

Sentencia SU-037-09

REMUNERACION DE MAGISTRADOS DE TRIBUNAL Y OTROS FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL-Regulación normativa

BONIFICACION POR COMPENSACION-Regulación normativa y titulares

MAGISTRADOS DE TRIBUNAL Y OTROS FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL-Tenían la opción de demandar y que se les pagara la bonificación por compensación o desistir de la demanda y que se les pagara la bonificación de gestión judicial

BONIFICACION PERMANENTE MENSUAL PARA MAGISTRADOS DE TRIBUNAL Y OTROS FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL-Se origina para unos en los decretos 610 de 1998 y 1239 de 1998, y para otros en el Decreto 4040 de 2004

El recuento precedente da cuenta del origen de la que los demandantes denominan “bonificación permanente mensual” y de la diferencia en la remuneración generada con ocasión de su reconocimiento y pago. En los términos de lo explicado, la “bonificación permanente mensual” es en realidad, para un grupo de funcionarios, la denominada “Bonificación por Compensación” de que tratan los Decretos 610 y 1239 de 1998, e implica que ellos reciben actualmente como asignación mensual el equivalente al 80% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes. Para los otros servidores, la llamada “bonificación permanente mensual” es la “Bonificación de Gestión Judicial” de que trata el Decreto 4040 de 2004, lo que implica que este grupo recibe hoy el 70% de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de las Altas Cortes; es decir, el equivalente a un 10% menos de lo que devengan los beneficiarios de la “Bonificación por Compensación”.

BONIFICACION DE GESTION JUDICIAL PARA MAGISTRADOS DE TRIBUNAL Y OTROS FUNCIONARIOS-Creada por el Decreto 4040 de 2004

BONIFICACION DE GESTION JUDICIAL PARA MAGISTRADOS DE TRIBUNAL Y OTROS FUNCIONARIOS-Naturaleza jurídica

ACCION DE TUTELA-Improcedencia contra actos de carácter general, impersonal y abstracto en caso de bonificaciones de Magistrados y otros funcionarios de la Rama

Judicial

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para la nivelación salarial originada en la aplicación del decreto 4040 de 2004

ACCION DE TUTELA-Improcedencia en caso en que os actores pretenden dejar sin efectos el régimen de bonificación de gestión judicial y que se les aplique el régimen de bonificación por compensación/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL IDONEO-Acción de nulidad para dejar sin efectos el decreto 4040 de 2004 sobre bonificación de gestión judicial

Lo pretendido en esta acción de tutela inicia por dejar sin efectos el régimen de la “Bonificación por Gestión Judicial” previsto en el citado Decreto 4040 de 2004, que por su propia naturaleza jurídica es un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, para que en su lugar se aplique el régimen de la “Bonificación por Compensación” del Decreto 610 de 1998. Como quedo suficientemente explicado en el acápite anterior, la acción de tutela resulta improcedente para controvertir actos de carácter general, impersonal y abstracto, como el que en esta ocasión se cuestiona, pues el ordenamiento jurídico ha establecido un mecanismo de defensa judicial especial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al cual se puede acudir para demandar la legalidad de tales actos. En efecto, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo consagra la acción de nulidad contra actos de tal naturaleza, siendo éste el mecanismo judicial idóneo y específico con que cuentan los accionantes para dejar sin efectos el Decreto 4040 de 2004.

ACCION DE TUTELA INTERPUESTA POR MAGISTRADOS DE TRIBUNAL-La diferencia salarial es producto de la coexistencia de los dos regímenes salariales y de la escogencia de uno de ellos por parte de los actores

PERJUICIO IRREMEDIABLE EN CASO DE TUTELA INTERPUESTA POR MAGISTRADOS Y OTROS FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL PARA PAGO DE BONIFICACION-Inexistencia

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA EN CASO DE TUTELA INTERPUESTA POR MAGISTRADOS Y OTROS FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL PARA PAGO DE BONIFICACION-Inexistencia de perjuicio irremediable pues el daño económico derivado de la aplicación del Decreto 4040

de 2004 puede ser reparado mediante la acción de nulidad

El presunto daño económico sufrido por los demandantes, derivado inicialmente de la aplicación del Decreto 4040 de 2004, puede ser reparado en su integridad mediante el ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo ejercicio contempla, además, la posibilidad de solicitar como medida cautelar la suspensión provisional de dicho acto y de aquellos que una vez producidos puedan resultar involucrados en la violación alegada.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA EN CASO DE TUTELA INTERPUESTA POR MAGISTRADOS Y OTROS FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL PARA PAGO DE BONIFICACION-Improcedencia por no afectación del mínimo vital debido a que actualmente están devengando salario

Cabe señalar que, según lo ponen en evidencia los fallos de instancia y el material probatorio allegado al proceso, para el momento de interposición de la acción de tutela, los accionantes se desempeñaban como Magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar y, en esa condición, percibían una asignación mensual que asciende a la suma de trece millones ciento cincuenta y seis mil ciento cincuenta y cuatro pesos (\$13'156.154). Dicha situación lleva a la Corte a concluir que tampoco por esta causa están dados los supuestos de hecho para avalar transitoriamente la pretensión de nivelación salarial, pues a los actores se les viene pagando cumplidamente el salario, el cual asciende a una suma notoriamente considerable que permite inferir, no sólo que gozan de una aceptable estabilidad económica, sino también, que no se encuentra afectado su mínimo vital. Ese valor recibido mensualmente por los actores a título de salario (\$13'156.154), deja claro que su subsistencia y la de sus familias, no dependen de la diferencia económica que se pretende reclamar en este proceso, circunstancia que avala la tesis de que éstos se encuentran en condiciones de ventilar la presente controversia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin que ello afecte irremediable sus derechos.

Referencia: expediente T-1.756.767

Demandantes: Liliana Orozco Daza, Oscar Wilches Donado y Juan Huerto Rodríguez Merchán

Demandados: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que resolvieron la acción de tutela promovida por Liliana Orozco Daza, Oscar Wilches Donado y Juan Huerto Rodríguez Merchán contra la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala número Uno de Selección de la Corte Constitucional, mediante Auto del veinticuatro (24) de enero de dos mil ocho (2008), resolvió seleccionar para revisión el proceso de tutela T-1.756.767 y repartirlo a la Sala Tercera de Revisión, presidida por el Magistrado Jaime Córdoba Triviño.

No obstante lo anterior, a través de comunicación del 9 de abril de 2008, el Magistrado Sustanciador se declaró impedido para revisar las sentencias de tutela proferidas en el expediente T-1.756.767, por lo que dicha circunstancia fue aceptada por esta Corporación mediante Auto del 23 de julio de 2008, correspondiéndole, en consecuencia, su conocimiento a la Sala Cuarta de Revisión, presidida por el Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

En consideración a la trascendencia del tema, los miembros de la Sala Cuarta de

Revisión pusieron el asunto en conocimiento de la Sala Plena para que el mismo fuera decidido por ésta mediante sentencia de unificación. Por lo tanto, en sesión celebrada el día treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008), la Sala Plena de la Corporación decidió asumir el conocimiento de dicho expediente, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 54 A del Acuerdo 05 de 19921. De igual manera, ordenó la suspensión de términos hasta que se adoptara la correspondiente decisión.

1. Hechos y fundamentos de la acción

Liliana Orozco Daza, Oscar Wilches Donado y Juan Huerto Rodríguez Merchán impetraron acción de tutela en contra de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por considerar vulnerados sus derechos a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas y justas. La acción interpuesta se fundamenta en los siguientes hechos:

1.1. El Tribunal Administrativo del Cesar está integrado por cuatro magistrados titulares, inscritos en carrera judicial, a saber: Olga Valle de la Hoz, Carlos Alfonso Guecha Medina, Liliana Orozco Daza y Oscar Wilches Donado, los dos últimos accionantes.

1.3. De acuerdo con lo anterior los actores afirman que desempeñan cargos de igual categoría y que las funciones asignadas son similares, pese a lo cual los magistrados Olga Valle de la Hoz y Carlos Alfonso Guecha Medina reciben una asignación básica mensual de \$15.137.666 mientras que los demandantes devengan mensualmente \$13.156.154.

1.4. Los demandantes manifiestan que la diferencia salarial se origina en “el reconocimiento y pago de la bonificación permanente mensual, que para unos asciende a la suma de \$8.721.928 y para otros es solamente de \$6.740.416, es decir \$ 1.981.513 menos”.

1.5. Según los accionantes la mencionada diferencia salarial se debe a la aplicación de un sistema salarial inestable y variable implementado por el Gobierno Nacional desde 1998, pues mientras a unos magistrados les es aplicable la bonificación prevista en el Decreto 610 de 1998, a ellos se les cancela la bonificación con base en el Decreto 4040 de 2004.

1.6. Los actores consideran que la diferencia salarial entre magistrados es injustificada, pues ocupan el mismo cargo y desempeñan iguales funciones, motivo por el cual estiman vulnerando los derechos a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas y justas, por cuanto reciben un trato discriminatorio.

1.7. Agregan los demandantes que en su caso “(...) no existen razones constitucionalmente válidas que justifiquen el trato diferencial entre los Magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar, ya que la aplicación de regímenes diferentes en materia de bonificación obedece a la inestabilidad y variación unilateral por parte del Gobierno Nacional en el reconocimiento del sistema salarial del sector público, específicamente para los magistrados de tribunales seccionales”. En su criterio, “los errores del gobierno en la formulación de la política pública salarial no pueden introducir diferenciaciones entre trabajadores de igual rango y categoría, imponiéndose en este caso la obligación constitucional de igualarlos tomando como parámetro la situación más favorable y la equitativa distribución de privilegios”.

1.8. Los accionantes concluyen que se ha generado una situación injusta, inequitativa y discriminatoria que debe ser analizada por el juez constitucional, pues se trata de una violación del derecho a la igualdad que resulta ajena a la jurisdicción ordinaria.

2. Pretensiones

En virtud de lo expuesto, la magistrada Liliana Orozco Daza y los magistrados Oscar Wilches Donado y Juan Huerto Rodríguez Merchán solicitan ordenar a la Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que apliquen un tratamiento igualitario a los magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar y, en consecuencia, cancelar, con carácter retroactivo, el mismo valor por concepto de bonificación.

3. Pruebas adjuntadas a la solicitud

Los actores adjuntaron como pruebas a la acción de tutela, los siguientes documentos:

3.1. Copia de la certificación laboral expedida por la Dirección Seccional de la Rama

Judicial en Valledupar, donde consta que la magistrada del Tribunal Administrativo del Cesar, Olga Valle de la Hoz, tiene una asignación básica mensual de: \$15.137.666.

3.2. Copia de la certificación laboral expedida por la Dirección Seccional de la Rama Judicial en Valledupar, donde consta que el magistrado del Tribunal Administrativo del Cesar, Carlos Alfonso Guecha Medina tiene una asignación básica mensual de: \$15.137.666.

3.3. Copia de la certificación laboral expedida por la Dirección Seccional de la Rama Judicial en Valledupar, donde consta que la magistrada del Tribunal Administrativo del Cesar, Liliana Orozco Daza, tiene una asignación básica mensual de: \$13.156.154.

3.4. Copia de la certificación laboral expedida por la Dirección Seccional de la Rama Judicial en Valledupar, donde consta que el magistrado del Tribunal Administrativo del Cesar, Oscar Wilches Donado, tiene una asignación básica mensual de: \$13.156.154.

3.5. Copia de la certificación laboral expedida por la Dirección Seccional de la Rama Judicial en Valledupar, donde consta que el magistrado del Tribunal Administrativo del Cesar, Juan Huerto Rodríguez Merchán, tiene una asignación básica mensual de: \$13.156.154.

3.6. Copia de la certificación emitida por la Presidencia del Tribunal Administrativo del Cesar donde consta que la accionante Liliana Orozco Daza desempeña el cargo de Magistrada en propiedad en ese tribunal desde el 12 de marzo de 2001, en forma continua e ininterrumpida.

3.7. Copia de la certificación emitida por la Presidencia del Tribunal Administrativo del Cesar donde consta que el accionante Oscar Wilches Donado desempeña el cargo de Magistrado en propiedad en ese tribunal desde el 16 de marzo de 2006, en forma continua e ininterrumpida.

3.8. Copia de la certificación emitida por la Presidencia del Tribunal Administrativo del Cesar donde consta que el accionante Juan Huerto Rodríguez Merchán desempeña el cargo de Magistrado en provisionalidad en ese tribunal desde el 17 de octubre de 2006, en forma continua e ininterrumpida.

3.9. Copia del acta de posesión de la accionante Liliana Orozco Daza como Magistrada del Tribunal Administrativo del Cesar, suscrita el 12 de marzo de 2001.

3.10. Copia del acta de posesión del accionante Oscar Wilches Donado como Magistrado del Tribunal Administrativo del Cesar, suscrita el 16 de marzo de 2006.

3.11. Copia del acta de posesión del accionante Juan Huerto Rodríguez Merchán como Magistrado del Tribunal Administrativo del Cesar, suscrita el 12 de octubre de 2006.

II. Respuestas de los demandados

1. Respuesta de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

La representante de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (en adelante DEAJ) sostuvo que la acción de tutela no es procedente, porque los asuntos que se controvierten a través de ésta son propios de la jurisdicción contencioso administrativa y agrega que ante la existencia de otro medio de defensa judicial la acción de tutela resulta improcedente pues no se demuestra la existencia de un perjuicio irremediable.

En particular, señala la apoderada de la demandada que: “(...) LILIANA OROZCO DAZA, no tiene presente que firmó TRANSACCION con la Dirección Seccional de Administración Judicial con la renuncia a la posibilidad de iniciar una nueva acción por las mismas causas de la Bonificación por Compensación del Decreto 610 de 1998, porque optó por la Bonificación de Gestión judicial consagrada en el Decreto 4040 de 2004.”. Esto, en su criterio, implica la renuncia a la bonificación por compensación del 80% consagrada en el Decreto 610 de 1998 por la bonificación de gestión judicial del 70% prevista en el Decreto 4040 de 2004, ya que la accionante manifestó su voluntad de acogerse a este régimen mediante desistimiento a las pretensiones en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que había instaurado en contra de la rama judicial.

En cuanto a los otros dos actores, la representante de la DEAJ señaló que la vinculación de los señores OSCAR CARLOS WILCHES DONADO y JUAN HUERTO RODRÍGUEZ MECHAN “fue posterior al año 2004, 16 de marzo de 2006 y 17 de octubre de 2007 respectivamente, como consecuencia, se encuentra actualmente cobijados por el régimen

previsto en el Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004 con el cual fueron posesionados, y no se les aplica lo regulado por el Decreto 610 del 26 de marzo de 1998, que es la norma que contempla la bonificación por compensación”.

En relación con el derecho a la igualdad la apoderada de la DEAJ indicó que no se configura, “pues se trata de regímenes diferentes con consecuencias salariales y jurídicas diferentes, de suerte que, lo prohibido constitucionalmente es el trato desigual ante situaciones idénticas, cosa que no ocurre en el presente caso, toda vez que no existe duda en la aplicación del Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004, que regula la bonificación de gestión judicial al cual el tutelante se acogió libremente”.

Frente al derecho al mínimo vital de los accionantes, la abogada de la demandada considera que el pago oportuno de los salarios desestima la alegada vulneración de este derecho y, además, señala que existe falta de legitimación por pasiva, toda vez que la competencia constitucional y legal para establecer el régimen prestacional y salarial de los servidores públicos es del Gobierno Nacional que, en ejercicio de dicha competencia, profirió los decretos objeto de controversia en esta oportunidad.

Finalmente, la apoderada de la DEAJ aportó como prueba copia de los siguientes documentos:

1.1. Documento de transacción suscrito por Liliana Orozco Daza (Beneficiario) y Hernán José Duque Pavajeau (Nominador), este último en calidad de Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial, en el que se estableció: “PRIMERA. OBJETO: El objeto de la presente transacción, a la cual las partes acuden de manera libre, voluntaria y expresa, es precaver cualquier eventual litigio futuro, relacionado con reclamaciones derivadas de la “Bonificación por compensación” de que trató el Decreto 610 de 1998 y las normas que lo adicionaron, modificaron o sustituyeron. SEGUNDA. OBLGACIONES DE LAS PARTES: El BENEFICIARIO se compromete en los términos de la presente convención a no presentar ningún tipo de reclamación extrajudicial o judicial en cuyas pretensiones se busquen reconocimientos, actualizaciones, pagos, indemnizaciones, etc., derivados de la “Bonificación por Compensación”, sin importar cuál norma se invoque para el efecto. A su vez el NOMINADOR se obliga para con el BENEFICIARIO a adelantar, una vez sea perfeccionada la presente transacción, la totalidad de los trámites

requeridos para dar aplicación al Decreto No. 4040 de 2004, previo el cumplimiento por parte del BNEFICIARIO de la totalidad de los requisitos contenidos en el mismo. TERCERA. EFECTOS: En los términos del artículo 2483 del Código Civil, la presente transacción hace tránsito a cosa juzgada y en consecuencia, no se podrá bajo ninguna circunstancia, iniciar acciones judiciales que se relacionen con la denominada “Bonificación por Compensación”. PARAGRAFO: La cosa juzgada a la que se hace alusión se extiende igualmente a la imposibilidad jurídica de intentar acciones judiciales relacionadas con la “Bonificación por Compensación” en contra de entidades públicas diferentes a EL NOMINADOR”.

1.2. Acta de posesión de Juan Huerto Rodríguez Merchán, como Magistrado del Tribunal Administrativo del Cesar, firmada el 17 de octubre de 2007.

1.3. Acta de posesión de Oscar Eliécer Wilches Donado, como Magistrado del Tribunal Administrativo del Cesar, firmada el 18 de marzo de 2006.

2. Respuesta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público realizó un recuento de los antecedentes previos a la expedición del Decreto 4040 de 2004 y al respecto señaló que “Mediante los decretos 610 y 1238 de 1998, el Gobierno Nacional creó una bonificación de gestión judicial del 60% del salario pagadero en 1999, del 70% en 2000 y del 80% en 2001. Dicha bonificación, de alguna manera, doblaba el salario de 1370 empleados judiciales (885 magistrados auxiliares, 168 fiscales, 302 procuradores y 15 magistrados penales militares) y lo llevaba hasta equiparlo al 80% del sueldo de los Magistrados.”.

A continuación el apoderado del Ministerio aclara que, con posterioridad y debido a los “elevados costos” que generaban los decretos mencionados, el Gobierno Nacional se vio precisado a expedir el Decreto 2668 de 1998, a través del cual estos fueron derogados. Sin embargo, mediante fallo de 25 de septiembre de 2001, el Consejo de Estado declaró nulo el Decreto 2668 de 1998, a través del cual se había derogado la bonificación por compensación y esto condujo al de múltiples acciones judiciales de quienes se consideraban beneficiarios de la bonificación.

Ante el cúmulo de acciones judiciales que generó la declaración de nulidad de la derogación de la bonificación por compensación, el Gobierno aprobó el pago de bonificaciones por gestión judicial, mediante la emisión del Decreto 4040 de 2004.

Por otra parte, el representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público considera que con la expedición del Decreto 4040 de 2004, no se vulnera la Constitución Política ni la ley 4 de 1992. Sobre el particular, destacó que corresponde al ejecutivo y al legislativo, de forma compartida, fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Adicionalmente, el apoderado de la entidad accionada afirmó que el establecimiento de una bonificación con restricciones salariales únicamente para ciertos efectos no implica una omisión del especial deber de protección que tiene el Estado en relación con el derecho al trabajo. En este sentido, mencionó que los pagos de las bonificaciones no constituyen un factor prestacional o salarial.

Asimismo, el representante de la accionada solicitó la desvinculación del Ministerio del trámite de la acción de tutela y para ello argumentó que existe falta de legitimación por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, toda vez que esta entidad no es responsable por la posible vulneración de los derechos alegados, teniendo en cuenta que: “(...) es el Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, el encargado de velar por la distribución, aplicación y ejecución del presupuesto asignado a la rama judicial, limitándose este Ministerio solamente al giro de los recursos que dicha rama exija”.

Adicionalmente, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público insistió en la improcedencia de la acción de tutela ante la existencia de otros medios de defensa judicial. En su criterio, al caso en cuestión le es aplicable el precedente constitucional de la sentencia T-1497 de 2000, mediante el cual la Corte reiteró el carácter residual y excepcional de la acción de tutela frente a los recursos ordinarios cuando no existe un perjuicio irremediable.

Finalmente, el representante de la entidad demandada concluyó que no hay amenaza o vulneración del derecho a la igualdad de los accionantes, pues los supuestos fácticos en que se encuentran aquellos son diferentes a aquellos en que se encuentran los

beneficiarios de la bonificación, por lo que se justifica un trato diferenciado que no resulta discriminatorio.

III. LAS DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISION

1. Decisión de primera instancia

La Sala Penal de Conjueces del Tribunal Superior de Valledupar, en providencia de 29 de agosto de 2007, denegó el amparo solicitado. De acuerdo con la Sala, la acción de tutela promovida por Liliana Orozco y Oscar Wilches resulta improcedente, como quiera que hay una transacción que hizo tránsito a cosa juzgada. En esa medida, concluyó el tribunal que la acción de tutela no está llamada a controvertir la transacción celebrada por dos de los accionantes, pues la competencia para esta clase de asuntos radica en la jurisdicción ordinaria².

Además, la Sala señaló que la controversia propuesta por los accionantes se circunscribe a un debate propio de la jurisdicción contencioso administrativa, pues implica un juicio de legalidad sobre la regulación que le es aplicable a cada magistrado. Así, ante la existencia de otro medio de defensa judicial y sin que se configure un perjuicio irremediable, el Tribunal decidió negar la acción de tutela.

2. Impugnación

Los accionantes presentaron escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia, en el que señalaron que respecto de los Magistrados Liliana Orozco y Oscar Wilches no existe cosa juzgada, pues los derechos laborales ciertos e indiscutibles son irrenunciables. Al respecto, aclararon que la transacción celebrada: "(...) no puede tener efectos definitivos porque sus posteriores consecuencias han tenido directa incidencia en la vulneración permanente del derecho a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas y justas".

En cuanto al derecho a la igualdad, los apelantes afirmaron que, con la excusa de la existencia de otros medios de defensa judicial, el fallo se abstuvo de pronunciarse sobre el trato salarial desigual que existe entre los Magistrados seccionales.

3. Decisión de segunda instancia

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 11 de octubre de 2007, decidió confirmar la decisión de primera instancia. A juicio de la Sala, el objeto de la acción de tutela fue decidido mediante transacción y, en consecuencia, Liliana Orozco Daza y Oscar Wilches Donado no pueden ventilar la controversia salarial mediante esta acción constitucional, puesto que “(...) la transacción es un contrato en el que las partes disponen de sus legítimos derechos e intereses, dado que se producen recíprocas concesiones para las cuales es necesario poseer la facultad de disponer de los derechos que se transijan. Sólo se perturba esta facultad si se predica que hay vicios que afectan el consentimiento, situación que en este caso no sucedió”.

En cuanto al Magistrado Juan Huerto Rodríguez Merchán, la Sala observó que su vinculación laboral fue posterior a la emisión del Decreto 4040 de 2004 y que, por lo tanto, el régimen que le es aplicable es el contenido en el mencionado Decreto y no el establecido en el Decreto 610 de 1998.

Finalmente, la Corte consideró que no existe un perjuicio irremediable que amerite la protección de derechos fundamentales mediante la acción de tutela.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela seleccionados.

2. Presentación del asunto

Los actores en la presente acción de tutela se desempeñan como magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar. Sostienen que a pesar de ocupar cargos “de igual categoría y naturaleza” y de cumplir “las mismas funciones”, reciben una asignación mensual inferior a la correspondiente a dos de sus colegas, motivo por el cual estiman vulnerados sus derechos a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas y justas.

En procura de la protección de los mencionados derechos, solicitaron el amparo constitucional en contra de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a fin de que se les ordene a tales entidades “aplicar un

tratamiento igualitario a todos los magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar y, en consecuencia, cancelar el mismo valor mensual y permanente por concepto de bonificación, equivalente al 80% de lo que por todo concepto devenguen los magistrados de las altas cortes”.

Según los demandantes, la diferencia salarial que afecta sus derechos estriba “en el reconocimiento y pago de la bonificación permanente mensual”, que si bien es un componente del ingreso mensual de todos los magistrados de tribunal y de otros servidores públicos, se liquida en distinta forma para unos y para otros. Corroboran lo dicho señalando que al momento de instaurar la acción de tutela, unos magistrados recibían por ese concepto la suma de \$8.721.928.00, mientras que a ellos sólo les cancelaba \$6.740.416.00, es decir, \$1.981.513.00 menos.

En lo que hace a las entidades accionadas, éstas coinciden en señalar que la tutela es improcedente ya que el ordenamiento jurídico tiene estatuidos otros mecanismos de defensa judicial para resolver la controversia de carácter prestacional que se plantea por esta vía. Señalan, además, que la bonificación permanente mensual se paga en forma oportuna a todos los magistrados del País, lo que descarta la posible violación de los derechos al trabajo y al mínimo vital. Agregan a lo anterior que la diferencia en el pago de la bonificación radica en la aplicación de dos regímenes jurídicos que son distintos, lo que descarta de plano una posible violación del derecho a la igualdad pues los titulares de la aludida prestación no se encuentran en una misma situación de hecho.

Las sentencias objeto de revisión, negaron el amparo deprecado tras señalar que (i) existe una transacción que hizo tránsito a cosa juzgada, y la acción de tutela no puede controvertir la transacción celebrada por dos de los accionantes. Particularmente sostuvieron que el objeto de la acción de tutela fue decidido mediante transacción y por ende, los Magistrados Liliana Orozco Daza y Oscar Wilches Donado no pueden ventilar la controversia salarial mediante esta acción constitucional; en cuanto al Magistrado Juan Huerto Rodríguez Merchán se advirtió que su vinculación laboral fue posterior a la emisión del Decreto 4040 de 2004 y que, por lo tanto, el régimen que le es aplicable es el contenido en el mencionado Decreto y no el establecido en el Decreto 610 de 1998; (ii) no existe un perjuicio irremediable que amerite la protección de los derechos fundamentales de los peticionarios mediante la acción de tutela; (iii) para el resolver

el debate suscitado, los demandantes tienen otra vía de defensa judicial, pues se trata de asuntos propios de la jurisdicción contencioso administrativa, en tanto sugieren una valoración de la legalidad respecto a la regulación que le es aplicable a cada magistrado.

Atendiendo a los argumentos expuestos en el presente proceso, antes de entrar a decidir sobre la procedencia de la acción de tutela y de establecer si es necesario identificar el problema jurídico y los temas que eventualmente deberían tratarse para solucionarlo, con el propósito de efectuar una mejor presentación del asunto planteado, la Sala estima conveniente indagar acerca del origen de la comentada “bonificación permanente mensual” y de la diferencia en la remuneración generada con ocasión de su reconocimiento y pago.

3. Del origen de la “bonificación permanente mensual” que da lugar a la presente acción de tutela

3.1. Sobre el particular, cabe remontarse a la Ley 2 de 1984, “Por la cual se establece la competencia de las autoridades de Policía; se fija el respectivo procedimiento; se crean cargos de jueces especializados y se establece un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; se dictan normas sobre captura, detención preventiva, excarcelación; se fijan competencias en materia civil, penal y laboral, y se dictan otras disposiciones”. En el artículo 72 de dicha ley se crearon los cargos de Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes en nuestro ordenamiento jurídico, y se dispuso que “[p]ara desempeñar este cargo deben reunirse los mismos requisitos que la ley exige para el cargo de Magistrado de Tribunal de Distrito Judicial, devengarán la misma remuneración y tendrán los mismos derechos”.

En concordancia con la citada ley, se expidió la Ley 10 de 1987, por la cual se fijó “la remuneración mínima de los magistrados auxiliares y abogados asistentes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado”. En su artículo 1° se estableció que “en ningún caso” la “remuneración mínima mensual” de los magistrados auxiliares y abogados asistentes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado sería “inferior al ochenta por ciento (80%) de la remuneración total que devenguen los

Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado”.

3.2. Posteriormente fue expedida la Ley 63 de 1988, “Por la cual se fija la remuneración mínima mensual de los Magistrados de los Tribunales y otros funcionarios”. A través del citado ordenamiento, el legislador dispuso reconocerles a los magistrados de tribunal un trato remuneratorio que no fuera inferior al otorgado a los magistrados auxiliares de las altas cortes por la Ley 10 de 1987. En ese sentido, el artículo primero de la Ley 63 consagró que: “la remuneración mínima mensual de los Magistrados de los Tribunales Superiores, Contencioso Administrativo de Aduana y Fiscales” no sería “inferior a la señalada en el artículo 1º de la Ley 10 de 1987 para los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado”.

3.3. En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 30 de 1987, el Presidente de la República expidió los Decretos 2280 de 1989, “por el cual se asignan funciones a los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia y a los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado”, y 2288 de ese mismo año, “por el cual se dictan disposiciones relacionadas con la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”. En tales ordenamientos, se definió a los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia y a los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado como empleados públicos de libre nombramiento y remoción, se dispuso que para su designación debían acreditar las mismas calidades y requisitos que se exigen para los Magistrados de Tribunal y, además, se reiteró que tendrían las mismas prerrogativas en materia de remuneración que estos últimos (Dec. 2280, art. 27 y Dec. 2288, art. 2º).

3.4. Después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, y con ocasión de la creación de la Corte Constitucional, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo transitorio 22 del mismo ordenamiento Superior, expidió el Decreto 2275 de 1991, “Por el cual establece la planta de personal de la Corte Constitucional y se dictan otras disposiciones”. En el artículo sexto del citado estatuto, se ocupó de regular lo relacionado con el régimen salarial de los Magistrados Auxiliares de la Corte Constitucional, disponiendo que “La remuneración mínima mensual para los cargos de Magistrado Auxiliar creados por este Decreto, será equivalente al ochenta por ciento (80%) de la suma que por concepto de asignación básica y gastos de representación corresponda a los Magistrados de la Corte Constitucional.”

3.5. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la nueva Carta Política, el Congreso de la República expidió la Ley 4° de 1992, mediante la cual señaló “las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública”. En el párrafo único del artículo 14 de la citada ley, se facultó al Gobierno Nacional para revisar “el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial, sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

3.6. El Presidente de la República, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 610 del 30 de marzo de 1998, “por el cual se establece una bonificación por compensación de los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios”. En su artículo 1°, creó entonces “una Bonificación por Compensación, con carácter permanente, que sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales actuales iguale al sesenta por ciento (60%) de los ingresos laborales que por todo concepto perciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura”.

La mencionada bonificación fue creada a favor de: (i) los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Nacional y Superior Militar; (ii) de los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; (iii) de los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; (iv) de los Fiscales y Jefes de Unidad ante el Tribunal Nacional; (v) de los Fiscales del Tribunal Superior Militar, (vi) de los Fiscales ante el Tribunal de Distrito y de los jefes de Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito.

Igualmente, se indicó en ese ordenamiento que la “Bonificación por Compensación” solo constituiría “factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, en los mismos términos de la prima especial de servicios de los Magistrados de las Altas Cortes”. Se estableció que su pago sería mensual, se le otorgaron efectos fiscales desde el 1º de enero de 1999 y, en la parte considerativa del Decreto 610 de 1998, se precisó que “para la vigencia fiscal siguiente” el ajuste igualaría “al setenta por

ciento (70%)” de lo que devengarán “por todo concepto” los magistrados de las Altas Cortes y que “a partir del año correspondiente a la tercera vigencia fiscal” ese porcentaje se elevaría al 80%.

Según consta en las consideraciones del Decreto 610 de 1998, el esquema al cual se acaba de hacer referencia pretendía “superar la desigualdad económica entre los dos niveles mencionados”, pues “para el año fiscal de 1998”, la remuneración de los funcionarios a cuyo favor se creó la “Bonificación por Compensación” equivalía “al 46% de la remuneración de los Magistrados de las Altas Cortes”.

3.8. Con fecha 31 de diciembre de 1998, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2668, “Por el cual se derogan los Decretos 610 de marzo 26 de 1998 y 1239 de julio 2 de 1998”. Mediante el citado decreto el Gobierno derogó los Decretos 610 y 1239 de 1998, con fundamento en las siguientes razones: (i) la Ley 4 de 1992 limitaba en el tiempo el ejercicio de las facultades relativas a la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos a los diez (10) primeros días del mes de enero de cada año, término que no fue observado por los Decretos 610 y 1239; (ii) la misma ley, en el literal h) del artículo 2º, para efectos de la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, ordenaba sujetarse a las metas fijadas en la política macroeconómica y fiscal del país, mandato que fue desconocido por los Decretos 610 y 1239 en la medida que preveían un aumento del salario equivalente al 60% para la vigencia fiscal de 1999, cuando para tal año el aumento se fijó en un porcentaje ponderado del 15%; (iii) el aumento previsto en los citados decretos generaría una situación inequitativa respecto de los demás servidores públicos, así como “una alteración significativa de la estructura salarial y prestacional en los órganos a los cuales se encuentran vinculados los funcionarios a los cuales van dirigidos dichos decretos”.

3.9. El Decreto 2668 de 1998 fue a su vez demandado ante el Consejo de Estado en acción de nulidad y, mediante Sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil uno (2001), la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, integrada por conjueces, lo declaró nulo, tras estimarlo afectado por el vicio de falsa motivación³. Según el Consejo de Estado, “el fundamento que el gobierno tuvo para proferir el decreto anulado no podía ser el de su expedición por fuera de los diez primeros días del mes de enero, pues, a más de que la Corte Constitucional había declarado

inexequible la frase “dentro de los primeros diez días del mes de enero”⁴, contenida en el artículo 4 de la Ley 4 de 1992, estaba “acreditado que el mismo Gobierno expidió otro decreto de similar naturaleza, también luego de transcurridos los diez primeros días del mes de enero”⁵.

En efecto, a juicio del máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa, el Gobierno Nacional, “en abril de 1999, o sea, por fuera de los primeros diez (10) días del mes de enero, derogó la derogatoria y revivió los decretos 610 y 1239 de 1998”⁶, para lo cual expidió el Decreto 664 de 1999; luego la motivación invocada para derogar la bonificación por compensación no podía ser la expedición por fuera del tiempo, ya que, si esto hubiese sido cierto, el Gobierno no habría expedido, “también por fuera del término señalado en la ley, un nuevo decreto en el que la vuelve a reconocer”⁷.

3.10. En relación con el Decreto 664 del 13 de abril de 1999, “por el cual se establece una bonificación por compensación de los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios”, cabe destacar que, en efecto, el mismo fue expedido por el Gobierno Nacional para revivir la “Bonificación por Compensación” prevista en los Decretos 610 y 1239 de 1998, a su vez derogados por el Decreto 2668 de 1998. Respecto del mencionado Decreto 664 de 1999, en otra Sentencia, del 11 de diciembre de 2003, el Consejo de Estado puntualizó que el mismo no había creado una bonificación diferente de la prevista en los Decretos 610 y 1239 de 1998, pues se trataba “del mismo derecho con diferente cuantía” y agregó que el Decreto 664 de 1999 “perdió fuerza ejecutoria cuando se declaró nulo el Decreto 2668 de 1998, como consecuencia de que el Decreto 664 se expidió sobre la base de que la bonificación por compensación a que se refieren los Decretos 610 y 1239 no existía”⁸.

Aclaró el Consejo que “como los efectos de la nulidad administrativa son ex tunc, vale decir, desde entonces, dejan la situación jurídica en el estado en que se encontraba antes de la expedición del acto declarado nulo”, así que, a consecuencia del fallo de 25 de septiembre de 2001, “recobraron vigencia los Decretos 610 y 1239 de 1998 que establecieron un derecho económico para determinados servidores de la Rama Judicial” y “al recobrar vigencia los Decretos 610 y 1239 obviamente su ejecución no puede traducirse en nada diferente a que deban pagarse los derechos allí establecidos”⁹.

3.11. Con ocasión de las decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, y dentro del propósito de obtener el reconocimiento y pago de la “Bonificación por Compensación” de conformidad con lo establecido en los Decretos 610 y 1239 de 1998, algunos funcionarios titulares de dicha prestación elevaron la respectiva solicitud ante la Dirección Nacional de Administración Judicial, quien les negó su reconocimiento, en ocasiones, a través de la figura jurídica del silencio administrativo.

3.12. Amparados en la decisión adoptada por la Dirección Nacional de Administración Judicial, algunos funcionarios titulares de la “Bonificación por Compensación” acudieron en acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la pretensión de hacer cumplir los Decretos 610 y 1239 de 1998 y, en consecuencia, obtener el reconocimiento y pago de una asignación mensual que en el año de 1999 fuera equivalente al 60% de todo lo recibido por los magistrados de las Altas Cortes, al 70% en el año 2000 y al 80% a partir del año 2001.

3.13. A raíz de las demandas instauradas, se abrió paso un proceso de concertación con el Gobierno Nacional y, como resultado de ese proceso, fue expedido el Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004, por el cual se creó “una Bonificación de Gestión Judicial para los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios”, con carácter permanente, “que sumada a la asignación básica y demás ingresos laborales iguale al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes”.

La “Bonificación de Gestión Judicial” se reconoció, en primer término, a favor de los funcionarios de la Rama Judicial, incluida la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Defensa Nacional, que a partir de la entrada en vigencia del decreto se vincularan a los siguientes empleos: (i) Magistrados de Tribunal y Consejo Seccional; (ii) Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar; (iii) Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes y Abogados Asistentes y Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; (iv) Fiscales Delegados ante Tribunales de Distrito y Fiscales Auxiliares ante la Corte Suprema, (v) Directores Ejecutivos Seccionales de Administración Judicial, (vi) Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Secretario Judicial del Consejo Superior de la Judicatura.

El propio Decreto 4040 de 2004 dispuso que también podrían optar al reconocimiento y pago de la “Bonificación de Gestión Judicial”, los servidores de la Rama Judicial, incluida la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Defensa Nacional, que con anterioridad a la vigencia del Decreto se encontraran desempeñando los empleos de: (i) Magistrados de Tribunal Nacional de Orden Público y Fiscales Delegados ante Tribunal Nacional; (ii) Magistrados de Tribunal y Consejo Seccional; (iii) Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, (iv) Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes, Abogados Asistentes y Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; (v) Fiscales Delegados ante Tribunales de Distrito y Fiscales Auxiliares ante la Corte Suprema de Justicia; (vi) Directores Ejecutivos Seccionales de Administración Judicial; (vii) Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional y Secretario Judicial del Consejo Superior de la Judicatura; (viii) y los servidores de la Procuraduría General de la Nación que actúan de manera permanente como agentes del Ministerio Público ante los Magistrados de Tribunal.

En relación con este segundo grupo, previó el decreto que solo podían acceder al reconocimiento y pago de la “Bonificación de Gestión judicial”, quienes habiendo iniciado acciones judiciales relacionadas con el reclamo de la “Bonificación por Compensación” desistieran de sus pretensiones y, en los términos del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, expresamente renunciaran a la posibilidad de iniciar nuevamente acciones. De igual manera, también podían acceder al reconocimiento y pago de la “Bonificación de Gestión judicial”, todos aquellos que no habiendo efectuado reclamaciones judiciales, suscribieran contratos de transacción “para precaver litigios futuros relacionados con la Bonificación por Compensación”.

Se consagró en el Decreto 4040 de 2004, además, que los que desearan acogerse al régimen de la “Bonificación de Gestión Judicial” debían manifestar, por una sola vez, antes del 31 de diciembre de 2004, mediante escrito dirigido a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación o al Ministerio de Defensa Nacional, según el caso, su voluntad de acogerse a dicho régimen, aportando copia del contrato de transacción o del memorial de desistimiento.

En contraposición a lo anterior, previó también dicho ordenamiento que los funcionarios

que no optaren por el régimen de “Bonificación de Gestión Judicial”, se les pagaría la “Bonificación por Compensación”, pero no en la cuantía prevista por los Decretos 610 y 1239 de 1998 -tal y como fueron interpretados por el Consejo de Estado-, sino en una cuantía específica definida por el artículo 4° del propio Decreto 4040 de 2004, que en todo caso es inferior a la reconocida para la “Bonificación de Gestión Judicial”, es decir, inferior al 70% de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes.

Finalmente, el Decreto 4040 de 2004 precisó que la “Bonificación de Gestión Judicial” tendría efectos fiscales a partir del primero de enero de 2004 y que, en cualquier caso, la misma “e[ra] incompatible para todos los efectos con la Bonificación por Compensación” (Negritas y subrayas fuera de texto).

3.14. Ahora bien, de conformidad con las previsiones del Decreto 4040 de 2004, los servidores de la Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación y Ministerio de Defensa Nacional, que con anterioridad a la entrada en vigencia del citado ordenamiento se encontraban desempeñando cargos cobijados por la “Bonificación de Gestión Judicial”, asumieron las siguientes conductas: (i) unos optaron por desistir de sus demandas o transigir para que les fuera pagada la aludida bonificación; y (ii) otros decidieron demandar o proseguir con las demandas ya iniciadas para que se les aplicaran los Decretos 610 y 1239 de 1998 y les fuera pagada la “Bonificación por Compensación”.

Respecto de quienes demandaron el cumplimiento de los Decretos 610 y 1239 de 1998, para obtener el reconocimiento y pago de una asignación mensual que en el año de 1999 fuera equivalente al 60% de todo lo recibido por los magistrados de las Altas Cortes, al 70% en el año 2000 y al 80% a partir del año 2001, las sentencias que se dictaron fueron favorables a sus pretensiones, pues, como se vio, la jurisdicción contencioso administrativa reconoció la vigencia de los Decretos 610 y 1239 de 1998 y del derecho a recibir la “Bonificación por Compensación” en ellos establecida.

En efecto, al decidir los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias que en primera instancia ordenaron el pago de la “Bonificación por Compensación”, el Consejo de Estado consideró que al crearla no se había hecho cosa diferente a “atender

el principio sentado en el párrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, según el cual el Gobierno debe revisar el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”¹⁰.

Estimó, además, el Consejo de Estado, que aún cuando en la parte resolutive del Decreto 610 de 1998 sólo se hace referencia al pago de una “Bonificación por Compensación” que sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales iguale al 60% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes, “no es de recibo la interpretación en cuanto a que la única bonificación a que tienen derecho los funcionarios mencionados por el Decreto es la del sesenta por ciento (60%) en tanto que es la única mencionada en la parte resolutive, y no lo están las del setenta por ciento (70%) y ochenta por ciento (80%) para los años 2000 y 2001 respectivamente”. En sustento de su tesis, señaló el Consejo de Estado que la decisión adoptada en el Decreto 610 de 1998 “está en armonía total con lo que dispone la ley marco”, pues “no hace más que conferir una bonificación a los funcionarios de la Rama Judicial que permita superar la desigualdad económica entre ellos, y esto sólo se logra al establecer las bonificaciones del sesenta, setenta y ochenta por ciento para los años 1999, 2000 y 2001”, habida cuenta que siendo el acto administrativo “una manifestación de voluntad de un ente de derecho que toma una decisión con efectos jurídicos”, tal decisión no se encuentra circunscrita a la parte resolutive del decreto sino que está expresada en el decreto como un todo”¹¹.

Con base en la anterior argumentación, concluyó el Consejo de Estado que “atendiendo al mandato constitucional de primacía del derecho sustancial sobre las formalidades y a la decisión contenida en el acto administrativo dictado por el Gobierno Nacional, las bonificaciones del setenta por ciento (70%) y del ochenta por ciento (80%) para los años 2000 y 2001, respectivamente, son de pago obligatorio para los funcionarios contenidos en el supuesto de hecho del Decreto, cuando así la demanda lo pretende”¹².

3.15. Así las cosas, quienes demandaron y no desistieron de las demandas presentadas ni suscribieron contratos de transacción y luego resultaron beneficiados por las decisiones judiciales a las que se acaba de hacer referencia, actualmente se les paga la

“Bonificación por Compensación” prevista en los Decretos 610 y 1239 de 1998. Por tal motivo, a partir del año 2001, reciben como asignación mensual el 80% de lo que, por todo concepto, perciben los Magistrados de las Altas Cortes. En el caso de quienes desistieron de sus demandas o no demandaron y suscribieron contratos de transacción, se le paga la “Bonificación de Gestión Judicial” de que trata el Decreto 4040 de 2004, razón por la cual reciben el 70% de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de las Altas Cortes.

Al grupo de quienes se les aplica la “Bonificación de Gestión Judicial”, se suman también aquellos servidores que con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4040 de 2004 se vincularon a cargos cobijados por la aludida prestación. Ellos, por supuesto, no presentaron demandas ni transigieron y tampoco expresaron su voluntad de acogerse al régimen previsto en el Decreto 4040 de 2004 antes del 31 de diciembre de ese año, pues para ese momento no estaban vinculados a la rama judicial o no ocupaban los cargos a que alude la mencionada “Bonificación de Gestión Judicial”. A este grupo se le paga, entonces, el porcentaje del 70% de lo que, por todo concepto, reciben los Magistrados de las Altas Cortes, pues el artículo 1º del mencionado Decreto 4040 dispone expresamente que la “Bonificación de Gestión Judicial” se aplica a los funcionarios que a partir de su entrada en vigencia se vinculen al servicio, en cualquiera de los empleos allí mismo señalados.

3.16. El recuento precedente da cuenta del origen de la que los demandantes denominan “bonificación permanente mensual” y de la diferencia en la remuneración generada con ocasión de su reconocimiento y pago. En los términos de lo explicado, la “bonificación permanente mensual” es en realidad, para un grupo de funcionarios, la denominada “Bonificación por Compensación” de que tratan los Decretos 610 y 1239 de 1998, e implica que ellos reciben actualmente como asignación mensual el equivalente al 80% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes. Para los otros servidores, la llamada “bonificación permanente mensual” es la “Bonificación de Gestión Judicial” de que trata el Decreto 4040 de 2004, lo que implica que este grupo recibe hoy el 70% de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de las Altas Cortes; es decir, el equivalente a un 10% menos de lo que devengan los beneficiarios de la “Bonificación por Compensación”.

3.17. De esta forma, como consecuencia de las situaciones que han sido descritas, en la actualidad, coexisten en el ordenamiento jurídico dos regímenes salariales diferentes aplicables a los Magistrados de Tribunal y a los demás servidores de la Rama Judicial, de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio de Defensa que aparecen mencionados en los supuestos de hecho de los Decretos 610 y 1239 de 1998 y en el Decreto 4040 de 2004.

3.18. Tratándose de los actores, de conformidad con lo que exponen en la demanda y lo expresado por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, su situación al momento de instaurar la acción de tutela era la siguiente: (i) la Doctora Liliana Orozco Daza, se desempeñaba como Magistrada en propiedad del Tribunal Administrativo del Cesar desde el 12 de marzo del año 2001 y a la misma se le pagaba la “Bonificación de Gestión Judicial” de que trata el Decreto 4040 de 2004, por haber firmado transacción el 14 de diciembre de 2004; (ii) respecto de los doctor Oscar Wilches Donado y Juan Huerto Rodríguez Merchán, los dos ocupaban cargos de Magistrado del Tribunal Administrativo del Cesar, el primero en propiedad desde el 16 de marzo del año 2006, y el segundo en provisionalidad desde el 17 de octubre del año 2006, razón por la cual, a ambos se les pagaba la “Bonificación de Gestión Judicial” por encontrarse “cobijados por el régimen previsto en el Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004, con el cual fueron posesionados”. En relación con el Magistrado Juan Huerto Rodríguez Merchán, aclaró la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en su escrito de respuesta, que el mismo desempeñaba el cargo en provisionalidad, en cuanto estaba reemplazando a la Magistrada Olga Valle de la Hoz, quien disfrutaba de su año sabático.

En este sentido, por cuanto las entidades accionadas les vienen pagando la “Bonificación de Gestión Judicial” establecida en el Decreto 4040 de 2004, y no la “Bonificación por Compensación” de que trata el Decreto 610 de 1998, los Magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar, demandantes en esta causa, reclaman por vía de tutela el pago de la “Bonificación por Compensación”, la cual corresponde actualmente al 80% de lo que por todo concepto devengan los magistrados de las altas cortes, y que sí reciben sus restantes compañeros de tribunal.

A la petición que éstos hacen, se suma la de un amplio número de funcionarios de la Rama Judicial que mediante escritos de coadyuvancia presentados ante la Corte Constitucional,

aducen recibir la “Bonificación de Gestión Judicial” y aspirar también el pago de la “Bonificación por Compensación”. En ese propósito, los coadyuvantes le solicitan a la Corte que, por encontrarse en la misma situación de hecho y de derecho de los accionantes, se le reconozca a la decisión de protección que aquí se adopte efectos “inter comunis”.

4. Naturaleza jurídica del Decreto 4040 de 2004

4.1. De acuerdo con lo precisado en el acápite anterior, para la Corte es claro que la presunta violación de los derechos de los actores a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas y justas, se origina inicialmente en la aplicación del Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004, por el cual se creó la “Bonificación de Gestión Judicial”. Ello en razón a que los Magistrados de Tribunal que se encuentran cobijados por dicho decreto, bien porque firmaron la transacción ya porque ingresaron con posterioridad a la entrada en vigencia del mismo, perciben una asignación mensual inferior en un 10% a la recibida por los Magistrados a quienes se les aplica el Decreto 610 de 1998.

4.2. En este sentido, lo pretendido por los actores con la presente acción de tutela, pasa entonces por dejar sin efecto el régimen de la “Bonificación por Gestión Judicial” previsto en el Decreto 4040 de 2004, para, en su lugar, se aplique el régimen de la “Bonificación por Compensación” del Decreto 610 de 1998.

Sin perjuicio de que para lograr el propósito perseguido por los actores sea necesario adelantar otro tipo de actuaciones de naturaleza administrativa o judicial, la circunstancia de que la presunta violación de los derechos de los demandantes tenga como punto de partida la aplicación del precitado Decreto 4040 de 2004, le impone a la Corte la necesidad de establecer cual es la naturaleza jurídica de dicho acto, con el fin de definir sobre la procedencia de la presente acción de tutela.

4.3. Como es sabido, desde el punto de vista de su contenido, los actos de la administración se clasifican en generales o individuales. Los actos generales, también llamados actos creadores de situaciones jurídicas generales, objetivas o reglamentarias, son aquellos que tienen un alcance indefinido e impersonal, es decir, que se refieren o dirigen a personas indeterminadas. Por el contrario, los actos de carácter individual o

particular, conocidos como actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas o concretas, son los que tienen un alcance definido, en el sentido de que están dirigidos a personas o sujetos identificados o determinados individualmente.

De acuerdo con la doctrina especializada, para efectos de establecer la naturaleza del acto administrativo, la determinación o indeterminación de los sujetos no se analiza desde la perspectiva de su número o cantidad, sino desde el punto de vista de si éstos se encuentran o no individualizados en forma concreta. Así, un acto es de contenido general, aun cuando se refiera a pocas personas, cuando en él no se identifican e individualizan los sujetos. En contraposición a ello, el acto puede tener un contenido particular y concreto, cuando a pesar de dirigirse a muchas personas, las mismas están debidamente individualizadas e identificadas.

4.4. En cuanto hace al Decreto 4040 de 2004, el mismo fue expedido por el Presidente de la República “en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992”. Por su intermedio se creó la “Bonificación de Gestión Judicial” con carácter permanente, señalando como destinatarios del mismo a los funcionarios de la Rama Judicial, incluida la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Defensa Nacional, que a partir de la entrada en vigencia del decreto se vinculen a los siguientes empleos: (i) Magistrados de Tribunal y Consejo Seccional; (ii) Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar; (iii) Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes y Abogados Asistentes y Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; (iv) Fiscales Delegados ante Tribunales de Distrito y Fiscales Auxiliares ante la Corte Suprema, (v) Directores Ejecutivos Seccionales de Administración Judicial, (vi) Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Secretario Judicial del Consejo Superior de la Judicatura.

El propio Decreto dispuso extender también sus efectos a los servidores de la Rama Judicial, incluida la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Defensa Nacional, que con anterioridad a la vigencia de la norma se encontraran desempeñando los empleos de: (i) Magistrados de Tribunal Nacional de Orden Público y Fiscales Delegados ante Tribunal Nacional; (ii) Magistrados de Tribunal y Consejo Seccional; (iii) Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, (iv) Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes, Abogados Asistentes y Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; (v) Fiscales Delegados

ante Tribunales de Distrito y Fiscales Auxiliares ante la Corte Suprema de Justicia; (vi) Directores Ejecutivos Seccionales de Administración Judicial; (vii) Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional y Secretario Judicial del Consejo Superior de la Judicatura; (viii) y los servidores de la Procuraduría General de la Nación que actúan de manera permanente como agentes del Ministerio Público ante los Magistrados de Tribunal.

4.5. Atendiendo al contenido del Decreto 4040 de 2004, no queda duda que se trata de un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, pues contiene medidas generales en materia de remuneración salarial, cuyos destinatarios son un grupo de funcionarios y servidores públicos que no están identificados ni determinados individualmente.

En el mismo sentido se pronunció la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento, al afirmar:

“En este caso se pretende la aplicación del régimen de ‘bonificación por compensación’ del Decreto 610 de 1998 (80%), en lugar de la aplicación del ‘régimen de bonificación por gestión judicial’ del Decreto 4040 de 2004 (70%), que es el que en la actualidad rige a los tutelantes.

Al estudiar estas disposiciones se advierte que son decretos de carácter general, impersonal y abstracto porque sólo contienen previsiones sobre la categoría y remuneración de magistrados de tribunal en general, las cuales no permiten predicar una naturaleza particular y concreta toda vez que no individualizan y/o identifican a las personas objeto de sus efectos jurídicos...”¹³

4.6. Es claro entonces que la presunta violación de los derechos alegados en esta causa tiene origen en lo regulado por un acto administrativo de contenido general, impersonal y abstracto, como es el Decreto 4040 de 2004. La naturaleza jurídica del decreto en cuestión, le impone a la Corte entrar a determinar si es la acción de tutela el mecanismo idóneo para controvertir este tipo de actos y, por tanto, si le corresponde al juez constitucional dar respuesta de fondo a la protección solicitada por los actores.

5. De la improcedencia de la acción de tutela frente a actos de carácter general, impersonal

y abstracto

5.1. Conforme lo ha señalado esta Corporación en innumerables pronunciamientos sobre la materia, aun cuando la acción de tutela ha sido prevista como un instrumento de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, la propia Carta Política le reconoce a la misma un carácter subsidiario y residual, lo cual significa que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución, al precisarse en él que: “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Respecto de dicho mandato, ha manifestado la Corte que, en cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo por supuesto los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica.

Ha destacado la jurisprudencia que la protección de los derechos constitucionales no es un asunto que haya sido reservado exclusivamente a la acción de tutela. En la medida en que la Constitución del 91 le impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2º), se debe entender que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley han sido estatuidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la propia Carta le haya reconocido a la tutela un carácter subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales se constituyen entonces en los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos.

Sobre el punto, ha dicho la Corte:

“la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”¹⁴.

Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar “una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales”¹⁵, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a

la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo.

5.2. Ahora bien, no sobra recordar que la acción de tutela se encuentra reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, el cual delimitó el objeto de su ejercicio, definió los principios y características que gobiernan su trámite y estableció el régimen de procedencia, entre otros aspectos que resultan igualmente trascendentales por cuanto dotan de verdadera eficacia a dicho mecanismo y mantienen el diseño constitucional y legal con la cual fue concebida.

Atendiendo a su naturaleza jurídica, a través del Decreto en referencia, se establecieron unas causales generales de improcedencia que garantizan el uso racional del mecanismo de amparo, por un lado, y que supeditan su viabilidad a la no existencia de otros medios de defensa judiciales con la excepción de que se trate de evitar la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, por otro lado.

Una de las causales generales de improcedencia de la acción de tutela a que se refiere el Decreto 2591 de 1991, alude específicamente a cuando este mecanismo de protección constitucional se utiliza para controvertir actos de contenido general, impersonal y abstracto. En efecto, el artículo 6º numeral 5º del citado decreto dispone expresamente que la acción de tutela no procederá “cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”¹⁶.

La razón por la cual se explica la existencia de esta causal encuentra fundamento justamente en el hecho de que el ordenamiento jurídico ha delineado un sistema de control judicial mediante acciones y recursos idóneos y apropiados que admiten el cuestionamiento de actos de esa naturaleza, como lo es el caso de la acción de simple nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, de tal suerte que a través de ellos se pueden tramitar las pretensiones en disputa con intervención de las partes y de terceros, respetando los derechos constitucionales de unos y otros y permitiendo una confrontación amplia y contradictoria capaz de proporcionar certeza respecto de los asuntos sometidos a litigio¹⁷.

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha indicado igualmente que los actos de carácter general, impersonal y abstracto producen efectos generales y no se dirigen a alguien en particular, razón por la cual no son susceptibles de producir situaciones jurídicas subjetivas y concretas que admitan su control judicial por medio del recurso de amparo constitucional previsto en el artículo 86 Superior¹⁸.

No obstante lo anterior, atendiendo a las precisas características que informan a la acción de tutela, también la Corte ha aclarado que ésta procederá contra actos de contenido general, impersonal y abstracto, solo excepcionalmente, y como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales, siempre y cuando se trate de conjurar la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable y, además, sea posible establecer que el contenido del acto de carácter general, impersonal y abstracto afecta clara y directamente un derecho fundamental de una persona determinada o determinable. Solo en estos casos el juez puede hacer uso de la facultad excepcional consistente en ordenar la inaplicación del acto para el caso concreto, con un carácter eminentemente transitorio mientras se produce la decisión de fondo por parte del juez competente.

5.3. Ha sido sobre las anteriores consideraciones que esta Corte, a través de abundante jurisprudencia, ha desarrollado una línea de interpretación, ratificando, en primer lugar, que por regla general la acción de tutela no es el mecanismo idóneo y apropiado para controvertir actos cuya naturaleza sea general, impersonal y abstracta, resultando en estos caso improcedente¹⁹, y en segundo lugar, que solo es posible acudir al mecanismo de amparo constitucional, excepcionalmente, cuando se

compruebe que de la aplicación o ejecución del acto general, impersonal y abstracto se vislumbra la vulneración o amenaza a algún derecho fundamental de una persona determinada o determinable, y siempre que se trate de conjurar la posible configuración de un perjuicio o daño irremediable en los términos definidos por la jurisprudencia constitucional²⁰.

Debe aclarar la Corte que dicha regla ha venido siendo aplicada por la jurisprudencia constitucional con un alcance general, esto es, respecto de cualquier derecho fundamental y en todos los casos en que la presunta violación o amenaza del derecho fundamental provenga de un acto de contenido general, impersonal y abstracto, independientemente de la materia que en él se trate, lo cual incluye, por supuesto, los actos administrativos generales que involucren aspectos relacionados con asuntos laborales y salariales.

Ilustrado así el marco de orientación de esta Corporación sobre la materia, se presenta a continuación un recuento de la jurisprudencia constitucional en la que se pone de presente la posición adoptada por las distintas Salas de Revisión de este Tribunal, en tanto señalan de manera uniforme la improcedencia general del mecanismo de amparo constitucional para objetar actos de contenido general, impersonal y abstracto; como también admiten, por vía de excepción, que su ejercicio como mecanismo transitorio de protección es viable cuando se advierte la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable.

5.3.1. En efecto, en una de las primeras decisiones que sobre el tema adoptó esta Corporación, esto es, en Sentencia T-321 de 1993²¹, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional se pronunció respecto del caso de una madre que consideraba que la emisión en horarios diurnos de programas y telenovelas atentaba contra los derechos constitucionales de sus menores hijos, por cuanto en su criterio era “dañina, anticonstitucional y depravada”, por lo que solicitaba, aduciendo no tener otro medio al cual acudir para impedir que se prolongara el daño moral que en su sentir se estaba produciendo, la suspensión de la emisión diurna de una serie de programas y telenovelas que resultaban inconvenientes y vulneratorios de la Carta Política y del Código del Menor.

En esa oportunidad, la Sala en mención se refirió a aquellos eventos en que la transgresión de derechos fundamentales encuentra su origen en actos de carácter general, los cuales pueden ser controvertidos mediante mecanismos especialmente dispuestos para ello, en atención a que promueven asimismo la actuación de un organismo público competente con el fin de que se reestablezca el imperio de la juridicidad.

Así las cosas, al tenor de lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la Sala concluyó que la acción de tutela resultaba improcedente como quiera que lo que se pretendía en el caso concreto no era la suspensión de los efectos violatorios o amenazantes de alguno de los derechos fundamentales de una persona determinada, derivados de un acto concreto cuya aplicación debiera suspender el juez de tutela. La Sala agregó además que por el hecho de que a éste último se le haya asignado la función de definir ciertos y específicos derechos constitucionales, ello no significa que por este motivo adquiera las mismas facultades o poderes que la Carta le ha atribuido a esta Corte en el artículo 241 y que se relacionan concretamente con el control constitucional de las leyes y los decretos allí enumerados, y mucho menos, puede señalar que los fallos que emita dentro de procesos de tutela tengan el mismo efecto general y erga omnes que producen las sentencias de constitucionalidad que profiere esta Corporación cuando decide demandas de inconstitucionalidad.

5.3.2. Posteriormente, en la Sentencia T-287 de 199722, la Sala Quinta de Revisión se pronunció respecto de una demanda promovida contra el Instituto Nacional de Vías, en la cual el actor alegaba la afectación de sus derechos fundamentales, en tanto la entidad accionada resolvió instalar una caseta para el cobro de un peaje cerca de su residencia, por lo que ante la circunstancia de verse obligado a cancelar la tarifa correspondiente, hizo uso de la acción de tutela con la pretensión unívoca de que dicha caseta fuese erradicada o, en su defecto, trasladada a un lugar distinto, de modo que no se viera abocado a sufragar el peaje.

En esa oportunidad, esa Sala de Revisión reiteró que el mecanismo de amparo constitucional, tal como lo dispone expresamente el numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, no es el mecanismo idóneo para atacar actos de carácter general, impersonal y abstracto, para lo cual trajo a colación los argumentos expuestos

en las Sentencias T-01 de 1992, T-038 de 1993 y T-203 de 1993 y, adicionalmente, estableció con relación a este tipo de casos, que los diversos aspectos que lo componen deben sujetarse a lo que dispongan las normas generales que establezca la autoridad, en los términos de la ley, y las determinaciones concretas que se adopten en su desarrollo respecto de uno u otro individuo no pueden provocarse mediante la acción de tutela, menos aún si no se encuentra acreditado perjuicio irremediable alguno, como ocurrió en dicho caso.

5.3.3. Bajo la misma línea de orientación, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en Sentencia T-815 de 200023, se pronunció en torno a una acción de tutela en la cual los peticionarios solicitaban, entre otros, que se ordenara al Ministerio de Desarrollo Económico y al Instituto Colombiano de Normas Técnicas ICONTEC, modificar la norma NTC 2206, e incluir “los electrodos o varillas de puesta a tierra por el proceso de enchaquetado en frío” y “los ensayos adecuados para evaluar la calidad de los electrodos o varillas de puesta a tierra por el proceso de enchaquetado en frío de acuerdo con su proceso de fabricación”.

Respecto de la posibilidad de controvertir actos de carácter general, impersonal y abstracto mediante la acción de tutela, se señaló que:

Sobre esta base, la Sala Novena de Revisión consideró que la acción de tutela no es el único procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales, y tampoco resulta ser, en muchos eventos, el más apropiado. Lo anterior, como quiera que el ordenamiento jurídico ha fijado una serie de acciones y recursos para que mediante ellos se adelante un estudio y análisis más detallado de las pretensiones que se encuentren en disputa, intervengan las partes y los terceros en una confrontación más amplia, y se asegure la aplicación y el respeto de las garantías constitucionales y legales previstas para cada asunto sometido a litigio.

No obstante lo anterior, se destacó asimismo que sólo en aquellos casos en los cuales se logre acreditar la inexistencia de un medio de defensa judicial ordinario para remediar una situación, o que, aun existiendo, éste no sea idóneo para lograr hacer efectivo el derecho fundamental vulnerado o amenazado, procede la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección, con la finalidad de precaver la posible

configuración de un perjuicio irremediable, circunstancia que no se acreditó en esa oportunidad.

5.3.4. Seguidamente, en Sentencia T-1452 de 200024, la Sala Tercera de Revisión avocó el conocimiento de un recurso de amparo constitucional impetrado por un ciudadano contra el Presidente de la República, aduciendo que éste último incurrió en una vía de hecho al dictar un decreto de carácter general y abstracto para regular una situación particular, por lo que, entre otras pretensiones, solicitó la suspensión del Decreto 169 de 2000 como medida transitoria para evitar un daño irreparable.

En ese fallo, respecto de la posibilidad para controvertir actos de carácter general, impersonal y abstracto mediante la acción de tutela y luego de un sucinto recuento de la jurisprudencia constitucional sobre el tema, la Sala Tercera concluyó:

“No procede la acción de tutela con el fin de obtener que se suspenda el Decreto 169 de 2000 expedido por el Presidente de la República, pues se trata de un acto de carácter general impersonal y abstracto (numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991), que surte efectos también generales. Si el actor lo consideró contrario a los preceptos de la Carta Política, pudo haber ejercido, como se manifestó anteriormente, la acción pública de inconstitucionalidad, tal como lo contempla nuestra Constitución Política en su artículo 241-5.

Tampoco encuentra la Corte, que en el presente caso, se configure como lo afirma el solicitante, un perjuicio irremediable que pudiera ser evitado mediante la acción de tutela como mecanismo transitorio, toda vez que el peticionario no demostró en qué forma en su caso particular, la aplicación del decreto en mención implica efectos inmediatos, graves e irremediables que vulneran sus derechos constitucionales fundamentales y que hacen necesaria la adopción de medidas urgentes e impostergables por parte del juez de tutela²⁵”.

Establecida así la regla general de improcedencia de la acción de tutela en el presente caso, como quiera que no se acreditó la ocurrencia de perjuicio irremediable alguno, en la providencia en cita se reiteró que no resulta válido que se invoque la figura sumaria de la tutela con la intención de que se tramiten de manera precipitada asuntos que por su misma complejidad demandan un detallado y acucioso examen bajo la óptica de

ordenamientos especializados, expresamente sometidos por el sistema jurídico a ciertas formalidades y procedimientos.

5.3.5. Con el mismo enfoque, la Sala Tercera de Revisión, mediante la Sentencia T-1497 de 200026, asumió el conocimiento de un caso en el que el actor, en su condición de oficial mayor del Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga, alegaba la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad, como quiera que el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 664 del 13 de abril de 1999, el cual establecía una bonificación por compensación de los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios, incurrió en una discriminación entre quienes integran la Rama Judicial, ya que ésta no se compone tan sólo de los magistrados de las altas Cortes y Tribunales Superiores, sino también de un amplio grupo de jueces y empleados que constituyen su base. Sobre esa consideración, el actor instó al juez de tutela para que le ordenara al Presidente de la República y al Ministro de Hacienda, el reconocimiento de la mencionada bonificación en la misma proporción de los funcionarios con ella beneficiados.

En la providencia en mención, la Sala Tercera de Revisión confirmó lo expuesto por ella en anteriores pronunciamientos en los cuales asumió el conocimiento de casos en que se controvirtieron actos de naturaleza general, impersonal y abstracta. En efecto, sostuvo, en primer lugar, que de la acción de tutela se desprenden una serie de características que la identifican, cuales son, la subsidiariedad y la residualidad, las cuales dan a entender que dicho mecanismo no es supletivo, alternativo o sustitutivo de los medios de defensa ordinarios o especiales previstos por el orden jurídico. Así, en segundo término, procedió a reiterar la improcedencia del mecanismo de amparo constitucional para satisfacer la pretensión que en sede de tutela puso de presente el actor, cual era, la extensión de la bonificación por compensación de que trata el Decreto 664 de 1999, toda vez que para su controversia se evidenciaba la existencia de otro medio de defensa judicial, esto es, la acción de nulidad contra los actos administrativos, ante la no acreditación de un perjuicio de carácter irremediable en el caso controvertido.

Para ello, la Sala de Revisión consideró que los funcionarios judiciales beneficiados por la bonificación desempeñan cargos de mayor jerarquía que exigen mayores calidades y requisitos, ejercen funciones de gran responsabilidad que requieren de mayor experiencia, dedicación y conocimientos que el desempeñado por el tutelante, lo que

conlleva a advertir que las circunstancias y condiciones son diferentes, ante las cuales se justifica un tratamiento diferenciado²⁷.

5.3.6. Así también, mediante la Sentencia T-1098 de 200428, la Sala Octava de Revisión conoció de un asunto en el que el actor pretendía que no se le tomara en cuenta el requisito de la estatura previsto en la convocatoria realizada para hacer parte de los cursos de complementación como dragoniante y determinó en el mismo la improcedencia de la acción de tutela, como quiera que lo que se debatía allí era un acto administrativo de contenido general, impersonal y abstracto según lo establecido expresamente en el numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

Se puso de presente, además, que tal determinación no era óbice para que el operador jurídico en determinados casos verificara si, con ocasión de ese acto, se vulneraban o amenazaban derechos de raigambre fundamental, evento en el cual puede proceder a su inaplicación por vía de excepción ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable, lo que de suyo no equivale en modo alguno a un pronunciamiento definitivo sobre la validez del acto. En efecto, partiendo de esa conclusión, la Sala afirmó:

“La Corte ha admitido en su jurisprudencia la posibilidad de que el juez de tutela ordene la inaplicación de normas de rango legal y de los actos administrativos de carácter particular expedidos con fundamento en aquéllas²⁹, cuando verifique que por su empleo se ocasiona la vulneración de derechos fundamentales en un caso particular. Bajo esta lógica, nada impide, entonces, que también respecto de actos administrativos de carácter general se actúe en consecuencia, esto es, ordenando su inaplicación cuando se advierta que son la causa inmediata de la vulneración de derechos fundamentales en un caso específico”.

5.3.7. En idéntico parecer a lo anteriormente expuesto, la Sala Sexta de Revisión, en Sentencia T-435 de 200530, se pronunció respecto de un caso en el que unos deportistas consideraban quebrantados sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la recreación, al deporte, entre otros, en tanto el Instituto Colombiano del Deporte -COLDEPORTES- les impidió su participación en los XVII Juegos Deportivos Nacionales, aduciendo para ello que no cumplían los requisitos necesarios para la

realización de las pruebas deportivas en las que iban a competir. En esa medida, solicitaban su inscripción y su eventual participación en los mencionados Juegos.

En ese fallo, la Sala de Revisión reafirmó la regla general adoptada por la jurisprudencia constitucional según la cual la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de los derechos fundamentales que resultaren amenazados o lesionados como consecuencia de la expedición de actos administrativos, habida cuenta de la existencia de otra serie de mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa, e igualmente recalcó que el mecanismo de amparo constitucional procedía excepcionalmente como alternativa transitoria cuando mediante él se pretendiera evitar la configuración de un perjuicio irremediable y que, frente a esas precisas circunstancias, el juez podría eventualmente suspender la aplicación del acto administrativo u ordenar su inaplicación mientras que se actúa dentro de los cauces ordinarios, esto es, mediante el impulso del proceso que corresponda ante la respectiva instancia jurisdiccional. Conforme con ello, en dicho fallo la Sala declaró la improcedencia de la tutela por no haberse cumplido los presupuestos de procedibilidad fijados por la jurisprudencia.

5.3.8. Bajo las anteriores consideraciones, la Sentencia T-1015 de 200531 - Sala Sexta de Revisión-, puso de manifiesto que de intentarse por vía de tutela, no ya la ilegalidad o inconstitucionalidad de un acto dotado de carácter general, impersonal y abstracto, sino que se pretendiera dejar sin efecto su aplicación en un evento particular y concreto, cuando se advierta una situación abiertamente contraria a un derecho fundamental en cabeza de una persona determinada o determinable, el mecanismo de amparo constitucional de forma transitoria debía proceder a remediar la situación, en tanto que trate de evitar la configuración de un daño o perjuicio irremediable.

En efecto, al abordar el caso de una madre cabeza de familia que fungía como funcionaria de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales a la cual se le excluyó mediante una circular como beneficiaria del subsidio educativo que recibía por parte de su empleador habida cuenta de la discapacidad de su menor hija, en tanto ésta no se encontraba matriculada en un colegio de educación especializada, la Sala Sexta de Revisión planteó la necesidad de determinar la validez del acto administrativo que eventualmente podía transgredir derechos fundamentales y concluyó:

“En efecto, aunque, según el artículo 6, numeral 5, del Decreto 2591 de 1991, no cabe la acción de tutela contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, ésta debe proceder en los casos en que se persigue la inaplicación en el caso concreto de un acto abiertamente contrario a los derechos fundamentales.

El Decreto mencionado limita la procedencia de la acción teniendo en cuenta que los actos administrativos de carácter general, impersonal o abstracto se distinguen de aquellos de carácter particular, personal y concreto respecto a los efectos producidos mediante su expedición. En este sentido, los primeros no crean una situación jurídica concreta a favor o en contra de un particular, sino que se refieren, en la mayoría de los casos, a situaciones y personas indeterminadas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en la aplicación de una disposición general pueden desconocerse derechos fundamentales”.

En consecuencia, en el referido fallo, la Sala de Revisión concedió la tutela para proteger el derecho fundamental a la igualdad y a la educación de la menor, por lo que dispuso inaplicar, exclusivamente para el presente caso, la limitación contenida en la Circular proferida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, referida a que el programa de auxilios de educación especial sólo pueda ser concedida a los hijos de los funcionarios que se matriculen en una Institución Educativa de Educación Especial.

5.3.9. Ahora bien, a través de la Sentencia T-645 de 2006, la Sala Quinta de Revisión avocó el conocimiento de un asunto en el que varios empleados de la Rama Judicial aducían la afectación de sus derechos fundamentales, al considerar que el Gobierno Nacional creó una bonificación para Jueces y Fiscales sin que ellos hubiesen sido incluidos, por lo que solicitaban la expedición de un nuevo decreto haciendo extensiva a los demás empleados judiciales la mencionada bonificación. Así mismo, reclamaban por un decreto que estableciera la nivelación salarial.

En dicho fallo, se arribó a la conclusión de que los actos controvertidos eran de naturaleza general, impersonal y abstracta, por lo que de conformidad con el numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela resultaba improcedente. Para ello, se puso de presente la no comprobación de la ocurrencia de perjuicio irremediable alguno, por lo que al evidenciarse otras vías dentro del ordenamiento

jurídico para controvertir los mencionados actos, la acción de tutela en el caso concreto resultaba improcedente como mecanismo idóneo y eficaz.

5.3.10. Por otro lado, la Sentencia T-1073 de 200732 -Sala Cuarta de Revisión- avocó el conocimiento de un asunto en el que diversas personas condenadas por la comisión de delitos sexuales que ante el proyecto de Acuerdo 272 de 2007 -el cual busca el sometimiento al escarnio público de todas las personas condenadas por delitos sexuales- acudieron a la acción de tutela para solicitar que el mismo, una vez perfeccionado, sea inaplicado en tanto desconoce sus derechos fundamentales a la igualdad, a la vida y a la exclusión de tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la intimidad, a la familia y a los derechos de los niños. En el mencionado fallo se puso de presente nuevamente que si bien la acción de tutela no procede para controvertir actos de carácter general, aun cuando su contenido pueda ser contrario a normas sobre derechos fundamentales, porque para ello se han previsto otras vías procesales, el contenido lesivo de un acto de esta estirpe materializado en una situación concreta posibilita el ejercicio excepcional del mecanismo de amparo en procura de la defensa de los derechos que resultaren afectados o amenazados y cuando se advierta la existencia de un perjuicio irremediable.

Así las cosas, teniendo en cuenta la inminencia de la afectación de derechos fundamentales, la Sala de Revisión concluyó que la acción de tutela se abre paso por vía excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras la respectiva jurisdicción se pronuncia sobre la validez constitucional del acto administrativo objetado.

En esa medida, en la sentencia se dispuso conceder la tutela como mecanismo transitorio de protección y ordenar a las autoridades involucradas abstenerse de aplicar en los casos concretos lo dispuesto por el Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá. Así mismo, el juez de tutela señaló que tal orden se mantendrá hasta tanto la autoridad competente se pronuncie sobre la constitucionalidad del Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá, efecto para el cual los beneficiarios de la providencia deberán interponer la correspondiente acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la misma, so pena de que cesen sus efectos.

5.3.11. Esa misma posición fue la adoptada en la Sentencia T-111 de 200833 - Sala Tercera de Revisión-, en la que se admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos generales, impersonales y abstractos, con motivo de un caso similar al expuesto en el numeral anterior, en el que varios accionantes solicitaban la inaplicación del Acuerdo 280 de 2007 por estimar que el mismo quebrantaba sus derechos a la vida, a la igualdad y a la intimidad personal y familiar, entre otros, causándoles un perjuicio irremediable. Sobre esa base, pretendían que dicho Acuerdo fuera inaplicado.

En esa ocasión, la Sala de Revisión procedió a reiterar la línea de interpretación que la jurisprudencia constitucional ha acogido en materia de acciones de tutela contra actos de carácter general, impersonal y abstracto. En efecto, hizo especial énfasis en la regla general adoptada por esta Corporación según la cual el mecanismo de amparo es, improcedente como medio de defensa principal para lograr la protección de los derechos fundamentales que se vean afectados o amenazados, toda vez que existen en el ordenamiento otros mecanismos, sean éstos administrativos o judiciales, para controvertir su contenido.

Sin embargo, sostuvo que la acción de tutela, de manera excepcional, procede como mecanismo transitorio de protección de los derechos cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Tal hipótesis se configura en el sentido que la actuación de la persona afectada se oriente, no ya a obtener una declaratoria de inconstitucionalidad del acto general, sino a prevenir que el mismo sea aplicado en su caso concreto, impidiendo, que se materialicen, respecto de sus derechos fundamentales, los efectos adversos de la norma.

En tal eventualidad, el juez de tutela sólo podrá suspender la aplicación del acto administrativo u ordenar que el mismo no se aplique mientras se surte el proceso correspondiente ante la jurisdicción respectiva.

Así mismo, se puso de presente que no obstante haberse promovido la acción de tutela con el propósito de contrarrestar los efectos adversos de un acto general, impersonal y abstracto en un caso concreto, para efectos de la justiciabilidad de los derechos fundamentales mediante dicha acción, se requiere evidenciar una amenaza cierta que se predique de la aplicación del referido acto, que la afectación se produzca sobre

los derechos fundamentales de una persona determinada o determinable y que, además, se repare en la posible configuración de un perjuicio irremediable³⁴

. En el sentido de la providencia anterior, en este caso también se dispuso conceder la tutela como mecanismo transitorio de protección y ordenar a las autoridades involucradas abstenerse de aplicar en los casos concretos lo dispuesto por el Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá, aclarando que tal orden se mantendría hasta tanto la autoridad competente se pronuncie sobre la constitucionalidad del Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá, previendo además que los beneficiarios de la providencia debían interponer la correspondiente acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del fallo.

5.4. Del anterior recuento jurisprudencial se concluye, entonces, que en relación con la acción de tutela frente a actos dotados de carácter general, impersonal y abstracto, ha sido abundante la jurisprudencia constitucional que ha señalado la improcedencia de la misma para controvertir tal modalidad de actos, al tenor de lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, e independientemente del contenido de los mismos. Lo anterior, obedece justamente a la necesidad de que el mecanismo tuitivo de los derechos fundamentales mantenga su naturaleza como un medio de defensa judicial subsidiario y residual, y que se conserve el orden regular de asignación de competencias a las jurisdicciones, en aras de asegurar la plena vigencia del principio de seguridad jurídica.

Ello, sin perjuicio de que, excepcionalmente, ante la eventual afectación de derechos fundamentales que pueda predicarse de la aplicación de un determinado acto general, impersonal y abstracto en una situación particular, proceda el mecanismo de amparo constitucional con carácter transitorio, siempre que se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

6. Improcedencia de la acción de tutela en el presente caso

6.1. Los actores cuentan con otros medios de defensa judicial para reclamar la defensa de sus derechos

6.1.1. Cabe reiterar que, en su condición de Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, los actores demandaron por vía de tutela a la Dirección

Ejecutiva de Administración Judicial y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, argumentando la vulneración de sus derechos a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas, por recibir una asignación mensual inferior a la de sus demás colegas de Tribunal, a pesar de ocupar cargos de igual categoría y naturaleza y de cumplir las mismas funciones.

Concretamente, la Magistrada Liliana Orozco Daza y los Magistrados Oscar Wilches Donado y Juan Huerto Rodríguez Merchán, le solicitan al juez constitucional que le ordene a las entidades demandadas “aplicar un tratamiento igualitario a todos los magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar y, en consecuencia, cancelar el mismo valor mensual y permanente por concepto de bonificación, equivalente al 80% de lo que por todo concepto devenguen los magistrados de las altas cortes”.

6.1.2. Según quedó previamente establecido, la diferencia salarial a que hacen referencia los actores deviene del hecho de que en la actualidad, coexisten en el ordenamiento jurídico dos regímenes salariales diferentes aplicables a los Magistrados de Tribunal, previstos en los Decretos 610 del 30 de marzo de 1998, por el cual se creó “Bonificación por Compensación” y 4040 del 3 de diciembre de 2004, por el cual se creó la “Bonificación de Gestión Judicial”.

6.1.3. Conforme con esta situación, la presunta violación de los derechos a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas y justas de los actores, tiene su origen en la aplicación del Decreto 4040 de 2004, en razón a que los Magistrados de Tribunal que se encuentran cobijados por este último ordenamiento, como es precisamente el caso de los accionantes, perciben una asignación mensual inferior en un 10% a la recibida por los Magistrados a quienes se les aplica el Decreto 610 de 1998.

Bajo ese entendido, lo pretendido en esta acción de tutela inicia por dejar sin efectos el régimen de la “Bonificación por Gestión Judicial” previsto en el citado Decreto 4040 de 2004, que por su propia naturaleza jurídica es un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, para que en su lugar se aplique el régimen de la “Bonificación por Compensación” del Decreto 610 de 1998.

6.1.4. Como quedó suficientemente explicado en el acápite anterior, la acción de tutela resulta improcedente para controvertir actos de carácter general, impersonal y abstracto,

como el que en esta ocasión se cuestiona, pues el ordenamiento jurídico ha establecido un mecanismo de defensa judicial especial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al cual se puede acudir para demandar la legalidad de tales actos. En efecto, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo consagra la acción de nulidad contra actos de tal naturaleza, siendo éste el mecanismo judicial idóneo y específico con que cuentan los accionantes para dejar sin efectos el Decreto 4040 de 2004.

A este respecto, la norma citada dispone expresamente:

ART. 84.- Subrogado. D.E. 2304/89, ART. 14. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Los actores pueden entonces acudir a la acción de nulidad, en procura de plantear la controversia sobre la validez del precitado decreto, y activar así un proceso ante la jurisdicción contenciosa en el cual se surta, con intervención de las partes y de terceros y con todas las formalidades y garantías, el debate de un asunto cuyas complejidades jurídicas escapan al procedimiento propio de la acción de tutela, el cual está marcado precisamente por la informalidad y la subsidiariedad.

En consecuencia, la pretendida nivelación salarial solicitada, originada inicialmente en la aplicación del Decreto 4040 de 2004, no es en principio susceptible de ser estudiada en sede de tutela, pues como se ha expresado en reiterada jurisprudencia constitucional,³⁵ en armonía con lo establecido en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, el amparo constitucional es improcedente frente a actos de carácter

general, impersonal y abstracto, aun cuando éstos traten asuntos laborales, en la medida en que los mismos pueden ser controvertidos a través de otro recurso o medio de defensa judicial, especial y específico, como lo es la acción de simple nulidad.

6.1.6. Ahora bien, a la luz de los acontecimientos que motivaron la diferencia salarial alegada en esta causa, la Corte tiene claro que el sólo hecho de dejar sin efectos el Decreto 4040 de 2004, puede no resultar suficiente para lograr el propósito de extender a los actores, y en general a los demás Magistrados de Tribunal, el régimen de la “Bonificación por Compensación” prevista en el Decreto 610 de 1998, siendo entonces necesario adelantar otro tipo de actuaciones complementarias de naturaleza administrativa y judicial.

Según se mencionó, la diferencia salarial que motivó la presente tutela, es producto de la coexistencia de dos regímenes salariales diferentes actualmente aplicables a los Magistrados de Tribunal del país: el previsto en el Decreto 610 del 30 de marzo de 1998, por el cual se creó la “Bonificación por Compensación” y el contenido en el Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004, por el cual se creó la “Bonificación de Gestión Judicial”. La diferencia salarial radica, concretamente, en que los beneficiarios del Decreto 610 de 1998 reciben actualmente como asignación mensual el equivalente al 80% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes, mientras que a quienes se les aplica el Decreto 4040 de 2004, reciben hoy el equivalente a un 70% del salario de esos altos funcionarios.

La coexistencia de los dos regímenes salariales tiene a su vez origen en la expedición del Decreto 610 de 1998 y en las decisiones que en situaciones particulares y concretas fueron adoptadas por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en el sentido de negarse a darle aplicación al mismo. Tales decisiones llevaron a que un gran número de magistrados reclamaran judicialmente la aplicación del Decreto 610 de 1998 y, en el curso de tal reclamación, a que se abriera paso un proceso de concertación con el Gobierno Nacional que concluyó con la expedición del Decreto 4040 de 2004.

Como consecuencia de lo anterior, los beneficiarios del Decreto 610 de 1998 son aquellos Magistrados de Tribunal que obtuvieron sentencia favorable, dentro de los procesos contenciosos de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos contra los

actos de contenido particular y concreto en los que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial se negó a darle aplicación a la citada norma. En el caso del Decreto 4040 de 2004, éste se aplica a los Magistrados de Tribunal que no demandaron o desistieron de sus demandas y que suscribieron los contratos de transacción de que trata el mencionado decreto, así como también a los Magistrados que se vincularon al cargo con posterioridad a su entrada en vigencia.

El hecho de que la aplicación del Decreto 610 de 1998 haya sido el resultado de decisiones judiciales que en forma individual así lo han ordenado, permite suponer, entonces, que la sola declaratoria de nulidad del Decreto 4040 de 2004, en caso de que ello suceda, no sea suficiente para extender el régimen de la “Bonificación por Compensación” a los demás destinatarios de la misma.

Así, puede ocurrir que una vez declarada la nulidad del Decreto 4040 de 2004, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial se mantenga en su posición de no darle aplicación al Decreto 610 de 1998, previas peticiones que sobre el particular le hayan formulado los interesados. En este caso, los actores, y en general todos los servidores que estaban cobijados por el Decreto 4040 de 2004, pueden ejercer también la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (C.C.A. art. 85), para demandar los actos administrativos individuales mediante los cuales se les negó la aplicación del Decreto 610 de 1998, y obtener por esa vía y de manera individual el pago de la “bonificación por compensación” y la reparación integral de los daños infringidos.

Desde esta perspectiva, lo perseguido por los actores pasaría no sólo por dejar sin efectos el Decreto 4040 de 2004, sino también por lograr después la aplicación del Decreto 610 de 1998, para lo cual habrá de acudirse, de ser necesario, a otras actuaciones de orden administrativo y judicial, como son, previo agotamiento de la vía gubernativa, a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

6.1.7. Respecto de tales actuaciones complementarias, no cabe por supuesto un pronunciamiento en la presente tutela, al menos, por las siguientes tres razones. La primera, por cuanto la controversia en torno a la validez del Decreto 4040 de 2004, que es el acto donde tiene origen la diferencia salarial reclamada, todavía no ha sido planteada en su escenario natural: el proceso contencioso de anulación, y, por tanto, el

juez competente no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre su validez. La segunda -consecuencia de la anterior-, por cuanto en este momento es incierta la suerte del citado decreto y no es posible tener total claridad sobre los alcances de la decisión y sobre cuáles son las actuaciones complementarias que finalmente deben emprenderse para el logro del propósito económico perseguido, en caso de que ello sea necesario. Y la tercera, por cuanto que, en todo caso, para lograr finalmente el pago de la “bonificación por compensación” y la reparación integral de los daños infringidos, además de promover la acción de simple nulidad, los actores cuentan con otro medio de defensa judicial específico al que pueden acudir, como lo es precisamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a la que acceden en caso de ser necesario, previo agotamiento de la vía gubernativa.

6.2. Inexistencia de perjuicio irremediable

6.2.1. No obstante lo anterior, atendiendo a las precisas características que informan la acción de tutela, queda por establecer si, a pesar de que los actores cuentan con otros medios de defensa judicial para lograr la nivelación salarial reclamada, debe la Corte pronunciarse sobre la protección constitucional solicitada, como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Como lo ha explicado esta Corporación, aun cuando la acción de tutela es un medio judicial subsidiario y residual de defensa, la propia Constitución prevé la posibilidad de que la solicitud de amparo pueda ser tramitada, a pesar de verificarse la existencia de otro medio de defensa judicial principal u ordinario, cuando la misma se promueve como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

6.2.2. La posibilidad de dar trámite a una petición de tutela como mecanismo transitorio exige, por una parte, (i) demostrar que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental y, por la otra, (ii) que existe otro mecanismo de defensa judicial al que se puede acudir para decidir con carácter definitivo la controversia planteada en sede de tutela. Tratándose de acciones de tutela promovidas contra actos administrativos de contenido general, impersonal y abstracto, valga recordar que la posibilidad de que prospere como mecanismo transitorio depende también de que se establezca que el perjuicio irremediable derivado del acto administrativo afecta clara y

directamente un derecho fundamental de una persona determinada o determinable.

6.2.3. Sobre el perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el mismo consiste en el riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir no existirá forma de reparar el daño³⁶. Conforme con tal definición, la misma jurisprudencia ha fijado los criterios que deben tenerse en cuenta para evaluar si en un caso concreto se está ante la presencia de un perjuicio irremediable. Al respecto ha indicado que el único perjuicio que habilita la procedencia transitoria de la acción de tutela es aquel en que se demuestra: (i) que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) que el daño es inminente; (iii) que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iv) que resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y (v) que la gravedad de los hechos es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales³⁷. Tales presupuestos fueron a su vez explicados por la Corte en la Sentencia T-225 de 1993, reiterada en innumerables pronunciamientos posteriores sobre la materia, en los siguientes términos:

“A). El perjuicio ha de ser inminente: que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser

urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señal a la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconvenientes.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.”³⁸

6.2.4. Respecto de los mecanismos de defensa judicial principales u ordinarios, esta Corporación ha sostenido que debe evaluarse el hecho de “que no todos tienen similares características, pues algunos son procesalmente más rápidos y eficaces que los demás”³⁹. Bajo ese entendido, ha dicho la Corte que, tratándose de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejercen ante la jurisdicción contencioso administrativa, éstas se consideran mecanismos en principio más eficaces

en cuanto su ejercicio puede ir acompañado de la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo atacado, solicitud que debe ser resuelta en el auto admisorio de la demanda⁴⁰

La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, "hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto"⁴¹. El tema fue abordado por la Corte en la Sentencia T-640 de 1996, en los siguientes términos:

"....resulta ser que la suspensión provisional de los actos administrativos es trámite que se ubica como una de las medidas que deben solicitarse antes de que sea admitida la demanda que se formule en contra del acto correspondiente; es concebida como medida cautelar en presencia de excepcionales casos en los que la vulneración de normas superiores sea manifiesta, y como tal es cuestión previa a decidir en el trámite de la acción que se adelanta. Así las cosas, esta posibilidad judicial resulta ser un trámite pronto, y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela. Luego tampoco por este concepto encuentra la Sala motivo para conceder el amparo solicitado".

Dicho criterio ha sido a su vez reiterado, entre otras, en las Sentencias T-533 de 1998, T-127 de 2001 y SU-544 de 2001, en la primera de las cuales se afirmó:

"Por ello es pertinente reiterar aquí la jurisprudencia de esta Corporación, transcrita en la misma demanda, según la cual la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiese escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la

verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos”.

6.2.5. Aplicando los anteriores criterios al caso concreto, considera la Corte que tampoco por la vía del perjuicio irremediables es posible la procedencia de la presente acción de tutela, pues ninguno de los actores alegó ni probó la existencia de un perjuicio de tales características, y tampoco del análisis de los hechos es posible arribar a esa conclusión.

Para esta Corporación, la posible existencia de un perjuicio irremediable no está siquiera sumariamente demostrada, existiendo más bien circunstancias fácticas acreditadas dentro del expediente, que descartan la presencia de una situación de grave amenaza de los derechos fundamentales de los actores a la igualdad y al trabajo, y que exija la adopción de medidas de protección transitorias e impostergables, que a su vez deban ser tomadas de forma inmediata por parte del juez constitucional.

6.2.5.1. Conforme ha quedado suficientemente explicado, la eventual violación o amenaza de los derechos invocados estaría representada en la diferencia salarial existente entre Magistrados de Tribunal, generada por la aplicación concurrente de dos regímenes salariales diferentes, previstos en los Decretos 610 de 1998 y 4040 de 2004. La aludida diferencia radica en que, mientras los destinatarios del Decreto 610 de 1998 reciben como asignación mensual el equivalente al 80% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes, a quienes se les aplica el Decreto 4040 de 2004, entre los que se cuentan los actores, reciben hoy el equivalente a un 70% del salario de esos altos funcionarios.

Desde esta perspectiva, el presunto daño económico sufrido por los demandantes, derivado inicialmente de la aplicación del Decreto 4040 de 2004, puede ser reparado en su integridad mediante el ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo ejercicio contempla, además, la posibilidad de solicitar como medida cautelar la suspensión provisional de dicho acto y de aquellos que una vez producidos puedan resultar involucrados en la violación alegada.

El hecho de que el daño inflingido pueda entonces repararse por otras vías judiciales, dotadas del mecanismo de la suspensión provisional, descarta de plano la procedencia

de la tutela como mecanismo transitorio en el presente caso, ya que de estar produciéndose un perjuicio en contra de los demandantes, el mismo no tiene la entidad de ser irremediable y, por tanto, no requiere de medidas urgentes. Sin duda que la reparación económica que puede obtenerse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es exactamente la misma que podría ordenarse previamente por la vía informal de tutela, lo cual deja sin piso cualquier actuación en este último escenario judicial pues la situación alegada es reversible.

6.2.5.2. Podría considerarse, sin embargo, que la diferencia salarial existente entre los Magistrados de Tribunal, y que en este caso se proyecta en forma negativa sobre los actores, puede estar afectando su mínimo vital, lo cual coadyuvaría en favor de un pronunciamiento transitorio del juez constitucional con el fin de contrarrestar tal afectación.

Sobre el particular, cabe señalar que, según lo ponen en evidencia los fallos de instancia y el material probatorio allegado al proceso, para el momento de interposición de la acción de tutela, los accionantes se desempeñaban como Magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar y, en esa condición, percibían una asignación mensual que asciende a la suma de trece millones ciento cincuenta y seis mil ciento cincuenta y cuatro pesos (\$13'156.154).

Dicha situación lleva a la Corte a concluir que tampoco por esta causa están dados los supuestos de hecho para avalar transitoriamente la pretensión de nivelación salarial, pues a los actores se les viene pagando cumplidamente el salario, el cual asciende a una suma notoriamente considerable que permite inferir, no sólo que gozan de una aceptable estabilidad económica, sino también, que no se encuentra afectado su mínimo vital. Ese valor recibido mensualmente por los actores a título de salario (\$13'156.154), deja claro que su subsistencia y la de sus familias, no dependen de la diferencia económica que se pretende reclamar en este proceso, circunstancia que avala la tesis de que éstos se encuentran en condiciones de ventilar la presente controversia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin que ello afecte irremediable sus derechos.

6.2.5.3. A la decisión de no darle trámite a la presente tutela, ni siquiera como mecanismo transitorio, se suma el hecho de que ésta tampoco fue promovida oportunamente por los actores, lo que descarta de plano que los derechos requieran de medidas urgentes de protección y que se encuentren en una situación de inminente daño. Según quedo explicado precedentemente, la situación de los demandantes al momento de instaurar el amparo era el siguiente: (i) la Doctora Liliana Orozco Daza, se desempeñaba como Magistrada en propiedad del Tribunal Administrativo del Cesar desde el 12 de marzo del año 2001 y a la misma se le pagaba la “Bonificación de Gestión Judicial” de que trata el Decreto 4040 de 2004, por haber firmado transacción el 14 de diciembre de 2004; (ii) respecto de los doctor Oscar Wilches Donado y Juan Huerto Rodríguez Merchán, los dos ocupaban cargos de Magistrado del Tribunal Administrativo del Cesar, el primero en propiedad desde el 16 de marzo del año 2006, y el segundo en provisionalidad desde el 17 de octubre del año 2006, razón por la cual, a ambos se les pagaba la “Bonificación de Gestión Judicial” por encontrarse “cobijados por el régimen previsto en el Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004, con el cual fueron posesionados”.

Teniendo en cuenta que la acción de tutela fue interpuesta el día 25 de julio de 2007, como consta en autos, y que el hecho generador de la presunta violación de los derechos se inició con la firma de la transacción -en un caso- y con la posesión en los respectivos cargos -en los otros dos casos-, significa lo anterior que los actores acudieron a este mecanismo de amparo más de dos años después tratándose de la Magistrada Liliana Orozco Daza, más de un año después tratándose del Magistrado Oscar Wilches Donado, y nueve meses después en el caso del Magistrado Juan Huerto Rodríguez Merchán; situación que claramente desvirtúa el desplazamiento del medio ordinario y la necesidad de una protección urgente por parte del juez constitucional.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que, en cuanto el principio de la inmediatez es consustancial a la protección que la tutela ofrece a los derechos fundamentales de las personas, su ejercicio está condicionado por un deber correlativo: la interposición actual y oportuna de la acción⁴², circunstancia que no se ha cumplido en el presente caso, y que descarta de plano la necesidad de adoptar medidas urgentes de protección en esta causa constitucional.

6.2.6. De este modo, aun cuando la alegada diferencia salarial, generada en la aplicación

del Decreto 4040 de 2004, pueda potencialmente comprometer derechos fundamentales de personas determinadas, como en este caso los derechos de igualdad y trabajo de los actores, dicha controversia debe ser resuelta en su escenario natural, el proceso contencioso de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho -de ser necesario-, toda vez que no existen razones válidas para que la Corte entre a sustituir dichos mecanismos de defensa judicial, ni siquiera como mecanismo transitorio, pues no se advierte la existencia de un perjuicio irremediable que en este caso haga imprescindible la intervención del juez de tutela y la adopción de medias urgentes.

6.2.7. La reparación de orden económica, que es lo que en realidad persiguen los actores, puede ser obtenida mediante el ejercicio de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual no compromete su capacidad económica, pues, como ya se dijo, éstos reciben una asignación mensual que sobrepasa los trece millones de pesos (\$13'000.000), lo que les permite sobrellevar sin afanes ni sobresaltos el trámite del proceso hasta su culminación y adelantar las medidas adicionales que sea necesario emprender.

Por las razones expuestas, la Corte confirmará las sentencias objeto de revisión que negaron el amparo solicitado, precisando que no se acoge la petición de quienes coadyuvaron a la presente demanda, en el sentido de no reconocerle a la decisión efectos "inter comunis".

V. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR las sentencias proferidas en este caso por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que resolvieron la acción de tutela promovida por Liliana Orozco Daza, Oscar Wilches Donado y Juan Huerto Rodríguez Merchán contra la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, junto con la Sentencia que se complementa mediante la presente providencia.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

Con Aclaración de Voto

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA SU - 037 DE 2009 DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Referencia: Expediente 1.756.767

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

El tema de la inmediatez es un concepto de creación jurisprudencial que ha hecho referencia a la diligencia en que debió haber incurrido aquella persona que se haya visto vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales. Específicamente, ésta ha sido utilizada por la Corte Constitucional para denotar la actividad y prontitud con que la persona buscó proteger sus derechos fundamentales. En esencia, la inmediatez radica en actos diligentes por parte de la persona afectada por violación de sus derechos fundamentales.

No obstante, debo afirmar aquí radicalmente que el artículo 86 constitucional, norma que señala la acción de tutela, no establece término para hacer valer el derecho fundamental amenazado o vulnerado.

En realidad la Corte Constitucional ha utilizado los términos de intermediación e inmediatez en la acción de tutela por cuestiones eminentemente prácticas o pragmáticas, pero en momento alguno se han esbozado criterios o razonamientos apegados a la ley o a la Constitución que sustenten un término para interponer la acción de tutela.

Aún más, los conceptos de intermediación e inmediatez, utilizados por ésta Corporación son conceptos diferentes. Según el diccionario de la Real Academia Española, intermediación es la proximidad en torno a un lugar, mientras que

inmediatez hace referencia a la cualidad de inmediato (contiguo o muy cercano a algo o a alguien).

Ahora bien, el artículo 11 del decreto 2591 de 1991 establecía: “ Caducidad: la acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente“. Respecto de este artículo la Corte Constitucional mediante sentencia C- 543 de 1992 analizó su constitucionalidad, dividiendo la argumentación en dos partes así:

“a) La limitación en el tiempo de las posibilidades de acudir a la acción de tutela (caducidad); b) El supuesto -del cual parte y al cual se refiere la aludida caducidad- de que es procedente la tutela contra sentencias que pongan fin a un proceso judicial.

La Corte se ocupará de estos dos asuntos de manera independiente, tomando en consideración los argumentos de los actores.”

En este orden de ideas, en dicha sentencia y en lo que interesa para este salvamento de voto, es decir el literal a) de dicho análisis, la Corte Constitucional afirmó respecto a la limitación en el tiempo de la posibilidad de acudir a la acción de tutela:

“a) Inconstitucionalidad de la caducidad

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona “tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar (...) la protección inmediata de sus derechos fundamentales...”.

(...)

Resulta palpable la oposición entre el establecimiento de un término de caducidad para ejercer la acción y lo estatuido en el artículo 86 de la Constitución cuando señala que ella puede intentarse “en todo momento”, razón suficiente para declarar, como lo hará esta Corte, que por el aspecto enunciado es inexecutable el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991. Esta norma contraviene la Carta Política, además de lo ya expuesto en materia de caducidad, por cuanto excede el alcance fijado por el Constituyente a la acción de tutela, quebranta la autonomía funcional de los jueces, obstruye el acceso a la

administración de justicia, rompe la estructura descentralizada y autónoma de las distintas jurisdicciones, impide la preservación de un orden justo y afecta el interés general de la sociedad, además de lesionar en forma grave el principio de la cosa juzgada, inherente a los fundamentos constitucionales del ordenamiento jurídico.”

En consecuencia, a través de una sentencia de constitucionalidad se estableció como inconstitucional la existencia de un término que limite la posibilidad de interponer la acción de tutela.

Así las cosas, no existe ni por vía constitucional, ni por vía legal y menos aún por vía jurisprudencial; un término que limite la posibilidad de interponer la acción de tutela.

Ahora bien, en mi concepto el principio de la inmediatez no es aplicable frente a la vulneración efectiva y continuada de los derechos fundamentales, por cuanto si un derecho ha sido y sigue siendo vulnerado en el transcurso del tiempo, esto es, de manera continuada, no se puede alegar de ninguna manera el mero transcurso del tiempo, por largo que este sea, para evitar administrar justicia y restablecer el derecho. Esto sería además de absurdo, inconstitucional, por cuanto nuestra Constitución da prevalencia al derecho material y sustancial, máxime cuando se trata de derechos fundamentales, frente al derecho formal y a las formalidades procesales -art. 228 CN-. Baste ilustrar esta situación a través de los delitos continuados, como por ejemplo el delito del secuestro, en el cual por más que se lleve 20 o más años secuestrado, no se puede afirmar de ninguna manera que se haya acabado el secuestro, sino que por el contrario lo que hubo fue una perpetuidad del delito y de la vulneración de los derechos.

En este sentido, es necesario recordar que nunca puede un hecho vulnerar un derecho, es decir, en este caso, nunca puede la continuidad de un hecho violatorio de un derecho fundamental terminar vulnerando derechos fundamentales.

Por tanto, me permito rebatir nuevamente la tesis de la inmediatez que sirve para coadyuvar a la violación de los derechos fundamentales, por cuanto aunque hayan pasado varios o muchos años a partir de la vulneración de un derecho fundamental, su restablecimiento y reparación se puede pedir o solicitar siempre. En forma contraria a lo que se afirma respecto de la inmediatez, considero que en cuanto más tiempo haya transcurrido en la vulneración continuada de un derecho, mayor daño y mayor gravedad

comporta dicha vulneración y por lo tanto hay que reconocerle mayor gravedad a dicha violación, lo cual exige a su vez, un mayor restablecimiento del derecho.

Por consiguiente, reitero lo sostenido en varias oportunidades en Sala Plena⁴³

, que considero que el requisito de inmediatez es una creación jurisprudencial que se debe apreciar en cada caso, pues en realidad la Constitución no establece ningún límite temporal para la presentación de la tutela, como quiera que la protección de los derechos no tiene plazo para su reclamo y la norma legal que establecía la caducidad de la acción fue declarada inexecutable. Por tanto, la regla general es la admisibilidad de la tutela y la apreciación respecto de la procedencia o no de la acción frente al requisito de inmediatez sólo puede hacerse por el juez constitucional caso por caso. Los derechos no tienen plazo ni término, ésta es la jurisprudencia de la Corte, que no se puede violar en este caso.

En síntesis y de conformidad con el artículo 86 CN, sostengo de manera clara y categórica que en materia de derechos fundamentales no hay intermediación por la naturaleza propia de estos derechos, lo cual es válido respecto de las tutelas que nos ocupan en esta oportunidad, como también en todos los demás procesos de tutela.

Con fundamento en lo expuesto, aclaro mi voto a la presente decisión de revisión de tutela.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 “Artículo 54. Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquiera magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la trascendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena”.

2 La Sala precisó que el Dr. Oscar Wilches Donado “(...) fue nombrado en provisionalidad el 14 de Julio de 2004 hasta el 30 de Mayo de 2005, desempeñando el cargo en Barranquilla; firmando la transacción por el periodo trabajado”.

3 Radicación 395-99. Conjuez Ponente: Álvaro Lecompte Luna.

4 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-710 de 1999. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

5 Cfr. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala de Conjueces. Sentencia de 20 de noviembre de 2003. Conjuez Ponente: Martín Bermúdez Muñoz. Radicación 11001-03-15-000-2001-0304-01 (S).

6 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Sala de Conjueces. Sentencia de 25 de septiembre de 2001. Conjuez Ponente: Álvaro Lecompte Luna. Radicación 395-99.

8 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 11 de diciembre de 2003. Conjuez Ponente: Evelio Suárez Suárez. Radicación 25000-23-25-000-1999-3971-01 (2024-01).

9 Ibídem.

10 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 4 de diciembre de 2007. Conjuez Ponente José F. Torres Fernández de Castro. Radicación: 63001-23-31-000-2002-00267-01 (4347-05).

11 Ibídem.

12 Ibídem.

13 Sentencia de tutela de fecha 15 de agosto de 2008, proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C.P. Mauricio Torres Cuervo, Radicación número: 54001 23 31 000 2007 00350 01, Referencia: AC- 00350.

14 Sentencia T-106 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Véase igualmente, entre otras, las sentencias SU-544 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-983 de 2001,

M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-514 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1017 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

15 Cfr. Sentencia T-608 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

16 Decreto 2591 de 1991, Artículo 6 Numeral 5.

17 Ver, entre otras, la Sentencia T-1452 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

18 Ver, entre otras, la Sentencia T-725 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería.

19 Ver, entre otras, la Sentencia SU-1052 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

20 Ver, entre otras, las Sentencias T-384 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-710 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

21 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz

22 Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

23 Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

24 Magistrada Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

25 Cfr. Sentencia T-225/93, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, cita en la Sentencia C-531 de 1993.

26 Magistrada Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

27 Esta línea de interpretación fue reiterada, entre otras, en las Sentencias T-151 de 200127 -Sala Novena de Revisión-, T-031 de 200227 -Sala Cuarta de Revisión-, T-105 de 200227 -Sala Primera de Revisión-, T-1120 de 200227 -Sala Tercera de Revisión-, T-119 de 200327 -Sala Séptima de Revisión-, T-725 de 200327 -Sala Primera de Revisión-, T-1098 de 200427 -Sala Octava de Revisión- y T-559 de 200627 -Sala Primera de Revisión-.

28 En dicha Sentencia se señaló que “en la medida en que las decisiones que se adoptan con ocasión de un proceso de tutela involucran en forma exclusiva a las

partes y a los terceros con interés legítimo sobre el proceso, no resultaría congruente que las personas vinculadas al contenido de un acto administrativo de carácter general, vieran modificada su situación por cuenta de la decisión adoptada en un proceso en el que se decide un amparo constitucional, cuando: i) existe un procedimiento previsto para controvertir este tipo de actos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ii) existe una norma expresa que prevé la improcedencia de la tutela para estos propósitos y, iii) no son parte del proceso que se surte ante el juez de tutela". M.P. Álvaro Tafur Galvis.

29 Cfr. Sentencia C-397 de 1997, entre otras. Así ocurre, también, en las múltiples sentencias expedidas por esta Corporación en las que se ordena inaplicar normas del Plan Obligatorio de Salud -POS- para permitir el acceso a ciertos medicamentos o procedimientos a personas que por sus circunstancias particulares ven vulnerados sus derechos fundamentales de tenerse que someter a dichas reglas.

30 Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

32 Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

33 Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

34 Bajo esta misma perspectiva se orientaron, entre otras, las Sentencias T-999 de 200534 -Sala Octava de Revisión-, SU-713 de 200634 -Sala Plena de la Corporación-, T-1017 de 200634 -Sala Sexta de Revisión-, T-193 de 200734 -Sala Novena de Revisión- y T-373 de 200734 -Sala Tercera de Revisión-.

35 Ver entre otras las Sentencias T-079 de 1995, SU-519 de 1997, y T- 1156 de 2000, T-1117 de 2001

36 Consultar, entre otras, las Sentencia T-225 de 1993, SU-086 de 1999 y SU-544 de 2001.

37 Sobre el tema se pueden consultar las Sentencias T-225 de 1993, SU-086 de 1999.

38 Sentencia T-225 de 1993. Esta jurisprudencia ha sido reiterada por la Corte, entre otras, en las Sentencias SU-086 de 1999, T-789 de 2000, SU-544 de 2001, T-599 de 2002,

T-803 de 2002, T-882 de 2002 y T-922 de 2002.

39 Sentencia SU-544 de 2001.

40 La posibilidad de suspender provisionalmente los actos administrativos se encuentra consagrada en el artículo 238 de la Constitución Política, el cual establece expresamente que: [l]a jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial". Dicho mandato es a su vez desarrollado por los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

41 Sentencia SU-544 de 2001.

42 Sentencia SU-961 de 1999

43 Ver por ejemplo el Acta No. 45. Sesión de la Sala Plena de la Corte Constitucional, noviembre 22 de 2006, respecto del incidente de nulidad frente a la sentencia T-171 del 2006, y el Acta No. 19 Sesión 12 de Julio de 2007, solicitud de nulidad de la sentencia T-171/06.