso, a ascender en el escalafón (C.P. arts. 13, 25 y 40). Y, finalmente,

“(iii) Proteger y respetar los derechos subjetivos de los trabajadores al servicio del Estado, originados en el principio de estabilidad en el empleo, en los derechos de ascenso, capacitación profesional, retiro de la carrera y en los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados (C.P arts. 53, 54 y 125).”<sup>16</sup>

El elemento principal del sistema de carrera judicial es el concurso de méritos -artículo 125 de la Constitución-, que se construye a partir de etapas conducentes a garantizar que sea el mérito el parámetro con base en el cual se determine el ingreso al sistema. En diferentes oportunidades esta Corporación se ha pronunciado sobre el valor de los concursos de méritos y de las listas de elegibles en la Rama Judicial<sup>17</sup> destacando cómo, de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política y el 156 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, la carrera judicial se basa en el carácter profesional de los funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos para tal efecto, y en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio. Al respecto la sentencia T-400 de 2008 determinó

“El concurso de méritos es, pues, un método para determinar quiénes cuentan con las mejores calidades para acceder a los cargos públicos de carrera. Por mandato legal, “[t]odo concurso de méritos comprenderá dos etapas sucesivas de selección y de clasificación.” (artículo 164, N°4,

LEAJ). Se convoca por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante un acuerdo, que será tenido como ley de la respectiva convocatoria (artículo 164, No. 2, ídem).<sup>18</sup> De tal suerte, en él se fijan los indicadores de mérito, asignándole puntajes a aspectos tales como la experiencia adicional y docencia, la capacitación adicional y publicaciones, la entrevista, las pruebas de conocimiento, entre otros; también se dividen en fases las etapas del concurso, y se determinan las formas de acceso a cada una ellas.”

Junto con el concurso de méritos –garantía de igualdad e imparcialidad en el ingreso a la carrera judicial-, resulta relevante resaltar el contenido del artículo 125 de la Constitución, que, al prever las causales de retiro de los cargos de carrera, establece también una garantía subjetiva, esta vez de retiro, para los servidores vinculados al poder judicial por el sistema de carrera judicial:

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

De esta forma quiso el constituyente garantizar que los derechos derivados de la pertenencia a la administración de justicia no se fueran a afectar sino por las causas legítimas, en cuanto fueran acordes a los principios rectores del sistema de carrera de los funcionarios y empleados del Estado y el artículo 152 de la Constitución que establece la reserva de ley estatutaria. La disposición constitucional es reiterada por el artículo 173 de la ley estatutaria de la administración de justicia, respecto del cual la Corte Constitucional manifestó

“Como se explicó, el artículo 125 del Estatuto Superior establece como causales de retiro de la carrera judicial, la calificación no satisfactoria, la violación del régimen disciplinario y las demás que estén previstas en la Constitución o en la ley. En ese orden de ideas, se tiene que la norma que se revisa responde a estos postulados, siempre y cuando se entienda que las denominadas “causales genéricas” únicamente podrán ser definidas por el legislador.”<sup>19</sup>

En armonía con lo manifestado, el artículo 149 de la ley estatutaria se presenta como la concreción del postulado del artículo 173, que se acaba de mencionar, en cuanto dispone

ARTÍCULO 149. *RETIRO DEL SERVICIO*. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos:

1. Renuncia aceptada.
2. Supresión del Despacho Judicial o del cargo.
3. Invalidez absoluta declarada por autoridad competente.
4. Retiro forzoso motivado por edad.
5. Vencimiento del período para el cual fue elegido.
6. Retiro con derecho a pensión de jubilación.
7. Abandono del cargo.
8. Revocatoria del nombramiento.

9. Declaración de insubsistencia.

10. Destitución.

11. Muerte del funcionario o empleado

Esta es la forma en que la Constitución y las normas legales han encontrado para concretar los principios que deben aplicarse en la prestación del servicio de administración de justicia en cuanto función pública -artículo 150 numeral 23- y, al mismo tiempo, garantizar los derechos subjetivos que surjan, tanto para los interesados en hacer parte de la rama judicial, como para los que tienen la condición de servidores judiciales, derechos que en algunos casos pueden implicar una situación de naturaleza iusfundamental.

De lo expresado anteriormente se considera oportuno resaltar que:

i. Al garantizar principios objetivos y derechos subjetivos el sistema de carrera administrativa concreta postulados constitucionales que debe tener en cuenta el operador jurídico al momento de interpretar las normas que determinan el desarrollo y ejecución de esta función pública.

ii. Los derechos subjetivos que los servidores judiciales derivan del sistema de carrera son concreción de principios esenciales y postulados estructurantes del mismo, de manera que pueden verse afectados por la vulneración de los parámetros constitucionales atinentes previstos para la determinación de los elementos de este sistema.

iii. El momento en que puede o debe retirarse del cargo un juez o magistrado vinculado a la carrera judicial es un elemento esencial de su status como funcionario de la rama judicial que afecta la concreción de principios esenciales a la estructura de la rama, así como también derechos fundamentales del funcionario.

iv. Por consiguiente, éste será un tema propio de la ley estatutaria en los expresos términos del artículo 152 de la Constitución.

8. Las causales de retiro de los empleados de carrera en la rama judicial

8.1. Fundamento y alcance de las causales de retiro contenidas en la LEAJ

Como se manifestó en el numeral anterior, la adecuada prestación del servicio público de administración de justicia implica la concreción y el desarrollo de distintos principios, tanto de orden constitucional -artículo 228 de la Constitución-, como de orden legal -consagrados en la LEAJ-; algunos de dichos principios han sido pensados para el servicio de administración de justicia, mientras que otros lo han sido para el poder judicial, como conjunto de instituciones que administran justicia. Aquellos harán referencia directamente a la forma como debe prestarse el servicio de administración de justicia, mientras que éstos determinarán los parámetros que debe cumplir la estructura orgánica que administre justicia, guiando la creación del ordenamiento jurídico que permita alcanzar los objetivos trazados por el servicio.

Dentro de los principios estructurantes del poder judicial se encuentra el principio de independencia, el cual, consagrado expresamente por el artículo 228 de la Constitución, establece que las decisiones que se tomen en cumplimiento de la función de administrar justicia serán independientes, objetivos que se aspira alcanzar por distintas vías: la independencia que otorga la estabilidad en los cargos que ocupan funcionarios y empleados del poder judicial; la posibilidad de disenso respecto de sus superiores inmediatos, que la Corte ha llamado autonomía funcional<sup>20</sup> y la independencia que se procura garantizar a la rama judicial respecto de los otros poderes públicos.

Como se mencionó en el numeral anterior, la Constitución dedica algunas disposiciones a establecer los elementos que garanticen la estabilidad en el cargo de estos funcionarios. Así, el artículo 233 de la Constitución establece que los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán elegidos para períodos individuales de ocho años y permanecerán en sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso; y en otra disposición –artículo 125- la Constitución consagró la regla general de provisión de los cargos de, entre otras, la administración de justicia, estableciendo que sería el sistema de carrera que implica criterios objetivos de selección, promoción y retiro de dichos funcionarios y empleados.

Las causales de remoción de los funcionarios y empleados de la rama judicial son manifestación de los elementos establecidos por el ordenamiento constitucional para garantizar su estabilidad, otorgándoles la libertad funcional necesaria para que su permanencia en el poder judicial no dependa del sentido de las decisiones que tomen y, por consiguiente, creando un conjunto de elementos que les permite actuar con la independencia requerida en ejercicio de sus funciones como empleados o funcionarios de la Rama Judicial del poder público.

En parte, muestra de esta estabilidad está en que las causales para que puedan ser removidos de sus cargos se encuentran reservadas a la fuente *infra* constitucional de mayor legitimidad: la ley, siendo las propias disposiciones constitucionales las que consagran esta reserva, primero de forma general para todos los servidores que vinculados a la administración –art. 125 y 150 n. 23 de la Constitución- y, para el caso concreto de la administración de justicia, estableciéndola a favor de la ley estatutaria –art. 152 literal b.-, lo que adiciona legitimidad a la regulación que de la materia se haga en cuanto se exige un mayor consenso y plena adecuación a las disposiciones constitucionales.

Desde su inicio la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que la ley estatutaria de la administración de justicia debería ocuparse de la estructura general y de las disposiciones que concreten principios axiales a ella<sup>21</sup> Pues bien, el sistema de carrera, al concretar los principios de independencia, eficacia y eficiencia en la función pública de administrar justicia, resulta la aplicación de principios axiales a la administración de justicia y, por consiguiente, su desarrollo debe estar a cargo de la fuente a la que la Constitución reservó dicho tema, que, como se determinó, no es otra que la ley estatutaria.

Se reitera que un aspecto trascendental dentro del sistema de carrera judicial son las causales de retiro de sus funcionarios y empleados, ya que la seguridad y claridad respecto de éstas resulta directamente relacionada con la independencia de los integrantes del poder judicial, los cuales han visto surgir derechos subjetivos por la pertenencia al mismo y, por consiguiente, tienen derecho a que la regulación siga los parámetros trazados por las disposiciones constitucionales.

Este es el fundamento para que el Congreso de la República haya incluido un capítulo específico a la regulación de la carrera judicial dentro de la LEAJ y para que, en cuanto elementos que concretan los principios de la administración de justicia, haya regulado de forma detallada las causales de retiro de los funcionarios y empleados del poder judicial.

De esta forma, la LEAJ estableció en su artículo 149 las causales taxativas de retiro del servicio, de manera que los empleos de carrera en esta rama cuenten con la seguridad jurídica que otorga la consagración taxativa de las causas de separación –temporal o definitiva- del cargo. Al respecto consagró:

ARTÍCULO 149. *RETIRO DEL SERVICIO*. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos:

1. Renuncia aceptada.
2. Supresión del Despacho Judicial o del cargo.
3. Invalidez absoluta declarada por autoridad competente.
4. Retiro forzoso motivado por edad.

5. Vencimiento del período para el cual fue elegido.

-

6. Retiro con derecho a pensión de jubilación.

7. Abandono del cargo.

8. Revocatoria del nombramiento.

9. Declaración de insubsistencia.

10. Destitución.

11. Muerte del funcionario o empleado.

Haciendo referencia a esta disposición la Corte Constitucional, con ocasión del control previo al proyecto de ley remitido por el Congreso de la República, determinó que su contenido era exequible siempre y cuando se entendiera como requisito indispensable para el retiro del servicio la manifestación de voluntad del servidor judicial en este sentido. Al respecto manifestó

"Respecto del numeral 6o., debe entenderse que la disposición se refiere únicamente a aquellos eventos en que el trabajador, habiendo cumplido con los requisitos legales para obtener su pensión de jubilación, ha decidido voluntariamente su retiro por haber llegado a una edad o a unas condiciones laborales que ameriten su reemplazo."<sup>22</sup>

En esta ocasión la Corte consideró necesario incorporar a la norma el elemento volitivo del empleado o funcionario de la rama judicial, proponiendo una decisión *aditiva* en el sentido de entender adecuada a la Constitución dicha causal de retiro, siempre y cuando su aplicación se supedite a que exista manifestación clara e inequívoca del funcionario en el sentido de querer retirarse del servicio. *Contrario sensu*, no tener en cuenta la voluntad del empleado o funcionario a retirar implicaría una conducta contraria a la única interpretación constitucional que puede hacerse del precepto legal en mención.

#### 8.2. Las causales de retiro de los servidores públicos contenidas en la ley 797 de 2003 y la sentencia C-1037 de 2003

Para el caso que ahora decide la Corte es importante tener en cuenta la creación de la ley 797 del año 2003 y su contenido respecto de los regímenes de carrera de la administración en el Estado colombiano, en razón a que ha generado polémica su aplicación a los funcionarios y empleados que desarrollan la función de administrar justicia.

La ley 797 de 2003 modificó distintos aspectos del sistema general de pensiones establecido por la ley 100 de 1993 y por disposiciones jurídicas que regulaban regímenes especiales. Dentro de las disposiciones del mencionado cuerpo normativo se encuentra el artículo 9º, que modificó el artículo 33 de la ley 100 y estableció los requisitos generales que deben cumplir los afiliados al sistema para acceder a la pensión de jubilación o de vejez. Dicha disposición incluyó distintos párrafos, siendo el tercero de ellos de gran relevancia para el tema que ahora evalúa la Corte, al consagrarse:

PARÁGRAFO 3o. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar

por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones

El aparte transcrita fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, que mediante sentencia C-1037 de 2003 dio respuesta a los cargos presentados contra el mismo. En esa ocasión la demanda acusó al párrafo tercero del artículo 9º de la ley 797 de vulnerar los derechos al libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores; a la igualdad y al trabajo, en cuanto afecta la garantía de estabilidad en el empleo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y la favorabilidad en materia laboral.

Al dar solución al problema jurídico planteado la Sala Plena de la Corte Constitucional realizó algunas reflexiones acerca de la posibilidad del legislador de regular el tema en cuestión, determinando en aquella ocasión

"4.- Respecto a la terminación de la relación laboral de servidores públicos y de trabajadores particulares, la Constitución no le indica ninguna pauta o restricción al Legislador para el establecimiento de las causales para la procedencia de dicha terminación. En relación con los primeros, la Carta sólo precisa que el retiro del servicio se hará *"por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley"* (art. 125). En cuanto a los segundos, el artículo 53 Superior al enunciar los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo, no instituye ningún principio al que tenga que sujetarse el Legislador para establecer las causales de terminación de la relación laboral privada.

"En ese sentido, el Constituyente deja librado al Congreso un gran espacio de configuración legislativa para implantar las mencionadas causales, al no establecer directrices específicas para desarrollar esa materia. Empero, esa autorización no debe entenderse como una habilitación para que desconozca derechos, principios y valores reconocidos por la propia Carta Política, debido a que estos sirven de fundamento y de límite a toda la actividad legislativa. Así, deberá tenerse en cuenta que la ley no puede menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, según lo preceptuado en el artículo 53 citado."<sup>23</sup>

Al solucionar el caso concreto la Corte manifestó

"8.- En ese orden ideas, cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral. Por un lado, esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan."<sup>24</sup>

Este argumento, principalmente, llevó a la Corte a concluir que la disposición acusada era exequible, siempre y cuando se entendiera que no debe haber solución de continuidad entre el recibo del último salario y la primera mesada pensional, razón por la cual se determinó

"Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión."<sup>25</sup>

De esta manera la Corte, por medio de sentencia C-1037 de 2003, declaró exequible el párrafo tercero del artículo 9º de la ley 797 de 2003,

con el único condicionamiento de garantizar la continuidad en el pago de la prestación social al trabajador.

### 8.3. Aplicación de las disposiciones de la ley 797 de 2003 –ley ordinaria- a los empleados y funcionarios de la rama judicial

En virtud de la promulgación de la ley 797 de 2003 el Consejo Superior de la Judicatura expidió el acuerdo 1911 de 2003, por medio del cual se reglamenta la aplicación de la ley 797 de 2003 a los integrantes del poder judicial. Es así como en los considerandos del decreto se consagra

“Que, esta causal legal desarrolla el artículo 125 de la Carta Política y los artículos 149 y 173 de la Ley 270 de 1996, y resulta aplicable a todos los servidores públicos, sean de carrera o de libre nombramiento y remoción, incluidos los funcionarios y empleados judiciales.”

Así, el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, autoridad encargada de la administración de la rama judicial por expresa disposición de los artículos 256 y 257 de la Constitución, consideró que la ley ordinaria estaba desarrollando lo establecido por el legislador estatutario en los artículos 149 y 173 de la LEAJ y, por consiguiente, que lo establecido por ley ordinaria era aplicable, también, a empleados y funcionarios del poder judicial. Con base en esta interpretación se expidió el acuerdo 1911 de 2003, que coloca en cabeza de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial la tarea de avisar al funcionario del cumplimiento de los requisitos de pensión para que solicite su retiro dentro del plazo establecido por la ley 797 de 2003 y, en caso de que éste no acceda a retirarse del servicio, faculta a la Dirección para ordenar el retiro del servicio del empleado o funcionario judicial –artículo tercero-.

De esta forma se entendió que, en aplicación de la plurimencionada disposición de la ley 797 de 2003, los empleados y funcionarios del poder judicial podían ser retirados del servicio cuando cumplieran los requisitos para obtener su pensión y se garantizara la continuidad en el recibo de la asignación mensual mediante su inclusión en nómina.

Con base en esta interpretación, y por intermedio del acuerdo 1911 de 2003, las causales de retiro contempladas en la ley 797 de 2003 se aplican a los empleados y funcionarios vinculados a la carrera judicial.

### 8.4. La sentencia 4773-03 de 2005 del consejo de Estado y la adecuación constitucional del acuerdo 1911 de 2003

Un punto necesario en el análisis que ahora desarrolla la Corte es el examen de constitucionalidad y legalidad que del acuerdo 1911 de 2003 realizó la Sección Segunda del Consejo de Estado a través de la sentencia 4773-03 de 27 de octubre de 2005. En aquella ocasión se presentaron cargos contra la constitucionalidad y la legalidad del acuerdo 1911 de 2003, por cuanto la accionante consideraba que con su expedición se vulneraban los artículos 15, 25, 29 y 256 de la Constitución y los artículos 149 n.º 6º y 173 de la LEAJ.

Luego de estudiar los distintos cargos de la acción de nulidad interpuesta la Sección Segunda del Consejo de Estado, juez natural de la constitucionalidad del mencionado acuerdo, descartó los cargos de inconstitucionalidad propuestos en la acción de nulidad, concluyendo que el contenido de las disposiciones constitucionales no era transgredido por lo establecido en el Acuerdo 1911 del Consejo Superior de la Judicatura.

Debe resaltar la Corte que el examen de constitucionalidad realizado en aquella ocasión por el consejo de Estado no se refirió a todas las posibles contravenciones que el acuerdo 1911 de 2003 pudiera tener respecto del texto constitucional, sino únicamente a aquellas planteadas en la acción pública de nulidad, como es propio de los procesos de nulidad. En efecto, los razonamientos del Consejo de Estado se centraron en analizar si se había desconocido el contenido de derechos fundamentales como la intimidad –artículo 15<sup>26</sup>– el trabajo –artículo 25<sup>27</sup>– o el debido proceso –artículo 29<sup>28</sup>– así mismo, de la disposición que determina la competencia del Consejo Superior de la Judicatura –artículo 256 de la Constitución–; o de disposiciones de la ley estatutaria de la administración de justicia –artículos 149 y 173–.

Sin embargo, no fue objeto de examen la posible inconstitucionalidad del acuerdo 1911 de 2003 por vulnerar el artículo 152 de la Constitución al interpretar que son aplicables las disposiciones de una ley ordinaria a las causales de retiro de los servidores del poder judicial. Y no podía serlo porque la accionante, dentro de los cargos de la acción de nulidad, no planteó dicha controversia, limitando su ataque a las normas antes

señaladas y, por consiguiente, restringiendo la *litis* a este campo; pero, sobre todo, porque este examen implica una evaluación de la constitucionalidad de la ley 797 de 2003, en cuanto se determina su ámbito de aplicación, el cual se encuentra determinado por normas de naturaleza constitucional y, por consiguiente, cae dentro del ámbito reservado a la Corte Constitucional.

En este sentido, el silencio del Consejo de Estado en esta materia no puede ser óbice para obviar la aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución, que obliga a que la lectura de las disposiciones *infra* constitucionales se haga en plena armonía con las disposiciones que les sirven como parámetro en materia de control constitucional.

Ni la lectura que se haga del Acuerdo 1911 de 2003 -y de la sentencia 4773-03 de 2005 del Consejo de Estado-, ni la de la del parágrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003 -y la sentencia 1037 de 2003- puede dejar de considerar los razonamientos que sobre la constitucionalidad de las causales del retiro de los funcionarios de la rama judicial hizo la Corte Constitucional al evaluar el artículo 149 de lo que luego sería la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia.

Reitera la Corte que en aquella ocasión, en referencia a la disposición mencionada -artículo 149 LEAJ-, se manifestó “[r]especto del numeral 60., debe entenderse que la disposición se refiere únicamente a aquellos eventos en que el trabajador, habiendo cumplido con los requisitos legales para obtener su pensión de jubilación, ha decidido voluntariamente su retiro por haber llegado a una edad o a unas condiciones laborales que ameriten su reemplazo.(...)//El artículo será declarado exequible bajo las condiciones explicadas en esta providencia.”<sup>29</sup> -subrayado ausente en texto original-.

De esta consideración de la Corte se desprenden distintos elementos que constituyen piezas que necesariamente deben considerarse dentro del análisis jurídico que de estas situaciones se haga:

i. La Corte avaló la naturaleza estatutaria de la regulación de las causales de retiro de los empleados y funcionarios de la rama judicial. Al considerar ajustado a derecho que dichas causales se incluyeran en la ley estatutaria de la administración de justicia por ser un elemento esencial a la administración de justicia, interpretó que ésta era, de acuerdo con el artículo 152 de la Constitución, la fuente indicada para desarrollar el tema, excluyendo que disposiciones de distinta naturaleza pudieran modificar lo establecido por el artículo 149 de la ley 270 de 1996 -LEAJ-.

ii. La sentencia C-1037 de 2003 debe leerse en armonía con la sentencia C-037 de 1996, por lo que deberá entenderse que la regulación de las causales de retiro de los servidores de la rama judicial deben acatar lo establecido en el artículo 149 de la LEAJ, de la forma en que la Corte lo interpretó en la sentencia C-037 de 1996. Esto en el caso concreto significa que los empleados y funcionarios de la rama judicial, en caso de reunir los requisitos para obtener la pensión de jubilación o de vejez, deberán manifestar su *voluntad* de retirarse para que pueda procederse válidamente a su retiro de la administración de justicia.

iii. No resulta inconstitucional que una ley ordinaria reitere lo establecido en una disposición de naturaleza estatutaria, sin embargo, en ningún caso implicará que se anule la reserva normativa prevista por la Constitución para un determinado tema, es decir, que la regulación eficaz seguirá siendo la de naturaleza estatutaria, pues la naturaleza de la norma, al ser una exigencia de origen constitucional, no puede mutar.

iv. Para el caso concreto, esto significará que la causal de retiro para los empleados y funcionarios de la rama judicial debe ser de creación estatutaria y que la misma deberá entenderse en el sentido que determinó la Corte en la sentencia C-037 de 1996. Una interpretación distinta atacaría la reserva normativa prevista en el artículo 152 de la Constitución y el principio de cosa juzgada de las decisiones constitucionales establecido en el artículo 243 de la Constitución.

Son estos los elementos que conformarán el análisis que la Corte realice respecto del caso concreto que ante ella somete el presente asunto.

#### 8.5. Jurisprudencia Constitucional

Las Salas de revisión de la Corte Constitucional han decidido casos análogos en un par de ocasiones, los cuales corresponden a las decisiones T-1092 de 2008 y T-039 de 2009. En ambos casos la Corte se pronunció sobre el retiro de Magistrados de Tribunales sin que para la toma de tal decisión se hubiese contando con el consentimiento de los afectados, tal y como exige el artículo 149 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. La Corte ha estimado que la regulación aplicable a los casos como el que ahora la ocupa es la de naturaleza estatutaria, como lo manifestó en la última ocasión, corroborando lo establecido en la sentencia T-1092 de 2008:

*"De otro lado, la Ley 797 de 2003 reformó algunas disposiciones del sistema general de pensiones entre ellas el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que en su parágrafo 3º quedó así: "Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones." Este parágrafo, que otorga al empleador la facultad de dar por terminada la relación laboral cuando el trabajador cumpla con los requisitos para obtener la pensión de vejez, fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-1037 de 2003<sup>30</sup> en la que precisó que la relación legal o reglamentaria sólo podría darse por terminada cuando el trabajador fuese incluido en la nómina de pensionados.*

La redacción del parágrafo en comentario, deja claro que sus efectos se extienden tanto a los trabajadores del sector público como a los del sector privado sin importar si el tipo de vinculación es contractual o reglamentaria. Sin embargo, esa interpretación no encuentra cabida tratándose de servidores públicos de la rama judicial."

(...)

"Entonces, dado que para los servidores públicos de la rama judicial existen dos normas que regulan un mismo asunto de forma distinta, ellas son incompatibles, conservando su vigencia la contenida en la ley estatutaria de administración de justicia, es decir, el retiro con derecho a pensión de jubilación siempre que el funcionario manifieste su consentimiento al respecto. Ello por cuanto la Ley ordinaria 797 de 2003 (modificatoria del artículo 33 de la Ley 100 de 1993), no tiene la vocación de modificar o adicionar asuntos que han sido regulados por el legislador estatutario como ocurre con las casuales de retiro del servicio de quienes hacen parte de la carrera judicial."

De este modo la jurisprudencia constitucional que se ha ocupado del tema ha concluido, de manera uniforme, que la regulación aplicable a los funcionarios de la rama judicial es la contenida en el artículo 149 de la ley estatutaria, que, aunque contiene una causa idéntica, implica un mecanismo de retiro distinto al previsto en el parágrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003.

#### 9. Caso concreto

El caso que ahora estudia la Sala plantea la situación del señor Otálora Mesa, magistrado del Tribunal Superior de Tunja, que, con base en el parágrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003, fue retirado de su cargo una vez fue incluido su nombre en la nómina de pensionados de CAJANAL.

La resolución del caso exige, en primer lugar un examen de las causales de procedibilidad de la acción de tutela y, de determinarse su procedencia, la segunda parte del análisis deberá determinar si la mencionada regulación era la aplicable al accionante.

##### 9.1. Procedencia de la acción de tutela en el presente caso

Menciona el artículo 86 de la Constitución que la tutela procederá siempre que se vulnere un derecho fundamental y que el autor no tenga otro mecanismo para evitar o detener su vulneración, a menos que ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente caso la Sala aprecia relevancia constitucional, manifestada en la  *posible vulneración de los derechos fundamentales al debido*

proceso -en la manifestación de principio de legalidad- y al trabajo en virtud de la aplicación normativa hecha por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en desarrollo de lo establecido por los acuerdos 1911 de 2003, PSAA06-3360 de 2006 y PSAAA07-4043 de 2007. Sin embargo el estudio de estas posibles vulneraciones sólo se realizará si se comprueban las causales de procedencia exigidas a la acción de tutela.

En ese sentido observa la Sala que en contra de la resolución PSAR07-619 de 19 de diciembre de 2007 y PSAR08-49 de 25 de marzo 2008, que lo retiró del servicio y confirmó esta decisión respectivamente, el actor contaba con el recurso de nulidad y restablecimiento del derecho que podía ejercer dentro de los cuatro meses siguientes a la expedición de dichas resoluciones, lo que haría inviable la tutela como mecanismo para motivar una respuesta de la administración de justicia.

No obstante existir otro mecanismo para procurar la defensa del derecho, aprecia la Sala que desde un punto de vista material este no resulta eficaz, debido a que no es lo suficientemente expedito para garantizar una adecuada protección a los derechos fundamentales supuestamente vulnerados, pues la duración del proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa haría inútil la protección en caso de que ésta fuera favorable al señor Otálora Mesa, ya que llegaría ad portas de que cumpliera la edad para el retiro forzoso o luego de este momento -el señor Otálora en el momento cuenta con 61 años de edad<sup>31</sup> Esta situación generaría un perjuicio irremediable en los derechos fundamentales involucrados -acceso y estabilidad en los cargos públicos (artículo 40 numeral 7º de la Constitución), a la legalidad como manifestación del debido proceso (artículo 29 de la Constitución) y al trabajo (artículo 25 de la Constitución)- de manera que para evitar el acaecimiento de este daño grave e inminente se requiere la inmediata implementación de medidas urgentes, razón por la cual la acción de tutela resulta el mecanismo procedente en el presente caso.

## 9.2. Examen sobre la vulneración del derecho al debido proceso por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura

Como se mencionó al inicio de las consideraciones de esta providencia, se encuentra que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si a los funcionarios de la rama judicial les es aplicable la causal de retiro que prevé el parágrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003 -ley ordinaria- o si, por el contrario, las causales de retiro previstas por la ley 270 de 1996 -ley estatutaria de la administración de justicia- son las únicas aplicables a ellos. O, en otras palabras: es posible que, en aplicación del acuerdo 1911 de 2005 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se obligue al retiro de un servidor del poder judicial por cumplir los requisitos para obtener la pensión de jubilación o vejez, no obstante no haya alcanzado la edad de retiro forzoso?

La posición de la Sala es que para el presente caso resulta violatorio de la Constitución la interpretación -y, por consiguiente, la aplicación- del acuerdo 1911 de 2003. Son dos los fundamentos en que se apoya esta conclusión:

i. Aplicar el acuerdo 1911 de 2003 de la forma en que lo entiende la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura vulneraría el artículo 152 de la Constitución que reserva la regulación de la estructura y principios de la administración de justicia a la ley estatutaria.

ii. Aplicar el acuerdo 1911 de 2003 de la forma en que lo entiende la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura vulnera el artículo 243 de la Constitución, en la medida en que reproduce una norma declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 y, como consecuencia, desconoce los efectos de cosa juzgada que se derivan de la mencionada providencia.

Luego de explicar las causas de inconstitucionalidad mencionadas se establecerá como las mismas afectan derechos fundamentales del actor en este caso y, por consiguiente, resulta viable la acción de tutela para impedir que continúe la vulneración anotada.

### 9.2.1. La reserva de las causales de retiro de los funcionarios de la rama judicial a favor de la ley estatutaria

Como se aclaró anteriormente *supra* numeral 8- las causales de retiro de los funcionarios de la rama judicial tienen una faceta subjetiva y una objetiva. La primera implica que sean manifestación directa de derechos fundamentales como el derecho al trabajo, al acceso a cargos y funciones públicas, a la estabilidad laboral y a la legalidad como manifestación del debido proceso. Por otra parte, tienen un aspecto objetivo en

cuanto son manifestación directa del principio de independencia en la administración de justicia, pues garantizan la estabilidad de los servidores vinculados a la carrera judicial.

El segundo de estos aspectos hace que su regulación se encuentre dentro del ámbito temático reservado por la Constitución a la ley estatutaria, como de forma reiterada lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional y, específicamente, lo determinó la sentencia C-037 de 1996 al estudiar el numeral sexto del artículo 149 del entonces proyecto de la LEAJ.

Por estas razones las causales de retiro de los servidores de la rama judicial del poder público son un tema reservado a ley estatutaria, consecuencia de lo cual no puede existir *norma*<sup>32</sup> de naturaleza distinta que contrarie lo previsto por la norma estatutaria, pues estaría en contra vía del artículo 152 de la Constitución.

Este es el escenario en que se encuentra la interpretación del acuerdo 1911 de 2003 utilizada para el retiro del señor Otárola, que resulta inconstitucional en cuanto tiene como fundamento una interpretación no adecuada a la Constitución, en los términos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996. En efecto, la interpretación que sustenta el mencionado acto administrativo asume que el tercer párrafo del artículo 9º de la ley ordinaria 797 de 2003, al hacer referencia a los servidores públicos, reguló también lo concerniente a los servidores del poder judicial. Como antes aclaró la Sala, esta interpretación resulta contraria a la reserva a favor de la ley estatutaria. El principio de interpretación conforme a la Constitución obliga a entender que la regulación del párrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003 es de aplicación a todos los servidores públicos, con excepción de aquellos casos que por mandato superior encuentren que sus causales de retiro del servicio están reservadas a una fuente jurídica distinta a la ley ordinaria.

Así mismo, si se entendiera que la disposición de la ley ordinaria únicamente reiteró lo consagrado en una disposición estatutaria y que por este sólo hecho no contraría el texto constitucional, aquella se tendría que interpretar conforme a la Constitución, es decir, en acuerdo con el sentido que la Corte Constitucional determinó debía extraerse de dicha norma para declararlo acorde con la Constitución<sup>33</sup>

Por esta razón, el principio de interpretación conforme a la Constitución no permite que el entendimiento que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura hace del acuerdo 1911 de 2003 sea aplicable sin menoscabar principios esenciales a nuestro orden constitucional.

Esta es la primera razón por la cual debe excepcionarse la aplicación de la interpretación referida.

#### 9.2.2. Vulneración del artículo 243 de la Constitución.

Cuando la Corte Constitucional estudió el proyecto de LEAJ el artículo 149 consagró las causales de retiro de los servidores de la rama judicial de la siguiente forma:

ARTICULO 149. *RETIRO DEL SERVICIO*. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos:

1. Renuncia aceptada.
2. Supresión del Despacho Judicial o del cargo.
3. Invalidez absoluta declarada por autoridad competente.
4. Retiro forzoso motivado por edad.

5. Vencimiento del período para el cual fue elegido.

-

6. Retiro con derecho a pensión de jubilación.

7. Abandono del cargo.

8. Revocatoria del nombramiento.

9. Declaración de insubsistencia.

10. Destitución.

11. Muerte del funcionario o empleado.

Se reitera que sobre el sexto numeral de esta disposición la Corte Constitucional concluyó

"Respecto del numeral 6o., debe entenderse que la disposición se refiere únicamente a aquellos eventos en que el trabajador, habiendo cumplido con los requisitos legales para obtener su pensión de jubilación, ha decidido voluntariamente su retiro por haber llegado a una edad o a unas condiciones laborales que ameriten su reemplazo.

(...)

El artículo será declarado exequible bajo las condiciones explicadas en esta providencia.<sup>34</sup> –subrayado ausente en texto original-

Esta manifestación de la Corte implicó un juicio de constitucionalidad condicionada, en el sentido que la adecuación a la Constitución dependía de su interpretación en los precisos términos en la providencia descritos.

*Contrario sensu*, la Corte excluyó la interpretación gramatical de la disposición del numeral 6º, según la cual el retiro podía darse sin el consentimiento o, incluso, en contra del parecer del servidor de la rama judicial. No obstante ser declarada inconstitucional, esta interpretación normativa es la que se deriva del tercer párrafo del artículo 9º de la ley 797, *si se entiende que el mismo es de aplicación a los servidores judiciales*. De ser así se estaría repitiendo un contenido que ya fue declarado inconstitucional por la Corte al estudiar el proyecto de LEAJ, algo prohibido expresamente por el artículo 243 de la Constitución, que en su segundo inciso consagra

"Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución"

Así mismo, la interpretación que se encuentra tras la aplicación del acuerdo 1911 de 2003 reproduce en su integridad el contenido excluido por la Corte Constitucional, esto es que los servidores de la rama judicial puedan ser desvinculados por el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, sin que para ello medie su consentimiento, por lo que vulnera, además, el principio de cosa juzgada de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional.

El juicio exigido por el artículo 243 de la Constitución se completa al comprobar la vigencia de los artículos que motivaron dicha interpretación se encuentran vigentes. De acuerdo con las consideraciones de la Corte y las condiciones del caso concreto éstos son el 125 y el 150 numeral 23 de la Constitución, mencionados expresamente por la Corte y el 152, disposición de obvia aplicación en el examen realizado. Todas y cada una de las disposiciones constitucionales en que pudo haberse basado el examen se encontraban vigentes al momento de ser aplicadas en el caso del señor Otálora Mesa e, incluso, continúan vigentes hoy en día.

De esta manera se comprueba otro motivo de inconstitucionalidad de la interpretación que extienda el contenido del tantas veces mencionado parágrafo a los servidores de la rama judicial.

#### 9.2.3. La afectación de derechos fundamentales a partir de la interpretación del acuerdo 1911 de 2003

La inconstitucionalidad derivada de la interpretación del tercer parágrafo del artículo 9º del acuerdo 1911 de 2003 en el caso del señor Otálora Mesa importa al juez de tutela en cuanto su aplicación implicó la vulneración de derechos fundamentales tales como el debido proceso, el derecho al trabajo y el acceso a cargos y funciones públicas.

El derecho al debido proceso se afectó en el momento en que le fue aplicada una interpretación que no resulta conforme a la Constitución, desconociendo el principio de legalidad, en el entendido que los preceptos que rigen las relaciones entre los particulares y entre éstos y el Estado deben estar acorde con las garantías y limitaciones previstas en el ordenamiento constitucional. Así mismo, como tantas veces se ha mencionado, se desconoce el principio de interpretación conforme a la Constitución, pues la *norma*, que técnicamente también existe en la ley estatutaria –n.º 6º del art. 149-, no fue interpretada siguiendo los parámetros fijados por la Corte en la sentencia C-037 de 1996.

Se afectan, además, los derechos al trabajo y al acceso a cargos y funciones públicas, por cuanto la aplicación del acuerdo al señor Otálora Mesa desconoce la estabilidad, que resulta un elemento esencial de la carrera en la rama judicial, pues se hace efectiva una causal de retiro no sólo inexistente, sino expresamente declarada inconstitucional para el caso de los servidores de la rama judicial, calidad que ostentaba el señor Otálora Mesa antes de su retiro.

En este sentido, la Corte encuentra pertinente resaltar que para el caso en estudio las causales de retiro aplicables a los servidores de la rama judicial del poder público eran única y exclusivamente las previstas por la LEAJ, en cuanto fuente a la que la Constitución reserva esta materia. *Contrario sensu*, será contraria a la reserva normativa hecha en la Constitución que los asuntos relacionados con el retiro de los servidores de la rama judicial sean tratados *con diferente sentido* por fuentes normativas distintas a la ley estatutaria, a menos que se trate de actos administrativos que reglamenten su aplicación<sup>35</sup>.

Los argumentos presentados no dejan a la Corte otra opción que censurar la interpretación que del acuerdo 1911 de 2003 hizo la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el presente caso. Dicha interpretación no simplemente implica una vulneración de la posición subjetiva que para el actor se deriva de los derechos al debido proceso, al trabajo y al acceso a cargos y funciones públicas; también implica un desconocimiento de los mandatos que de estos derechos se derivan para los poderes públicos, específicamente para el administrador de la rama judicial, en cuanto dicha interpretación se aleja de contenidos que debieron servir como parámetro de su actuación.

En contra de esta posición podría argumentarse que existe una sentencia de constitucionalidad de declaró exequible el parágrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003, por lo que esta norma, salvo previsión expresa, debería serle aplicable a todos los servidores públicos, incluyendo aquellos pertenecientes a la carrera judicial. En efecto, la sentencia C-1037 de 2003 declaró exequible el apartado estudiado, con la única condición de incluir al servidor retirado en la lista de pensionados de la correspondiente entidad antes de que se haga efectivo su retiro. Sin embargo, y como se mencionó anteriormente –*supra* numeral 8-, este argumento no puede desconocer el funcionamiento sistemático del ordenamiento jurídico y, por consiguiente, la necesidad de coherencia interna en la argumentación jurídica que se desarrolle en su interior. En efecto, la sentencia en mención contiene una manifestación general que, aunque de gran obviedad, resulta valiosa en el análisis que ahora se realiza; estableció la sentencia que

"En consecuencia, compete al Legislador, en ejercicio de la potestad de configuración política, determinar las demás causales de terminación de las relaciones laborales públicas y privadas, respetando los límites, principios y valores constitucionales." -subrayado ausente en texto original-

En este sentido, se reitera que la lectura de la sentencia C-1037 de 2003, donde se declaró la constitucionalidad del tercer parágrafo del artículo 9º de la ley 797, ha de hacerse en armonía con lo establecido por la misma corporación en la sentencia C-037 de 1996, de manera que sólo en los eventos en que el funcionario o empleado de la rama judicial manifieste su voluntad de retirarse, el cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión será una causal válida de retiro. Sólo así se estarán garantizando los principios de supremacía constitucional, interpretación conforme a la Constitución, cosa juzgada constitucional y los derechos fundamentales de empleados y funcionarios de la rama judicial.

Con base en lo expuesto hasta el momento y analizando la situación del señor Otálora Mesa, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que en el presente caso se desconoció el principio de legalidad, ocasionando la vulneración de los derechos al debido proceso y al trabajo.

### 9.3. Derechos del tercero de buena fe que accedió al cargo dejado por el señor Otálora Mesa

De lo hasta ahora anotado queda establecido que al señor Otálora Mesa le fueron vulnerados distintos derechos fundamentales con ocasión de su retiro del cargo en razón de haber cumplido los requisitos para acceder a una pensión de jubilación; sin embargo, no puede desconocer la Sala que en el cargo que antes ocupó el actor de tutela han sido nombrados terceros de buena fe; en efecto, la cronología de quienes han ocupado dicha plaza es la siguiente

i. La Dra. Romero Silva fue nombrada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia como Magistrada de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en encargo y provisionalidad, el 27 de marzo de 2008 -folio 74 del cuaderno de primera instancia-, posesionándose en encargo el 1º de abril de 2008. La confirmación del nombramiento en provisionalidad se produjo el día 23 de abril de 2008 y su posesión en provisionalidad el día 12 de mayo de 2008.

ii. La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia designó en propiedad al Dr. José Horacio Tolosa Aunta, siendo confirmado en propiedad el 9 de octubre de 2008 y, finalmente, tomando posesión en propiedad el 1º de noviembre de 2008 -folios 21 y 36 del cuaderno de tutela-.

En la actualidad es el señor José Horacio Tolosa Aunta quien ocupa la plaza de la que fuera separado el señor Otálora Mesa. Respecto del nombramiento en propiedad del señor Tolosa Aunta deben resaltarse dos aspectos distintos:

i. La decisión de la Corte Suprema de Justicia generó una expectativa legítima en el señor Tolosa Aunta, la cual tiene como base el principio de buena fe en las actuaciones de la administración y, adicionalmente, la confianza legítima que de éstas se deriva para los administrados.

ii. De lo aportado al expediente por el señor Tolosa Aunta se establece que antes de ocupar el cargo de Magistrado de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Tunja, éste se desempeñaba como Juez Cuarto Civil del Circuito de Tunja -folios 27, 28 y 29 del cuaderno de tutela-.

La situación fáctica que ha seguido a la desvinculación del señor Otálora Mesa ha implicado el surgimiento de derechos para el tercero de buena fe de que actualmente ocupa la plaza de Magistrado de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Tunja. Los derechos de este tercero, es decir del señor Tolosa Aunta, surgen a partir de la confianza en la actuación de la administración y del paso del tiempo en permanencia de dicho cargo, pues ha ejercido como Magistrado en propiedad por algo más de dos años. En este sentido, se recuerda que el nombramiento en propiedad del señor Tolosa Aunta fue producto de un concurso, cuya última etapa fue su elección para ocupar la mencionada vacante por parte de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia; así, se resalta que el actual Magistrado del Tribunal Superior de Tunja se retiró del cargo que ocupaba con anterioridad (Juez Cuarto del Circuito en la ciudad de Tunja), siendo, a su vez, ocupado por otro tercero de buen fe. Esta situación obliga al juez de tutela a considerar las consecuencias que su fallo tendría para alguien que fue nombrado en propiedad en un cargo perteneciente a la administración de justicia, para lo cual renunció al cargo de Juez Cuarto Civil del Circuito de Tunja, cargo también perteneciente a la administración de justicia y que, muy seguramente, en la actualidad se encuentra ocupado por otro tercero de buena fe que probablemente también renunció a un cargo que venía desempeñando para posesionarse como Juez Cuarto Civil del Circuito de Tunja.

Adicionalmente, debe valorarse que los derechos fundamentales afectados al señor Otálora Mesa no comprometen su derecho al mínimo vital, pues desde el momento de su desvinculación el actor recibe una mesada pensional de algo más de diez millones de pesos a valor del año 2008.

Por las anteriores consideraciones, la Sala concluye que en el caso en estudio se presenta una *situación extraordinaria* respecto de los involucrados en la presente acción de tutela. En efecto, aunque cuando el señor Otálora Mesa interpuso la acción de tutela no había sido proveído en propiedad el cargo que ocupaba, al momento en que la Sala Plena de la Corte Constitucional toma esta decisión la situación ha variado pues, a partir del 1º de noviembre de 2008 se posesionó en propiedad quien desde hace algo más de dos años ocupa el cargo de Magistrado de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja, es decir el señor Tolosa Aunta.

Los elementos de juicio que se conjugan en este caso llevan a la Corte a concluir que excede de los alcances del juez de tutela el determinar la suerte de una cadena *ad infinitum* de posibles afectados que probablemente están ocupando los cargos que quedaron vacantes a partir del retiro del señor Otálora Mesa. Por esta razón, en el presente caso y por las muy específicas condiciones que los afectados con las órdenes fruto del proceso de tutela, la Corte, aunque tutelará el derecho del señor Otálora Mesa, declarará que debido al paso del tiempo en ejercicio del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Tunja y de la confianza legítima que surge a partir de un acto proferido hace más de dos años por la rama judicial el tercero involucrado, es decir el señor Tolosa Aunta, tiene el derecho de permanecer en el cargo que ocupa.

En consecuencia se ordenará a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia que, tan pronto exista una vacante, reintegre a la Rama Judicial, sin necesidad de concurso público o elección, al señor Otálora Mesa en un cargo de iguales condiciones que aquel que ocupaba al momento en que fue obligado a retirarse de la carrera judicial.

Es enfática la Sala en señalar que esta decisión no va en contra del precedente establecido por esta Corte en casos aparentemente análogos<sup>36</sup> en los que correspondió ordenar que la persona separada del cargo fuera reintegrada al mismo. En este caso, dentro del expediente se cuenta con la información acerca de la situación del tercero de buena fe que ocupa el cargo y, por consiguiente, de la cadena de terceros de buena fe que serían afectados por esta decisión; se resalta que el señor Tolosa Aunta se encontraba ocupando en propiedad un cargo de carrera en la administración de justicia, del cual, según se probó en el expediente, renunció para posesionarse en el de Magistrado de Tribunal Superior, situación que resulta suficiente para distinguir entre la actual situación fáctica y aquellas debatidas con anterioridad en donde la situación del tercero no había creado derechos a favor de éste.

Finalmente, señala la Corte que las decisiones tomadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura eran formalmente fundadas y razonables interpretaciones de las normas que regulan el tema; sin embargo, las mismas eran fruto de una interpretación parcial, que no tenía en cuenta la relación existente entre la ley ordinaria y la ley estatutaria en el específico caso de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, siendo el papel de la Corte Constitucional remediar este tipo de situaciones al realizar una interpretación conforme a la Constitución sobre el alcance que dichas regulaciones tienen en casos como el analizado. En este sentido, para dar una respuesta resultaba presupuesto indispensable determinar el alcance de diferentes cuerpos normativos de naturaleza reglamentaria, de ley ordinaria y de ley estatutaria, así como de providencias judiciales que, en principio, transmitían la *apariencia* de adecuación constitucional a la interpretación ahora censurada. Son estas las razones para concluir que las decisiones tomadas por parte de las distintas instituciones en este caso involucradas no pueden entenderse, desde ningún punto de vista, como generadoras de algún tipo de responsabilidad para los funcionarios que participaron en la toma de las mismas, pues, como se explicó, todas y cada una de dichas interpretaciones estaban fundadas en una apariencia de razonabilidad y, claramente, estuvieron guiadas por el principio de buena fe, elemento connatural a las actividades de la administración. De esta manera la prevención que se hará en la parte resolutiva para que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tome nuevas decisiones con base en el razonamiento hasta el momento empleado y, por el contrario, aplique la interpretación prevista en esta providencia, no implica, en lo absoluto, señalamiento de errores o equivocaciones por parte de los autores de las decisiones controvertidas y, por consiguiente, no genera la posibilidad de establecer responsabilidades derivadas de dichas interpretaciones.

Son estos los argumentos que llevarán a la Sala Plena de la Corte Constitucional a reconocer que en el caso en estudio se presentó la vulneración de derechos fundamentales al señor Otálora Mesa, lo que no obsta para que se reconozcan los derechos surgidos a favor de un tercero de buena fe y que, en consecuencia, se concluya que la interpretación más protectora de todos los derechos involucrados es aquella que ordene asignar la siguiente vacante que se presente al señor Otálora Mesa. Así mismo, se prevendrá a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que no ordene ningún otro retiro de funcionario alguno de la rama judicial por el solo hecho de cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos del presente caso.

Segundo.- REVOCAR las sentencias proferidas dentro del asunto de la referencia, en primera instancia por la Subsección B Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en segunda, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En consecuencia, CONCEDER el amparo de los derechos al debido proceso y al trabajo del señor Luis Humberto Otálora Mesa.

Tercero.- DECLARAR que el señor Luis Humberto Otálora Mesa no podía haber sido separado del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja por reunir los requisitos para obtener la pensión de jubilación, a menos que hubiera decidido retirarse voluntariamente o hubiese acaecido otra causal de retiro definitivo del servicio. En consecuencia, DECLARAR SIN VALOR NI EFECTO ALGUNO la Resolución N° PSAR 07-619 de 19 de diciembre de 2007 *"Por medio de la cual se retira del servicio a un servidor vinculado por el régimen de carrera judicial"*, al igual que la Resolución PSAR 08-49 de 25 de marzo de 2008 *"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición"*, proferidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Cuarto.- DECLARAR que el señor Luis Humberto Otálora Mesa tiene derecho a seguir laborando como Magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial, no obstante reunir los requisitos para obtener su pensión de jubilación, hasta que decida retirarse voluntariamente o acaezca otra causal de retiro definitivo del servicio. En consecuencia, ORDÉNESE a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura actuar de conformidad con lo establecido en el numeral 9.3 de esta providencia y, de acuerdo con las funciones propias de cada una, designen en la primera vacante de iguales o similares condiciones que se presente en el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Distrito Judicial, sin necesidad de que dicha decisión sea fruto de una elección por parte del ente nominador.

Quinto.- DECLARAR que el señor Tolosa Aunta tiene derecho a permanecer en el cargo de Magistrado de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja.

Sexto.- En apoyo de las posibilidades que la faceta objetiva de los derechos fundamentales brinda para su protección, se PREVIENE a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para que en lo sucesivo no desvincule a funcionario alguno de la rama judicial con base, exclusivamente, en el cumplimiento de los requisitos para acceder al pago de la pensión de jubilación o vejez.

Séptimo.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y CÚMPLASE.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

*Con salvamento parcial de voto*

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

*Con salvamento parcial de voto*

JORGE IGNACIO PRETEL T CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

*SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA*

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA SU-938 de 2010

ACCION DE TUTELA CONTRA EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Caso en que se debió ordenar reintegro de forma inmediata al mismo cargo que ocupaba magistrado de Tribunal, del cual fue separado sin una causal de retiro definitivo del servicio (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente T-2262000

Acción de tutela instaurada por Luis Humberto Otálora Mesa contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Magistrado Ponente:

Humberto Antonio Sierra Porto

Con el acostumbrado respeto, dejo consignadas las razones por las cuales salvé mi voto parcialmente en la presente sentencia.

1. Estoy de acuerdo con la mayoría en que era preciso tutelar los derechos fundamentales del peticionario, pero no en que se supeditara -como se hizo en el numeral cuarto de la parte resolutiva- la garantía efectiva de los mismos a la aparición de una vacante “*de iguales o similares condiciones*” a las del cargo de magistrado del Tribunal Superior de Distrito Judicial. Considero que esa orden era *insuficiente, innecesaria y desproporcionada*. Y pienso que han debido adoptarse otras en su lugar, como paso a sustentarlo enseguida.

2. En primer término, creo que la orden contenida en el numeral cuarto es *insuficiente* para proteger los derechos fundamentales del señor Luis Humberto Otálora Mesa. A mi juicio, ante una conclusión como la adoptada en esta sentencia, de acuerdo con la cual al peticionario le fueron violados sus derechos al debido proceso y al trabajo, la Corte Constitucional estaba obligada a adoptar una orden que *garantizara de forma “inmediata” su goce efectivo* (art. 86, C.P.). Pero no fue eso lo que hizo, ya que se decidió ordenarle a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia designar al doctor Otálora Mesa, en la primera vacante de iguales o similares condiciones, que se presente para el cargo de Magistrado de Tribunal Superior del Distrito Judicial. Con esa decisión, en el mejor de los escenarios la Sala Plena aplazó la protección segura de los derechos hasta una fecha definitivamente indeterminada, y posiblemente lejana. Y, en el peor de ellos, simplemente no le concedió ninguna protección, pues podría ocurrir que el surgimiento de esa vacante sobrevenga en un momento en el cual el tutelante ya no pueda ejercer el cargo. En ese caso, habrá perdido injustamente su derecho a permanecer en el empleo, y además su derecho a la protección efectiva del mismo por vía judicial.

3. En segundo lugar, pienso que la orden era además *innecesaria*. Porque ella se adoptó con dos fines: por una parte, con el de no afectar al tercero de buena fe que actualmente ocupa la vacante dejada por el peticionario y, por otra, con el de no interferir en los derechos de otros terceros de buena fe, que de un modo u otro consiguieron ciertos derechos a causa del retiro del tutelante. Así, juzgo innecesaria la orden, porque esos fines habrían podido lograrse en un grado admisible, con resoluciones distintas. Claro, siempre y cuando se entienda que no afectar los derechos de esos terceros no es equivalente a que esté absolutamente prohibido interferir en ellos. Porque en un conflicto de derechos es francamente muy difícil, por no decir inevitable, no hacer sacrificios. Y es injusto que en un caso como este todos los sacrificios tenga que soportarlos una de las partes (el señor Luis Humberto Otálora Mesa).

En ese sentido, la otra solución posible, con la virtud de garantizar esos mismos propósitos en una medida aceptable, habría podido ser la de distribuir equitativamente las cargas que depara una decisión injusta del Estado, como la que se tomó al respecto, entre varios particulares así

sean de buena fe. Porque no nos olvidemos de que el tutelante también ha obrado de buena fe. La distribución de las cargas de la decisión injusta habría sido, entonces, en mi criterio, más ajustada si se hubiera ordenado primero, dejar sin efectos el nombramiento del tercero en el cargo de Magistrado de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Tunja. Segundo, ordenar la designación inmediata del demandante en esa plaza. Tercero, ordenar la designación de los terceros afectados por la decisión, que pertenezcan a la Rama Judicial, en las primeras vacantes de iguales o similares condiciones que se presenten para los cargos que ocuparon hasta la notificación de este fallo.

Quizás estas órdenes no asegurarían una protección para *todos* los terceros *posiblemente* afectados. Pero eso no indica ni que deban descartarse, ni mucho menos que las órdenes efectivamente adoptadas en este fallo sean necesarias. Por una parte, porque en el proceso sólo hay pruebas de que la decisión podría alterar las condiciones de dos terceros: de quien hoy por hoy se desempeña en el puesto que tenía el actor, (en el cual permaneció por concurso, desempeñándose por espacio de muchos años como magistrado titular), y las de quien reemplazó, a su vez, a aquél en el sitio que dejó vacante para posesionarse en propiedad como Magistrado. Pero no hay evidencias de que otros terceros se hayan visto lesionados. Así, cualquier efecto que se predique a este respecto, no pasa de ser una suposición razonable. Y, por otra parte, porque esa suposición tiene límites. No hay tantos terceros como se sugiere en la sentencia, pues en realidad la aludida “*cadena ad infinitum*” de involucrados no pasa de ser una exageración.

En suma, aun cuando había que proteger los derechos de los terceros de buena fe, no está probada sino la afectación de dos de ellos. Y si bien es razonable suponer que otros terceros también se vean interferidos por la decisión, en todo caso no son tantos como se sugiere en la providencia. Pero, es más equitativo repartir entre todos las consecuencias indeseables de una decisión injusta adoptada por un órgano del Estado, que asumirlas en mayor parte un ciudadano que siempre ha obrado de buena fe.

4. En tercer lugar, la orden es adicionalmente *desproporcionada*. En mi sentir no compensa, con los beneficios que está llamada a producir, los sacrificios que de hecho supone para otros principios constitucionales imperiosos, no adecuadamente tenidos en cuenta dentro de la sentencia. Pareciera que la Corte mostró tanto celo en ponderar los derechos de ciertos terceros de buena fe, que no reparó en las implicaciones de su decisión para la garantía de otros bienes constitucionales relevantes. Porque, en mi opinión, no advirtió puntualmente que, sin ciertas precauciones que aún estamos a tiempo de tomar en casos futuros, *esta jurisprudencia podría representar una amenaza para la estabilidad, continuidad y permanencia de los jueces en sus cargos y en sus plazas*. Y, más grave aún, como consecuencia de ello erosionar las garantías de *independencia y autonomía judicial, así como el derecho a ser juzgado por un juez natural*.

Efectivamente, en términos prácticos, las reglas aplicadas en esta providencia significan que los jueces removidos injustamente de sus cargos de carrera, y por ende también de sus plazas, no tienen a su alcance un instrumento que les permita retornar a ellas de *inmediato*, cuando el ente encargado haya designado previamente terceros de buena fe. Con ello, no sólo se afectan los derechos del juez depuesto al trabajo, a la permanencia y continuidad en los cargos de carrera, a acceder a una justicia pronta, y si el retiro es injusto al debido proceso. En el fondo, al interferir de esta manera la estabilidad, permanencia y continuidad de los jueces en sus *cargos*, se está interfiriendo en su independencia y autonomía. Y esto no merece ulteriores explicaciones, porque pocas cosas han sido tan claras en el derecho público, como que un juez ante el temor de perder su cargo -así sea temporalmente- por causas ligeras, puede verse al menos tentado a congraciarse con quienes tengan la facultad de disponer sobre su investidura.<sup>37</sup> Así, como no hay ninguna fórmula mágica para impedir toda arbitrariedad en ese sentido, los Estados Constitucionales deben garantizar al menos un remedio *inmediato* para contrarrestarla. Pero cuando el principal garante del Estado Constitucional resigna la restitución inmediata de los jueces a sus cargos, no hace otra cosa que acender ese temor, y debilitar de paso la autonomía y la independencia judicial.

5. Así las cosas, en mi criterio, en vez de la orden impartida en el numeral cuarto, que solo comparto parcialmente, debió como en efecto se hizo revocarse las sentencias proferidas, declarar sin valor ni efecto alguno la Resolución N° PSAR 07-619 de 19 de diciembre de 2007 “por medio de la cual se retira del servicio a un servidor vinculado por el régimen de carrera judicial”, al igual que la Resolución PSAR 08-49 del 25 de marzo de 2008 “por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición” de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Pero no debió ordenarse a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que designaran al señor Luis Humberto Otálora Mesa en la primera vacante de iguales o similares condiciones que se presente en el cargo de magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial …”, ya que si lo que se pretendía era evitar la vulneración de su derecho fundamental al trabajo, este debió protegerse integralmente y proferirse una orden de que fuera reintegrado en forma inmediata al mismo cargo que ocupaba como magistrado de Tribunal en el Distrito Judicial de Tunja, empleo que ocupó por muchos años, en el cual permaneció por concurso, y del que fue separado sin que acaeciera una causal de retiro definitivo del servicio, asistiendo por ello, mejor derecho de quien lo sucedió y por lo tanto someterlo a una espera injustificada y al albur de que resulte un cargo igual, incluso en un Distrito Judicial distinto al que corresponde a la sede habitual de su trabajo, se torna en una protección insuficiente, para remediar la situación de vulneración de los derechos del señor Otálora Mesa.

Tampoco compartí por la misma razón la decisión consignada en el numeral quinto, pues la orden impartida a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de designar en la primera vacante de iguales o similares condiciones que se presente en el cargo de magistrado de Tribunal Superior debió expedirse con respecto al señor Tolosa Aunta.

*Fecha ut supra,*

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

<sup>1</sup> El mencionado Acuerdo establece

ARTICULO PRIMERO.- Ordenar a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, levantar un censo general de los servidores en carrera judicial que en la actualidad tengan reconocida la pensión de jubilación y de aquellos que habiendo cumplido los requisitos de ley, no han solicitado su reconocimiento o su petición se encuentra en trámite, con base en el Sistema de Información de Personal establecido por el Acuerdo 1663 de diciembre 11 de 2002 y los datos obtenidos de las entidades administradoras del sistema general de pensiones..

ARTICULO SEGUNDO.- La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial deberá comunicar al servidor judicial en carrera su situación administrativa, a fin de que proceda a dar cumplimiento a lo establecido por el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, con la advertencia de que si en el plazo señalado en la norma no eleva la solicitud correspondiente, la Sala Administrativa, a través de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, podrá pedir el reconocimiento de la pensión de jubilación en nombre de aquel.

ARTICULO TERCERO.- La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejercerá la facultad de ordenar el retiro de los servidores judiciales que se encuentren incursos en la causal contemplada por el artículo 9º, parágrafo 3º de la Ley 797 de 2003, de acuerdo con el plan de desvinculación que establezca mensualmente con base en el censo de que trata el artículo primero del presente Acuerdo.

En la elaboración del plan de desvinculación se atenderán, entre otros criterios, la edad, el tiempo de servicios, la calificación del desempeño y, en todo caso, se procurará hacer más eficiente la prestación del servicio público esencial de la administración de justicia.

ARTICULO CUARTO.- La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial ejecutará el plan de retiro del servicio de que trata el artículo anterior y comunicará la decisión, para cada caso, al nominador, para los efectos relacionados con su legalización, de conformidad con lo previsto por los artículos 173 y 174 de la Ley 270 de 1996.

En firme el acto administrativo de desvinculación del servicio, el nominador lo informará de inmediato a la autoridad administradora de la carrera judicial para los fines pertinentes.

ARTICULO QUINTO.- La Unidad de Administración de la Carrera Judicial prestará el apoyo necesario a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para la implementación y ejecución del presente Acuerdo.

ARTICULO SEXTO.- La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, rendirá informes a la Sala Administrativa, sobre el desenvolvimiento de las medidas adoptadas mediante el presente Acuerdo, para efectos de la elaboración, el seguimiento, la evaluación y los ajustes del plan de retiro.

ARTÍCULO SÉPTIMO.- El presente Acuerdo rige a partir de su publicación en la Gaceta de la Judicatura.

<sup>2</sup> Ratificado por el Auto 198 de 2009.

<sup>3</sup> Hasta el momento se han proferido las siguientes leyes estatutarias [Ley 130 de 1994](#); Por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre la financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones, [Ley 131 de 1994](#); Por la cual se reglamenta el voto programático y se dictan otras disposiciones, [Ley 133 de 1994](#); Por la cual se desarrolla el Derecho de Libertad Religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política, [Ley 134 de 1994](#); Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana, [Ley 137 de 1994](#); Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia, [Ley 163 de 1994](#); Por la cual se expedan algunas disposiciones en materia electoral, [Ley 270 de 1996](#); Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 446 de 1998; Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, Ley 585 de 2000; Por medio de la cual se derogan, modifican y suprimen algunas disposiciones de la Ley 270 de 1996 y Decreto 2699 de 1991, Ley 581 de 2000; Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisivos de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones, Ley 616 de 2000 Por la cual se modifica el artículo 10 de la Ley 130 de 1994, Ley 649 de 2001; Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia, Ley 741 de 2002; Por la cual se reforman las Leyes 131 y 134 de 1994, Reglamentarias del voto programático, Ley 743 de 2002; Por la cual se desarrolla el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal, Ley 771 de 2002; Por la cual se modifica el artículo 134 y el numeral 6 del artículo 152 de la Ley 270 de 1996, Ley 850 de 2003; Por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas, Ley 892 de 2004; Por la cual se establecen nuevos mecanismos de votación e inscripción para garantizar el libre ejercicio de este derecho, en desarrollo del Artículo 258 de la Constitución Nacional, Ley 971 de 2005; Por medio de la cual se reglamenta el mecanismo de búsqueda urgente y se dictan otras disposiciones, Ley 996 de 2005; Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones, Ley 1070 de 2006; Por medio de la cual se reglamenta el voto de extranjeros residentes en Colombia, Ley 1095 de 2006; Por la cual se reglamenta el Artículo 30 de la Constitución Política Hábeas Corpus, Ley 1123 de 2007; Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado; Arts. 59, 60, Ley 1266 de 2008; Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones y Ley 1285 de 2009; Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.

<sup>4</sup> Lo que, como se abordará más adelante, no necesariamente implica que todos los preceptos o disposiciones estatutarias u orgánicas estén incluidos en cuerpos legales de este tipo. Esta situación se presentó en la sentencia C-307 de 2004 al estudiar el artículo 1º del proyecto de ley Estatutaria 081/02 de Senado y 228/03 Cámara sobre nuevos mecanismos de votación, en donde se estableció "[e]stima la Corte que en el artículo objeto de estudio, en criterio que es aplicable a las demás disposiciones del proyecto de ley, no tienen carácter estatutario aquellos contenidos normativos que se refieren a aspectos eminentemente técnicos y operativos pero que no comportan una decisión sobre la modalidad de votación ni sobre las garantías que deben acompañar al proceso electoral. Tales materias, por consiguiente, podrán ser reguladas en el futuro mediante ley ordinaria//Adicionalmente, es preciso señalar que las autoridades electorales cuentan con competencias residuales de reglamentación, de acuerdo con la ley y con el reglamento, en relación con aquellos aspectos meramente técnicos y operativos cuyo desarrollo es indispensable para el cabal cumplimiento de las responsabilidades que la Constitución les atribuye." -Subrayado ausente en texto original-. Otro ejemplo lo encontramos en la sentencia C-713 de 2008, que estudió el proyecto de reforma de la ley 270 de 1996 -estatutaria de la administración de justicia-, ocasión en la que se concluyó "16.- Por último, debe aclararse que la regulación del arancel judicial no es materia sometida a reserva de ley estatutaria, en la medida en que su contenido no se refiere a la estructura orgánica esencial de la administración de justicia. En consecuencia, nada obsta para que se regule o modifique su configuración mediante ley ordinaria, desde luego observando los parámetros formales y sustanciales para la expedición de tales normas. En todo caso, la Corte considera que la configuración del arancel judicial no puede conllevar la imposición de barreras de acceso a la justicia, ni desincentivar a los ciudadanos para que se vean obligados a acudir ante los particulares investidos transitoriamente para hacer uso de los mecanismos alternativos de administración de justicia. Por el contrario, el arancel judicial debe corresponder a montos que tomen en cuenta la naturaleza de los procesos, las cuantías de los mismos y en general todos aquellos factores que permitan demostrar la razonabilidad del cobro"-subrayado ausente en texto original-. Respecto de la ley orgánica la sentencia C-149 de 2010 previó una solución análoga, al consagrar "5.3.5. El artículo 7º de la Ley 388, que establecía la distribución de las competencias en materia de ordenamiento del territorio entre las distintas instancias del Estado, fue declarado inexistente mediante Sentencia C-795 de 2000, debido a que desconocía la reserva de ley orgánica que existe sobre la materia// Es claro, sin embargo, que, en ausencia de ley orgánica de ordenamiento territorial, las competencias, tanto normativas como de ejecución, para la acción del Estado en el ámbito urbano deben distribuirse en función de los criterios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad de una manera que resulte respetuosa, tanto del carácter unitario del Estado, como de la garantía de autonomía de las entidades territoriales. Es pertinente recordar como la Corte ha precisado que la Ley orgánica no es requisito previo para la elaboración de Leyes que distribuyen competencias entre la Nación y los entes territoriales."

<sup>5</sup> Sentencia C- 600<sup>a</sup> de 1995.

<sup>6</sup> Sentencia C- 579 de 2001.

<sup>7</sup> Sentencia C-1042 de 2007.

<sup>8</sup> Es enunciativo de lo expresado la sentencia C-307 de 2004, que al respecto manifestó “[e]sta concurrencia, en un mismo proyecto de ley, de temas sujetos a reserva especial junto con otros propios de la legislación ordinaria, puede atribuirse a la necesidad de expedir una regulación integral sobre determinadas materias, que en general están sujetas a la reserva especial, sin que resultase razonable, en tal caso, que el legislador debiese acudir al trámite de dos leyes distintas, una ordinaria y otra estatutaria”.

<sup>9</sup> Sentencia C-523 de 2002.

<sup>10</sup> Sentencia C-292 de 2002.

<sup>11</sup> En este sentido sentencia C-307 de 2004.

<sup>12</sup> En este sentido y asignándole este preciso nombre DIEZ-PICAZO Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Ed. Thomson Civitas Aranzadi, 2008, Ciudad Menos (Navarra), p. 45.

<sup>13</sup> Sentencia C-479 de 1992

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. C-195/94, citada.

<sup>15</sup> En este sentido la sentencia SU-086 de 1999 estableció “[t]ambién es claro que, por su misma definición, el concurso debe ser objetivo y que, por tanto, las razones subjetivas de los nominadores no pueden prevalecer sobre sus resultados al momento de hacer la designación. Ello significaría no sólo un inadmisible quebranto del artículo 125 de la Constitución y el abuso de las atribuciones de nominación sino la evidente vulneración de los derechos fundamentales de quienes, por motivos ajenos a la consideración y evaluación de sus méritos, resultan vetados o descalificados para ejercer los cargos que se ganaron mediante concurso. Y, obviamente, sería palmaria la transgresión al principio constitucional de la buena fe, ya que, confiados en la lealtad de los entes nominadores, aquéllos habrían participado en el proceso de selección sobre el supuesto de que su triunfo en el concurso equivaldría a la elección o nombramiento”; planteamiento reiterado en sentencia T-451 de 2001; T-1091 de 2002; T-1110 de 2003 y T-962 de 2004, entre otras. Al respecto consagra ésta última “[c]on fundamento en las anteriores disposiciones se ha reconocido el derecho constitucional que tienen, quienes integran una lista de elegibles, a ser nombrados en el orden que ésta establece.” En tal sentido, esta Corporación ha señalado que este derecho guarda relación directa con la finalidad del sistema de carrera, en la medida que garantiza la regla general del artículo 125 constitucional que establece que la provisión de cargos del Estado sea efectuada con quienes demuestren que tienen mérito y las más altas condiciones para acceder a ellos”.

<sup>16</sup> Cfr. Sentencia T-380 de 2005

<sup>17</sup> Sobre este tema pueden consultarse, entre otras, las sentencias SU-133 de 1998, SU-134 de 1998, SU-135 de 1998, SU-136 de 1998, T-315 de 1998, SU-086 de 1999, SU-257 de 1999, SU-1114 de 2000, T-451 de 2001, T-1164 de 2001, SU-613 de 2002, T-002 de 2002, T-137 de 2002, T-746 de 2003 y T-1110 de 2003.

<sup>18</sup> Sentencia T-470 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>19</sup> Sentencia C-037 de 1996.

<sup>20</sup> Entre otras, sentencias de constitucionalidad C-037 de 1996; C-037 de 2000; C-312 de 2002; y C-873 de 2003. En este sentido, esta última decisión, citando la sentencia C-037 de 1996, consagró “[p]or su parte, los deberes de independencia e imparcialidad que deben acompañar la administración de justicia fueron caracterizados por la Corte en la sentencia C-037 de 1996 como principios esenciales para lograr el propósito central de la función jurisdiccional, como lo es el de impartir justicia; en tal oportunidad, se definió la independencia como la ausencia de presiones ejercidas sobre los funcionarios, esto es, que quienes administran justicia no se vean sometidos a “*insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial... la independencia se predica también... respeto de los superiores jerárquicos dentro de la rama judicial*””. En casos de tutela la Corte se ha manifestado respecto de la autonomía funcional, entre otras, en las sentencias T-073 de 1997; T-694 de 2000; T-938 de 2002; T-461 de 2003; T-055 de 2003; T-337 de 2005; T-588 de 2005; T-441 de 2007; T-571 de 2007 y T-020 de 2009.

<sup>21</sup> Ha de decirse que en ocasiones anteriores la Corte se ha manifestado al respecto, sentando una posición que ha mantenido a lo largo de distintos pronunciamientos, siendo el primero de ellos el control previo que realizó al proyecto de ley que luego se convertiría en la ley 270 de 1996 estatutaria de la administración de justicia. En esta ocasión la Corte consideró “*pertinente puntualizar que, para la Corte, una ley estatutaria encargada de regular la administración de justicia, como lo dispone el literal b) del artículo 152 superior, debe ocuparse esencialmente sobre la estructura general de la administración de justicia y sobre los principios sustanciales y procesales que deben guiar a los jueces en su función de dirimir los diferentes conflictos o asuntos que se someten a su conocimiento.*”

Más adelante en la misma providencia la Corte adicionó “[a]sí, pues, resulta claro que, al igual que ocurre para el caso de las leyes estatutarias que regulan los derechos fundamentales (literal A del artículo 152), no todo aspecto que de una forma u otra se relacione con la administración de justicia debe necesariamente hacer parte de una ley estatutaria. De ser ello así, entonces resultaría nugatoria la atribución del numeral 2º del artículo 150 y, en consecuencia, cualquier código que en la actualidad regule el ordenamiento jurídico, o cualquier modificación que en la materia se realice, deberá someterse al trámite previsto en el artículo 153 de la Carta.”

<sup>22</sup> Sentencia C-037 de 1996, consideraciones al artículo 149.

<sup>23</sup> Sentencia C-1037 de 2003.

<sup>24</sup> *Ibídem*.

<sup>25</sup> *Ibídem*.

<sup>26</sup> Respecto de este tema la Sección Segunda del Consejo de Estado en la mencionada sentencia determinó

“La norma acusada no incurre en violación del artículo 15, inciso 1, de la Constitución. Son muchos los dispositivos de carácter normativo que generan repercusiones sobre la intimidad personal y familiar de los trabajadores, piénsese, por ejemplo, en lo que representa un traslado para el empleado público, el traumatismo anejo que él representa en cuanto a la alteración del entramado de relaciones que el trabajador y su familia han establecido en un lugar determinado. Sin embargo corresponde al sistema normativo construir fórmulas que consulten tanto el interés del empleado como el de las necesidades del servicio y, por ello, tal alteración tiene una justificación constitucionalmente válida en tanto al sistema de normas le corresponde atender a los distintos órdenes de necesidades que surgen en una sociedad, en un momento determinado, entre los que cuentan el interés general de una adecuada administración de la cosa pública.”

<sup>27</sup> *Ibídem*:

“La circunstancia de que los destinatarios de la norma se encuentren en carrera judicial y aún no hayan cumplido la edad de retiro forzoso no puede considerarse como argumento válido para estimar infringido el artículo 25 de la Carta, toda vez que el derecho al trabajo puede ser razonablemente limitado siempre que ello no constituya una restricción desproporcionada a los intereses de la persona afectada.”

<sup>28</sup> *Ibídem*:

De otro lado la actora consideró que el acuerdo impugnado constituye violación del debido proceso porque la solicitud de pensión puede provenir de la entidad empleadora sustituyendo con ello la voluntad del servidor.

La Sala rechazará este cargo por cuanto el argumento de que el acuerdo desplaza el querer de la persona obedece a un razonamiento vinculado con el artículo 15, inciso 1, de la Constitución, esto es, una cuestión relacionada con la presunta intromisión indebida por parte del Estado en la esfera de la intimidad personal y familiar del trabajador, y, como ya se expresó, el Acuerdo 1911 del 16 de julio de 2003 no vulnera la intimidad de la persona porque la aplicación de dicha garantía constitucional debe entenderse en armonía con otras normas del ordenamiento supremo y del resto del sistema normativo, conforme a las cuales la consagración de una causal de retiro consistente en que, una vez cumplidos los requisitos de pensión, la entidad pueda emprender oficiosamente los trámites para el reconocimiento de la misma, no contraviene el texto fundamental porque este también debe atender a las necesidades de la administración de justicia y de la reforma al régimen de pensiones que, como se indicó, propenden por un trato equitativo entre las generaciones de colombianos, llamados y por llamar, a ocupar empleos en la Rama Judicial del Poder Público.

Por las razones expuestas la Sala considera que el acuerdo acusado no quebranta el artículo 29 de la Constitución.

<sup>29</sup> Sentencia C-037 de 1996, consideraciones al artículo 149.

<sup>30</sup> M.P. Jaime Araujo Rentería

<sup>31</sup> De acuerdo con lo afirmado por el actor, su fecha de nacimiento es el 14 de octubre de 1949 -folio 1 cuaderno No. 1-

<sup>32</sup> Entendida como contenido jurídico que surge de la interpretación de uno o más textos, disposiciones o preceptos normativos.

<sup>33</sup> En relación con el artículo 149 de la LEAJ la Corte manifestó “Respecto del numeral 6o., debe entenderse que la disposición se refiere únicamente a aquellos eventos en que el trabajador, habiendo cumplido con los requisitos legales para obtener su pensión de jubilación, ha decidido voluntariamente su retiro por haber llegado a una edad o a unas condiciones laborales que ameriten su reemplazo.(...)//El artículo será declarado exequible bajo las condiciones explicadas en esta providencia.”<sup>34</sup> –subrayado ausente en texto original- -sentencia C-037 de 1996-

<sup>34</sup> Sentencia C-037 de 1996, consideraciones al artículo 149.

<sup>35</sup> Esta posición sigue en lo esencial la línea jurisprudencial trazada por la Corte en la materia. Es así como en las sentencias T-1092 de 2008 y T-039 de 2009 se concluyó la imposibilidad de aplicar la causal de retiro prevista en la ley 797 de 2003, en razón a la reserva a ley estatutaria que sobre dicha materia existe en el caso de los funcionarios de carrera de la rama judicial.

<sup>36</sup> En este sentido pueden consultarse las sentencias SU-613 de 2002, SU-086 de 1999 y SU-135 de 1998.

<sup>37</sup> Alexander Hamilton ha sido quizás uno de los exponentes más destacados de los peligros que encierra para la independencia judicial un sistema que no les garantice a los jueces la suficiente permanencia y estabilidad en sus cargos. Al respecto véanse de Hamilton, Alexander: “El Federalista No. 78” y “El Federalista No. 79”, en Alexander Hamilton, James Madison y John Hay: *El Federalista*, Trad. Gustavo R. Velasco, Segunda edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 330-336 y 337-338.