

Sentencia SU.544/01

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-No aplicación frente a acto administrativo subjetivo

REVOCACION DIRECTA DE NOMBRAMIENTO-Administración debe acudir a la jurisdicción

Si la administración pretende revocar nombramientos supuestamente violatorios del ordenamiento jurídico, debe acudir a la jurisdicción a fin de que ésta resuelva sobre la procedencia de dicha decisión.

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-No debe haber duda sobre titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo

Unicamente cuando no está en discusión la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo público, se puede considerar la existencia de una amenaza o violación del derecho fundamental, susceptible de protección por vía de tutela. Si la afectación proviene de la duda sobre la titularidad o de la violación de otro derecho fundamental, la consideración sobre una violación al derecho fundamental al acceso y desempeño de funciones públicas depende de que aquellas cuestiones sean resueltas de antemano.

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Alcance

El derecho a acceder a cargos públicos debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público, a no ser desvinculado de manera arbitraria del mismo y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones.

ACCION DE TUTELA-Procedencia pago de indemnización

Corresponde al juez determinar cuál es el mecanismo idóneo para lograr la protección del derecho fundamental afectado. Cuando resulta imposible lograr el restablecimiento de las condiciones de ejercicio del derecho fundamental violado -garantizar el ejercicio in natura-, el juez de tutela está en la obligación de disponer que se indemnice a la persona.

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Inexistencia cuando no es viable la protección in natura del derecho fundamental

Si el mecanismo principal únicamente permite una indemnización, en principio resulta imposible acudir a la tutela como mecanismo transitorio. En estos casos el perjuicio no es irremediable, porque el ciudadano siempre obtendrá la satisfacción de sus derechos a través de la acción principal, sin peligro alguno de daños irreparables, pues está de por medio una satisfacción meramente patrimonial, que en todo caso le será reconocida de manera integral.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia cuando hay caducidad de la acción principal

No existe obligación alguna de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la tutela. Basta que dicha posibilidad esté abierta al interponerse la demanda. Con todo, debe observarse que, a fin de no desnaturalizar la figura, en aquellos casos en los cuales las acciones ordinarias están sujetas a caducidad o, en general, a limitaciones temporales, en principio le asiste al demandante la carga de iniciar la acción pertinente, sea al momento de interponerse la acción o durante su trámite -si el término de caducidad opera durante el trámite-. La anterior exigencia guarda relación directa con la naturaleza cautelar de la tutela transitoria, pues de caducar o prescribir las posibilidades de acceso a la administración de justicia por causas imputables al demandante, mal puede la tutela fungir como mecanismo para revivir los términos ordinarios. De ser así, la tutela perdería todo carácter transitorio. De tramitarse, a pesar de dicho efecto jurídico, se tornaría en principal. En consecuencia, si los términos de caducidad o prescripción de la acción principal ya han operado, no es procedente la tutela como mecanismo transitorio.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Imposibilidad de otorgar más de lo que puede dar el mecanismo principal

La tutela transitoria tiene como objeto la adopción de medidas de carácter temporal correspondientes a la duración del proceso ordinario, con el propósito de evitar un perjuicio irremediable. Consustancial a este fin es que el alcance de la medida de protección (medida cautelar), no resulte superior al objetivo final del medio ordinario, ni anule el sentido de éste. La imposibilidad de que la medida cautelar sea superior o más intensa que el resultado final del medio ordinario se convierte en exigencia, porque si es necesaria una medida de protección transitoria mayor a la brindada por el mecanismo ordinario, éste se torna ineficaz, de suerte que no puede la tutela fungir como mecanismo temporal. Así mismo, desnaturaliza

la tutela transitoria el hecho que la medida temporal de protección anule el proceso ordinario, pues, de igual manera, la tutela se convertiría en mecanismo definitivo.

ACTO ADMINISTRATIVO-Publicidad no tiene relación con su existencia sino con su oponibilidad

Podría aducirse que el acto nunca fue notificado, razón por la cual es inexistente e imposible de demandar. La Corte no comparte esta postura. La publicidad de los actos jurídicos -leyes o actos administrativos- no tiene relación con su existencia, sino con su oponibilidad. El demandante al acudir a la tutela, alegando la existencia del mencionado acto administrativo, realmente confiesa conocer el contenido del acto, lo que constituye, para efectos constitucionales, una notificación por conducta concluyente. De ahí que, durante el trámite de la tutela no pudiera considerarse (i) que el acto era inexistente, por contrariar la función de la notificación dentro de los trámites administrativos y (ii) que el acto era desconocido, ya que desconoce la actuación misma del demandante.

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Designación de otra persona para ejercer el cargo de Registrador Nacional/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO PARA REINTEGRO AL CARGO

El supuesto desconocimiento del derecho a acceder a cargos públicos sería el resultado de la designación de otra persona para ocupar el cargo que ejercía el demandante. Así, no podría, mediante la tutela y sin consideración de los derechos de quien fue designado, ordenarse el reintegro. El ejercicio del derecho en cuestión, al analizarse el caso particular, implica tener presente la normatividad relativa a las condiciones bajo las cuales se puede acceder a un cargo, aquellas bajo las cuales puede ser retirado, etc. Habiéndose retirado el demandante de su cargo, por efecto de un acto administrativo de designación de otra persona, necesariamente la jurisdicción constitucional se vería forzada a entrar a analizar temas de estricto resorte legal, lo cual, en el presente caso, no le compete. Dicho análisis es de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y únicamente en dicha instancia podría, eventualmente, tenerse presentes los derechos de los terceros que podrían verse afectados por la decisión. De ahí que no pueda reputarse ineficaz el medio ordinario: acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS Y PERJUICIO IRREMEDIABLE-Nombramiento de la

otra persona está amparado por presunción de legalidad

El derecho a acceder a cargos y funciones públicas. Tal como se indicó, en el presente caso la eventual violación o amenaza a dicho derecho estaría representada en el hecho de que el demandante no puede ejercer el cargo. ¿Cómo se evitaría el perjuicio irremediable, habida consideración de que otra persona ocupa el cargo? La única solución consistiría en remover a dicha persona. Sin embargo, ello resulta jurídicamente imposible, pues su nombramiento está amparado por la presunción de legalidad, la cual sólo es posible desvirtuar por los cauces judiciales correspondientes, y no mediante la acción tutela. Este hecho, por otra parte, desvirtúa el carácter inminente del daño, pues habiéndose consolidado un derecho subjetivo en cabeza de otra persona para ocupar el cargo, desaparece la opción de prever el daño o mitigar sus efectos, sin entrar a analizar la existencia del derecho que ampara a quien ahora funge como Registrador Nacional del Estado Civil. Se podría optar, por ordenar el pago de la indemnización. Sin embargo, no se estaría frente a la amenaza que se busca conjurar, sino frente al reconocimiento de la violación del derecho, asunto que no es objeto del presente juicio, sino que debe tramitarse ante la justicia contenciosa administrativa. Por lo tanto, como no se aprecia perjuicio irremediable alguno que se pudiera evitar, no procede la tutela como mecanismo transitorio.

Referencia: expediente T-270648

Acción de Tutela instaurada por Jaime Calderón Brugés contra el Consejo Nacional Electoral.

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá D. C., mayo veinticuatro (24) de dos mil uno (2001).

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

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en relación con la demanda de

tutela instaurada por Jaime Calderón Brugés contra el Consejo Nacional Electoral.

I. ANTECEDENTES.

Nulidad de la sentencia T-441 de 2000.

El accionante, doctor Jaime Calderón Brugés, solicitó el 30 de junio de 2000 que se declarara la nulidad de la sentencia T-441 del mismo año, proferida por la Sala Primera de Revisión, por considerar que este fallo desconoció lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias C-011 de 1994, SU 640 de 1998, C-069 de 1995 y C-037 de 2000. Estas providencias sirvieron al Tribunal para señalar la distinción entre los periodos institucionales y personales para ejercer cargos de elección, como también para señalar la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad contra actos administrativos de carácter particular.

Mediante el auto 080 del 24 de agosto de 2000, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la nulidad de la Sentencia T-441 de 2000. Entre los argumentos expuestos por la Corporación como fundamento para declarar la nulidad aparecen los siguientes:

“... estima la Corte que la Sentencia T-441 de 2000 sí se aleja de los criterios jurisprudenciales, puesto que el fallo atacado aplicó el artículo 33 transitorio de la Carta Política, norma que, siguiendo la misma interpretación que ha hecho esta Corporación en las citadas providencias, ha debido considerarse sin vigencia actual, por haberse extinguido en el tiempo la hipótesis en ella prevista. A la luz de la citada jurisprudencia de la Corte, dicho precepto superior ya produjo efectos y su fuerza normativa se agotó, motivo por el cual la Sala de Revisión no podía revivirlo, existiendo, como existe, norma de carácter permanente.

Por otra parte, aunque resulta ser cierto que en ninguna de las sentencias citadas se hizo alusión expresa al caso del Registrador Nacional del Estado Civil, no existe razón alguna, desde el punto de vista de la competencia para que una Sala de Revisión de la Corte -y no la Sala Plena- haya variado en ese caso el criterio generalizado en la jurisprudencia. A este funcionario se le aplicó, cambiando la orientación jurisprudencial, un criterio distinto al que se tuvo en cuenta en los casos de las normas referentes al Procurador General de la Nación, el Fiscal General de la Nación, los magistrados, los gobernadores y alcaldes.

En la referencia que hace la Carta al período del Registrador, le asigna una duración de cinco

años (artículo 266), y no se introduce distinción alguna, mientras que la norma transitoria 33 señaló tanto la fecha en que debía dejar el cargo la persona que para la época de promulgación de la Constitución lo ocupaba, como la fecha de iniciación del período del nuevo Registrador.

Así pues, por la vía de aplicar una norma transitoria cuya vigencia se había extinguido en el caso concreto, la Sala de Revisión, sin que le correspondiera hacerlo, sentó un criterio marcadamente diferente a los anteriores provenientes de la Corte en lo relativo al período y en lo concerniente a su carácter, que estimó objetivo, introduciendo así una excepción a la línea jurisprudencial ya trazada. Desde luego -vale la pena advertirlo-, la Corte puede cambiar ese sentido de su jurisprudencia al respecto. No es eso lo que aquí se censura sino el hecho de que la modificación no haya sido introducida por el Pleno de la Corporación, única instancia competente para ello.

Bajo los criterios acogidos por la jurisprudencia de la Corte, debía entenderse que la norma transitoria no tenía en la actualidad aplicación, y además no podía la Sala de Revisión cambiar la jurisprudencia sobre el carácter subjetivo del período. No obstante, en la Sentencia T-441 de 2000, se expone un criterio contrario.

2. El segundo argumento para denegar la protección, consistió en que el Consejo Nacional Electoral, al revocar o desconocer el acto de confirmación del nombramiento del actor, mediante el cual se declaró que éste había sido nombrado 'para un período de cinco años contados a partir de la fecha de su posesión', no había vulnerado el debido proceso, en la medida en que el peticionario no tenía derecho a permanecer en el cargo por ese término, sino que solamente podía completar el período de su antecesor, y ello de conformidad con la interpretación que el juez de revisión hizo de las normas constitucionales que rigen esa materia. Se dijo en la parte motiva:

'2.3. La cuestión de fondo se reduce a determinar si el acto administrativo en virtud del cual se señaló que el periodo del Registrador era de 5 años, configura una situación subjetiva particular y concreta a favor del actor y que, en tal virtud, no podía el Consejo Nacional Electoral proceder a la elección del nuevo Registrador. En tales condiciones, la Sala resuelve la situación planteada en los siguientes términos:

La jurisprudencia de la Corte se ha orientado, en el sentido de reconocer el respeto que

merecen las situaciones jurídicas individuales o los derechos reconocidos a una persona mediante un acto administrativo, lo cual inhibe a la administración para revocarlo, sin el consentimiento escrito y expreso del titular del derecho.

(...)

Sin embargo, considera la Sala que el caso del demandante es diferente, porque es inadmisibles sostener que el acto administrativo que confirmó su nombramiento creó el derecho a ejercer el cargo de Registrador por un periodo de 5 años, a partir de su posesión, por las siguientes razones: i) constitucionalmente el periodo del Registrador es institucional u objetivo y no subjetivo, como ya se explicó; ii) los periodos de los cargos, se establecen por el derecho objetivo, independientemente de la situación personal de quien vaya a ocuparlos; por lo tanto, lo relativo a la regulación de dichos periodos es materia que concierne exclusivamente a la Constitución y a la ley, y pueden ser extinguidos o modificados por reformas a éstas, sin que se puedan alegar derechos adquiridos derivados de un periodo regulado por norma anterior; iii) los actos de nombramiento o de confirmación del cargo, en consecuencia, no pueden determinar los periodos de los cargos, porque ello escapa a la competencia del órgano que hace el nombramiento o la elección, quien se debe limitar simplemente a expedir el acto condición que coloca a la persona escogida para ocupar el respectivo cargo dentro de la situación general prevista por la Constitución o la ley; iv) en definitiva, los actos administrativos mencionados, esto es, los de nombramiento o elección para los referidos cargos, nada agregan ni innovan el ordenamiento jurídico que rige los periodos, pues éstos sólo concretan en cabeza de una persona, en razón del nombramiento de la elección los preceptos del derecho objetivo.

Conforme a lo anterior, el acto administrativo invocado por el actor como fuente de su derecho al periodo de 5 años, no tuvo la virtud de crear en su favor un derecho a desempeñar el cargo por este espacio de tiempo, sino por el faltante para concluir el periodo del Registrador Orlando Abello Martínez Aparicio. En tales circunstancias, procedió bien el Consejo Nacional Electoral cuando aplicando la Constitución e inaplicando en consecuencia el aludido acto administrativo (art. 4 C.P.) procedió a la elección de un nuevo Registrador, pues no existía como limitante para realizar ésta la existencia de una situación jurídica particular y concreta o un derecho adquirido que debiera ser respetado por el mencionado Consejo'.

Ahora bien, en Sentencia T-347 de 1994 esta Corporación sostuvo que cuando se trata de actos administrativos que reconocen un derecho subjetivo o crean una situación jurídica particular y concreta, aquéllos no pueden ser revocados sin el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho. Si no se obtiene esa manifestación de voluntad del favorecido, a la administración le está vedado desconocer su propio acto, de tal suerte que, para impugnarlo, ella se verá compelida a acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En el mismo sentido, mediante Sentencia C-069 de 1995, la Sala Plena de la Corte aseveró que no es posible admitir la excepción de inconstitucionalidad en tratándose de normas de contenido particular, individual y concreto, que crean o reconocen derechos, en virtud de la garantía contemplada constitucionalmente a favor de los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles. Se repite en el citado fallo que dichos actos sólo pueden ser revocados por la propia administración cuando se obtenga el consentimiento del titular del derecho, y que únicamente pueden ser anulados o suspendidos por la jurisdicción competente.

Y, en Sentencia C-037 de 2000, siguiendo esta misma línea interpretativa, la Corte afirmó que sólo se reconoce a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad de inaplicar los actos administrativos particulares contraventores de normas de superior rango (excepción de ilegalidad).

Estima la Corte que la Sentencia T-441 de 2000 se apartó de los señalados criterios jurisprudenciales, puesto que la Resolución 19 del 15 de enero de 1998, expedida por el Consejo Nacional Electoral, reconoció al actor el derecho a permanecer en el cargo durante cinco años contados a partir de la fecha de su posesión, lo cual significa que, adquirido su derecho, mal podía -a la luz de la citada jurisprudencia- admitirse la revocación directa de dicho acto sin autorización expresa y escrita del interesado, y sin que el Consejo hubiese procedido a demandar su propio acto.

En consecuencia, e independientemente de que el ordenamiento jurídico objetivo haya podido establecer cosa diversa -cuestión que, como se acaba de ver, resulta bastante discutible-, ha debido la Sala acoger la reiterada jurisprudencia a la que se viene haciendo alusión, o someter al asunto al conocimiento de la Sala Plena para que ésta determinara la

viabilidad o no de un cambio de jurisprudencia, según lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991.

En este orden de ideas, considera la Sala Plena que, en cuanto se refiere a este aspecto, también prospera el cargo de nulidad formulado por el actor contra la Sentencia T-441 de 2000, dada la evidente violación del debido proceso, originada en la falta de competencia de la Sala de Revisión para modificar una consolidada jurisprudencia constitucional.

3. Por último, en el aludido fallo se estimó que la acción de tutela era improcedente por existir otro medio de defensa judicial – la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho- y no haberse probado la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable. Se transcribe el respectivo aparte:

‘Por lo demás, considera la Sala que para proteger sus derechos el actor contaba con el medio alternativo de defensa judicial, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que debió instaurar contra el acto administrativo que designó como Registrador al doctor Ivan Duque Escobar y que, según su apreciación, lo colocaba en situación de retiro antes de cumplirse el término de su periodo. Por tal razón, no procede la tutela como el mecanismo definitivo, ni mucho menos como mecanismo transitorio, pues no se ha demostrado en el proceso la existencia de un perjuicio irremediable, vinculado a la violación o a la amenaza de un derecho constitucional fundamental’.

Para la Corte, la anterior afirmación, fuera de desconocer repetida jurisprudencia en materia de protección constitucional preventiva, tampoco respeta lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, según el cual la acción de tutela procede no sólo para poner fin a una violación de los derechos fundamentales, sino que también se puede invocar el amparo cuando se vislumbra objetivamente una amenaza contra aquéllos. Ello ha de entenderse en concordancia con el principio de efectividad de los derechos, consagrado en el artículo 2 eiusdem.

(...)

En conclusión, se tiene que, en el presente caso, el giro interpretativo fue hecho por una Sala de Revisión, órgano judicial al que no le fue atribuida esa competencia, en abierta contradicción con lo previsto en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991. En consecuencia,

estima esta Corporación que se ha incurrido en violación del debido proceso y, por tanto, al tenor del artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, la Sentencia T-441 de 2000, proferida por la Sala Primera de Revisión, está viciada de nulidad, y así habrá de declararse. Se dispondrá que se profiera nuevo fallo a cargo de la Sala Plena de esta Corporación". Corte Constitucional, Auto No. 080 de 2000, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

El análisis que corresponde efectuar a la Sala Plena de la Corte Constitucional está basado en los hechos, las pretensiones y los fallos proferidos en relación con la petición del doctor Jaime Calderón Brugés. La sentencia T-441 de 2000 se refirió a estas materias de la siguiente manera:

"1. Hechos.

1.1. Mediante acta No. 57 de 1997, el Consejo Nacional Electoral eligió a Jaime Calderón Brugés como Registrador Nacional del Estado Civil, en reemplazo de Orlando Abello Martínez Aparicio, quien había sido removido del cargo y cuyo período culminaba el 30 de septiembre de 1999.

Dicha elección fue confirmada por esa misma Corporación por Resolución No. 19 del 15 de enero de 1998, 'para un período de cinco años contados a partir de la fecha de su posesión', período que debía contarse a partir del 11 de febrero de 1998, fecha en que tomó posesión del cargo.

1.2. El 10 de diciembre de 1998, el Director Regional de Fiscalías, puso en conocimiento del Consejo Nacional Electoral que se había dictado medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación contra el peticionario.

1.3. Como consecuencia de lo anterior, el Consejo Nacional Electoral decretó una vacancia temporal en el cargo, y lo suplió temporalmente, por el término de 8 días, con la persona de Mariela Hernández de Domínguez. Posteriormente, el 11 de febrero de 1999, el Consejo eligió a Clara María González Zabala, con carácter de interina para suplir la vacancia temporal del cargo.

1.4. Considera el peticionario que su nombramiento como Registrador Nacional del Estado

Civil se encuentra vigente, toda vez que la Resolución No. 19 de enero 15 de 1998, que lo nombró por cinco años, es un acto administrativo que reconoció una situación jurídica concreta, amparado por una presunción de legalidad que lo hace obligatorio y que no puede ser revocado sin el consentimiento expreso de su titular.

1.5. En tal virtud, estima que el Consejo Nacional Electoral le está violando el debido proceso porque, según informaciones de prensa que adjunta, el Consejo Nacional Electoral se dispone en los próximos días a elegir, en su reemplazo, un nuevo Registrador Nacional del Estado Civil, si se considera que el período para el cual fue elegido es institucional y no individual, y que existe un acto administrativo de nombramiento para un período de cinco años, que se encuentra en firme y no ha sido suspendido o anulado.

2. La pretensión.

Impetra el demandante la protección de su derecho fundamental al debido proceso, solicitando prevenir al Consejo Nacional Electoral para que se abstenga de proferir un nuevo acto administrativo de nombramiento, 'sin antes agotar el procedimiento señalado por la ley y por la jurisprudencia al cual me he referido en la presente demanda'.

Así mismo, solicita que si al decidirse la tutela ya se hubiera proferido el respectivo acto administrativo de nombramiento del nuevo Registrador por parte del Consejo Nacional Electoral, se le tutelen sus derechos en forma definitiva o transitoria y se deje sin efecto el nombramiento que se hubiere hecho, mientras hace uso de los mecanismos jurídicos para alegar la respectiva inconstitucionalidad.

3. La contestación de la demanda.

Orlando Solano Barcenas, en su calidad de Presidente del Consejo Nacional Electoral, contestó la demanda y expuso lo siguiente:

'De ninguna manera la Corporación se ha pronunciado en el sentido de revocar, ni total ni parcialmente, el acto de elección del doctor Jaime Calderón Brugés como Registrador Nacional del Estado Civil. La decisión que se ha adoptado ha sido la de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en desarrollo de lo previsto en el artículo 4° de la Constitución Política'.

‘Esto por cuanto el artículo 33 transitorio de la Constitución Política es claro al preceptuar:

‘El período del actual Registrador Nacional del Estado Civil concluye el 30 de septiembre de 1994’.

‘El período del Registrador Nacional del Estado Civil a que se refiere esta Constitución empezará a contarse a partir del 1° de octubre de 1994’.

‘Así las cosas, y en concordancia con lo establecido en el artículo 266 de la Carta Política que señala: ‘El Registrador Nacional del Estado Civil será elegido por el Consejo Nacional Electoral para un período de cinco años...’, es fácil concluir que el período iniciado por el doctor Orlando Abello Martínez Aparicio, dentro del cual fue elegido el doctor Jaime Calderón Brugés en su reemplazo, debido a su carácter institucional, debe culminar el 30 de septiembre del año en curso. Para el caso del doctor Jaime Calderón Brugés debe entenderse que según las normas constitucionales, el término de su designación es para culminar el iniciado por el mencionado doctor Abello’.

‘Anotamos que esta no es una interpretación; éste es un criterio señalado por la Sección Quinta del Consejo de Estado ejerciendo su autoridad, tal como lo expuso en su concepto del 18 de febrero del año en curso, Presidente Doctor Javier Henao Hidrón ...’.

4. Sentencias objeto de revisión.

Primera Instancia.

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia del 7 de septiembre de 1999, resolvió negar el amparo solicitado, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

- La decisión del Consejo Nacional Electoral de nombrar un nuevo registrador del estado civil, obedeció a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, que operó sobre el período indicado en el acto de confirmación de la elección del actor, en el cual consideró que se violaba directamente la Constitución, pues el Consejo se arrogó una facultad que no le ha dado ni la Constitución ni la ley.

- No es competencia del juez de tutela determinar que clase de acto administrativo es el

nombramiento del Registrador Nacional del Estado Civil, si es un acto que contiene una norma jurídica contraria a la Constitución, y por consiguiente susceptible de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, si es un acto administrativo creador de situaciones particulares sin la connotación de norma jurídica, y que para su inaplicación debía ser sometido al proceso de revocatoria directa, pues tales asuntos corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa.

- Todo acto administrativo, como lo es el nombramiento del Registrador, en la forma como lo realizó el Consejo Nacional Electoral, es susceptible de los recursos dentro de la vía gubernativa y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón por la cual es a esa jurisdicción a quien compete determinar la legalidad o no de la conducta desplegada por el Consejo Nacional Electoral al inobservar el período de cinco años para el que afirma el accionante fue elegido, así como la legalidad del acto de nombramiento de Ivan Duque Escobar en el referido cargo.

- Además, se solicita la tutela como mecanismo transitorio para la protección del derecho que se considera vulnerado, pero no se demostró de manera clara e idónea la vulneración de algún derecho fundamental al accionante, ni la existencia de un perjuicio irremediable que evitar, pues éste se encuentra en capacidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para que dirima el conflicto que plantea en la tutela.

- La acción de tutela también es improcedente, toda vez que el nombramiento de Ivan Duque Escobar ya se produjo, siendo evidente que el daño que pudo habersele producido al actor ya se ha consumado.

Segunda Instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Laboral, mediante sentencia del 27 de octubre de 1999, confirmó en todas sus partes el fallo de primera instancia, con similares argumentos”.

II. CONSIDERACIONES.

Competencia y consideración preliminar.

1. Según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, la Sala Plena de la Corte Constitucional es

competente para proferir el fallo que habrá de sustituir a la Sentencia T-441 de 2000, declarada nula mediante el auto No. 080 del 24 de agosto de dos mil (2000).

En el asunto que ahora se examina el accionante recusó a los Magistrados Jaime Araujo Rentería y Jaime Córdoba Triviño; la Sala Plena de la Corporación consideró improcedente la recusación. De otra parte, según consta en el acta de Sala Plena de la Corte Constitucional del 2 de abril de 2001, fue sometido a votación el impedimento manifestado por el Magistrado Jaime Araujo Rentería, el cual fue aceptado teniendo en cuenta que fue miembro del Consejo Nacional Electoral, entidad demandada en el presente caso.

Problema jurídico

2. El demandante solicitó al juez de tutela que, ante el hecho público -basado en informes de prensa- de que se iba a nombrar nuevo Registrador Nacional del Estado Civil en su remplazo, se ordenara al Consejo Nacional Electoral que se abstuviera de dicha designación, por cuanto en su concepto, el período de dicho funcionario era individual y el había sido elegido por un término de 5 años, los cuales vencían en el año 2003. Luego de presentada la tutela y antes de que el juez de conocimiento recibiera el proceso, el demandante solicitó al juez que, dado que el día 6 de septiembre de 1999 se había nombrado nuevo Registrador, se modificara la orden en el sentido de que se abstuvieran de confirmar la decisión, pues incurrirían en violación del derecho al debido proceso, ya que al confirmarse el nombramiento se configuraría una revocatoria directa de un acto administrativo particular sin su consentimiento.

El Consejo Nacional Electoral señala que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la confirmación del acto de nombramiento del Registrador es un acto inocuo, por cuanto no existe norma que la exija, de suerte que la elección constituye acto administrativo suficiente. En relación con la revocatoria directa, sostiene que no existió tal revocación, sino que se hizo aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, en razón de que era evidente, tal como lo había señalado la Sala de Consulta del Consejo de Estado, que el período del Registrador es institucional y, por lo tanto, resultaba manifiestamente contrario a la Carta que se hubiese elegido a una persona para ocupar el cargo con un término subjetivo.

Los jueces de instancia, por su parte, consideraron que el demandante podía acudir a otros mecanismos judiciales de defensa, ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En cuanto

a la posibilidad de que la demanda de tutela prosperara como mecanismo transitorio, señalaron que no se apreciaba violación a derecho fundamental alguno.

Corresponde a la Corte determinar si la tutela procede como mecanismo principal o transitorio de protección, cuando se designa una nueva persona en un cargo público, alegando que el nombramiento original desconoce abiertamente la Constitución.

Para resolver este asunto, la Corte analizará los requisitos constitucionales para la procedencia de la acción de tutela. Dado que la procedencia de esta acción judicial, sea como medida principal y definitiva de protección o como mecanismo transitorio, exige la existencia de una violación o amenaza a los derechos fundamentales del demandante, primero se abordará este punto.

La remoción del demandante, producida mediante la elección de un nuevo Registrador Nacional del Estado Civil, se acusa de violar el debido proceso. Sin embargo, de la lectura de la demanda de tutela se desprende que se consideran violados, además, el derecho al trabajo y el derecho al acceso a las funciones públicas.

Violación del derecho al debido proceso.

3. Al momento de interponer la tutela el demandante consideraba que se encontraba amenazado este derecho, ante el anuncio del Consejo Nacional Electoral de nombrar un nuevo Registrador Nacional del Estado Civil. Con todo, como ya se indicó, antes de que el juez de primera instancia tuviese conocimiento del proceso, dicha elección se produjo y ante ello, el demandante solicitó al juez que ordenara al Consejo Nacional Electoral se abstuviera de confirmar la designación.

Las particularidades de este caso llevan a observar dos temas en la designación del nuevo registrador. De una parte, en concepto del demandante se trataría de una revocatoria directa de un acto administrativo subjetivo –su nombramiento–, el cual no procede sin la anuencia del beneficiario del acto y, por otra, el hecho de que se hubiese apelado a la excepción de inconstitucionalidad en materia de actos administrativos subjetivos.

3.1 La excepción de inconstitucionalidad no es un asunto sobre el cual las autoridades cuenten con amplia discreción pues, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, en

caso de ser manifiesta la violación de la Constitución, se está en la obligación de excepcionar. Sobre el particular, en la sentencia T-067 de 19981, la Corte sostuvo:

“Si ante la flagrante violación de la Constitución por parte de la ley, el juez se inhibe de examinar su constitucionalidad, incumplirá con ello el deber superior de imponer la norma constitucional por encima de las normas que le sean contrarias y, además, dejará de proteger de manera efectiva los derechos fundamentales violados con ocasión de la actualización singular de dicha ley.”

Con todo, esta Corporación también ha señalado que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad encuentra límites en la naturaleza de la norma jurídica en cuestión. Así, se ha encontrado admisible frente a las normas jurídicas generales, pero se ha proscrito su aplicación tratándose de actos administrativos que crean situaciones subjetivas. En efecto, al analizar el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, la Corte sentenció de manera enfática:

“Lo anterior no se predica de la norma jurídica de contenido particular, individual y concreto, que crea derechos en favor de un particular, la cual no puede dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, en presencia de la garantía de que gozan los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular.”²

En suma, la Corte ha inadmitido la posibilidad de que la administración acuda a la excepción de inconstitucionalidad, para inaplicar actos administrativos subjetivos.

3.2. El segundo aspecto del cual podría derivarse una violación del derecho al debido proceso tiene que ver con la revocación del acto administrativo de nombramiento del demandante. La decisión de nombrar un nuevo Registrador, existiendo uno nombrado, teniendo en cuenta la discusión sobre la terminación o no de su período constitucional -y mientras dicha discusión no se resuelva judicialmente-, supone, dado que el demandante fue elegido por un término inicial de 5 (cinco) años, la revocación de un acto administrativo de contenido particular.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa en señalar que tales actos administrativo no pueden ser revocados salvo autorización expresa del afectado o en

aquellos casos en los cuales el acto es producto del silencio administrativo o resultado de actuaciones fraudulentas:

“De acuerdo a lo señalado por el Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, artículo 73, los actos administrativos creadores o modificadores de situaciones concretas y particulares, no son susceptibles de ser revocados sin el previo consentimiento del particular, consentimiento que deberá ser dado de forma expresa y por escrito. De esta manera, al partirse de una situación jurídica surgida de un acto administrativo de estas características, la administración o ente que profirió tal acto, no podrá bajo ninguna circunstancia revocar su propio acto, sin que medie para ello la previa, expresa y escrita autorización que el particular informe. El particular respecto de quien ya se creó una situación jurídica personal, y que en esa medida tiene un derecho adquirido, confía en la seguridad jurídica que recae sobre tal acto de la administración, y bajo el cual se encuentra cobijado por sus efectos. De esta manera, es un requisito sine qua non, la aquiescencia del particular para que la administración proceda a revocar un acto que de forma personal beneficia a un individuo. Sólo en dos casos excepcionales dichos actos administrativos de carácter particular y concreto pueden ser revocados por la administración sin previo consentimiento del particular: primero, cuando dicho acto administrativo es consecuencia del silencio administrativo positivo, y segundo, cuando el acto es fruto de una actuación ilegal y fraudulenta por parte del particular que llevó a la administración a cometer un error.” 3

Cabe señalar que si bien el artículo 69 del C.C.A. admite otras hipótesis bajo las cuales es posible la revocatoria directa, la Corte ha precisado, interpretando el artículo 73 del mismo estatuto, que la revocatoria únicamente cabe respecto de actos presuntos. Frente a los restantes, debe acudir a la jurisdicción contenciosa:

“Razones de seguridad jurídica y de respeto a los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona, como también la presunción de legalidad de las decisiones administrativas en firme, avalan el principio de la inmutabilidad o intangibilidad de los derechos subjetivos reconocidos por la administración a través de un acto administrativo.

Es cierto que según el inciso 2o. del art. 73 en referencia es posible la revocación de los actos administrativos de contenido subjetivo o particular y concreto “cuando resulten del

silencio positivo, si se dan las causales previstas en el art. 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales”; pero esta norma debe ser entendida en el sentido de que hace alusión exclusivamente al llamado acto presunto, producto del silencio administrativo positivo, que ha reconocido una situación jurídica particular o un derecho subjetivo a una persona.

Dicho de otra manera, los actos administrativos expresos expedidos por la administración que reconocen un derecho subjetivo no son revocables por ésta sino en los términos ya indicados (arts. 73, inciso 1 del C.C.A.). En tal virtud cuando la administración observe que un acto de esta naturaleza es contrario a la Constitución o la ley debe proceder a demandar su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 149 inciso 1 del C.C.A.), pero no podrá revocarlo directamente.”⁴

Así las cosas, si la administración pretende revocar nombramientos supuestamente violatorios del ordenamiento jurídico, debe acudir a la jurisdicción a fin de que ésta resuelva sobre la procedencia de dicha decisión.

Violación del derecho al trabajo

4. Respecto de la eventual amenaza o vulneración del derecho al trabajo, de la demanda se desprende que el accionante considera tener derecho a ocupar el cargo de Registrador Nacional del Estado Civil. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que el derecho al trabajo ostenta carácter fundamental. Así, en sentencia C-221 de 1992, la Corte expresó:

“En el marco normativo del Estado social de derecho vigente en Colombia, el trabajo tiene la doble calidad de derecho fundamental y de obligación social (artículo 25 C.P.); además, es doctrina reiterada de esta Corte que: “El trabajo tiene un carácter de derecho-deber y, como todo el tríptico económico de la carta -propiedad, trabajo, empresa-, cumple una función social. Es una actividad que goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado”.

Sin embargo, teniendo en cuenta que no existen derechos absolutos, la Corporación no se ha limitado a considerarlo en su dimensión individual, sino que ha destacado su papel estructural:

“2.3. La Constitución Colombiana, por su parte, no sólo consagra todos los postulados esenciales del Estado social de derecho, sino que de manera específica, define al trabajo como uno de los fundamentos del Estado (C.P. art. 1) y contempla plenas garantías laborales para la consecución de los fines propuestos (C.P. Arts. 53, 54, 55, 56 y 57).

Como características esenciales de esta nueva concepción de las relaciones obrero-patronales sobresalen las siguientes: 1) percepción dialéctica y conflictiva de los intereses que confluyen; 2) carácter funcional de los conflictos como impulsores de una sociedad pluralista, solidaria y justa y 3) excepción al principio del derecho romano de igualdad contractual en beneficio de la protección especial de los intereses de los trabajadores”⁵.

Es claro que no todos los elementos derivados de esta garantía quedan comprendidos dentro de la naturaleza fundamental del mismo. Así, en la sentencia T-047 de 1995, la Corte sostuvo:

“Es cierto que el derecho al trabajo es fundamental, y, por tanto, su núcleo esencial es incondicional e inalterable. Pero lo anterior no significa que los aspectos contingentes y accidentales que giran en torno al derecho al trabajo, sean, per se, tutelables, como si fueran la parte esencial”.

Lo anterior, por cuanto el trabajo tiene distintas dimensiones, con consecuencias constitucionales diversas. En la sentencia T-576 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte precisó:

“Está por un lado el derecho al trabajo como derecho subjetivo (artículo 25 C.P.) y por otro lado la política de empleo (‘El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar’, artículo 54 C.P.) que constituye un derecho programático; son dos aspectos muy diferentes”.

En este contexto debe entenderse que existe obligación por parte del Estado de respetar las opciones de las personas por acceder a un trabajo. Ello es particularmente significativo en materia de carrera administrativa, donde la Corte fijó en el pasado una clara jurisprudencia, ordenando que al ganador del concurso le debe ser garantizado el derecho a acceder al cargo para el cual concursó. (Cfr. sentencias C-040 de 1995, C-037 de 1996, SU-133 de 1998, entre otras). A la garantía representada por la posibilidad de acceder a un empleo se agrega

para el Estado el deber de impedir que terceros restrinjan dicha opción. En la sentencia T-625 de 2000, esta Corporación señaló:

“La vulneración del derecho al trabajo se produce cuando una acción u omisión arbitraria de las autoridades limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima”.

Dentro de estas condiciones se ha tutelado el derecho al trabajo de personas cuyas opciones de ser vinculadas laboralmente se han visto sometidas a tratos discriminatorios.

Por otra parte, se ha entendido que el derecho al trabajo comprende el derecho a que las condiciones de trabajo sean dignas. Sobre el particular, en la sentencia T-644 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, la Corte sostuvo:

“La jurisprudencia de la Corte ha sido uniforme y reiterada, en el sentido de señalar que el derecho al trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas, como lo establece el artículo 25 de la Carta Política, lo cual se traduce, entre otros aspectos, en la verificación por la vía judicial o administrativa, según las competencias asignadas en la ley, acerca del cumplimiento por parte de los patronos públicos y privados de la normatividad que rige las relaciones laborales y de las garantías y derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores.

(...)

En efecto, la doctrina constitucional ha considerado, repetidamente, que una parte bien importante de la dignidad y justicia en las relaciones laborales consiste en la proporcionalidad entre la remuneración que reciba el trabajador y la cantidad y calidad de su trabajo”.

En este orden de ideas, resulta claro que la entidad demandada no está impidiendo al demandante que ejerza su derecho al trabajo, sino que dispuso removerlo de un cargo público. Así las cosas, teniendo en cuenta que del derecho al trabajo no se deriva una obligación absoluta de carácter subjetivo iusfundamental para ocupar determinado cargo público, no puede sostenerse que se ha violado o puesto en peligro el derecho fundamental al trabajo.

Violación del derecho al acceso y desempeño de funciones públicas.

5. El numeral 7º del artículo 40 de la Carta Política consagra el derecho a “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”. Desde sus inicios, la Corte ha destacado el carácter fundamental de dicho derecho. En la sentencia T-003 de 1992, la Corte señaló al respecto:

“Está de por medio, sin lugar a dudas, la efectividad de un derecho que, si bien, dada su naturaleza política, no ha sido reconocido por la Constitución a favor de todas las personas sino únicamente a los ciudadanos colombianos que no sean titulares de doble nacionalidad, tiene, respecto de ellos, el carácter de fundamental en cuanto únicamente la seguridad de su ejercicio concreto permite hacer realidad el principio de la participación, que se constituye en uno de los esenciales dentro de la filosofía política que inspira nuestra Carta, lo cual encuentra sustento no solo en la misma preceptiva constitucional, en su Preámbulo y en sus artículos 1, 2, 3, 40, 41, 103 a 112, entre otros, sino en el texto de la papeleta por medio de la cual el pueblo colombiano votó abrumadoramente el 27 de mayo de 1990 por la convocatoria de una Asamblea Constituyente, cuyo único propósito expreso consistió en “fortalecer la democracia participativa”.

El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -genérico- cual es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa”.

Si ello es así, tal protección puede ser reclamada, en casos concretos, mediante el uso del mecanismo de la acción de tutela, concebida precisamente como medio idóneo para asegurar que los derechos trascienden del plano de la ilusión al de la realidad”.

Resulta claro, entonces, que el derecho en cuestión es de singular importancia dentro del ordenamiento constitucional, pues constituye garantía básica para lograr amplios espacios de legitimación democrática. En estas condiciones puede sostenerse que en principio, remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona de un cargo público constituye una violación de su derecho fundamental a acceder y ocupar cargos públicos. Este enunciado, como se verá mas adelante, tiene carácter precario .

6. La protección, el respeto y el desarrollo por parte del Estado del derecho a acceder a

cargos públicos, supone análisis distintos, según el momento en el cual entra a operar la norma-derecho. Así, frente al nivel abstracto -propio de los juicios de control de constitucionalidad-, interesa determinar si las restricciones, limitaciones o condiciones de acceso a los cargos públicos son proporcionados y si respeta el núcleo esencial. Por su parte, el juicio propio de la acción de tutela supone, en principio, establecer si frente al caso concreto, a la persona le ha sido desconocido un derecho subjetivo de acceso a un cargo público determinado.

Frente a tales juicios, prima facie no resulta suficiente la norma constitucional, sino que ésta ha de ser completada por disposiciones legales relativas al cumplimiento de condiciones para el acceso al cargo y su permanencia. En la mencionada decisión, la Corte precisó⁶:

“Ahora bien, para que el derecho enunciado pueda ejercerse de manera efectiva es indispensable, ante todo, que concurren dos elementos exigidos por la misma Carta: la elección o nombramiento, acto condición que implica designación que el Estado hace, por conducto del funcionario o corporación competente, en cabeza de una persona para que ejerza las funciones, deberes y responsabilidades que el ordenamiento jurídico ha previsto respecto de un determinado cargo, y la posesión, es decir, el hecho en cuya virtud la persona asume, en efecto, esas funciones, deberes y responsabilidades, bajo promesa solemne de desempeñarlos con arreglo a la Constitución y la ley⁷..

Mientras la persona no se ha posesionado, le está vedada cualquier actuación en desarrollo de las atribuciones y actividades que corresponden al cargo, de tal modo que, pese a su designación, carece del carácter de servidor público. Es la posesión, en tal sentido, un requisito sine qua non para iniciar el desempeño de la función pública, pues, según el artículo 122 de la Carta Política, ‘ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben’.

Si la participación en la función pública es, como lo hemos visto, un derecho cuyo ejercicio está pendiente de la posesión, negarla a un ciudadano ya nombrado o elegido -a no ser que falte alguno de los requisitos legales- implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio.”.

Como se puede observar, la Corte se detiene a considerar, de manera especialmente atenta,

que negar la posesión a una persona que ha cumplido los requisitos para acceder al cargo constituye una flagrante violación al derecho constitucional en cuestión. En idéntico sentido se pronunció en la sentencia T-509 de 1993, en la cual sostuvo:

“De acuerdo con lo expuesto, el ciudadano Guevara sería titular de este derecho fundamental, siempre y cuando la negativa por parte del alcalde de posesionarlo tuviera como justificación un hecho distinto al de que el peticionario no reunía los requisitos legales para acceder al cargo de personero municipal”.

Ello no implica que el derecho a acceder a cargos públicos se limita, desde el punto de vista constitucional, a consideraciones sobre la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo.

Sin embargo, en situaciones distintas –por ejemplo la persona ha accedido al cargo y fue desvinculada o está en discusión si cumplió con los requisitos para acceder al cargo- la protección por vía de tutela se debilita, por razón de que otros medios de defensa judicial pueden operar.

En efecto, en la Sentencia T-045 de 1993, la Corte consideró que, frente a la cuestión de si era el demandante u otro ciudadano el electo por la población para ocupar el cargo de alcalde, la vía de protección no podía ser la tutela, sino los procedimientos ordinarios para impugnar las decisiones del Consejo Nacional Electoral:

“Competencia que conforme al artículo 231 del C.C.A., modificado por el artículo 6o. de la ley 14 de 1988, corresponde a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, pero que en forma específica en cuanto hace a las demandas de nulidad sobre la elección de Alcaldes, el artículo 29 de la ley 78 de 1986, señala que la competencia para conocer en primera instancia de esos procesos radica en los Tribunales Administrativos y en segunda instancia, en el Consejo de Estado.

Es allí, a donde el peticionario debió haber concurrido y no a la acción de tutela para que se resolviera a través de la acción electoral si se violó su derecho político a ser elegido, y si el Acuerdo proferido por el Consejo Nacional Electoral era arbitrario e ilegal. Si se aceptara el argumento que expresa el actor para dar vía libre a su demanda de tutela, en el sentido de que el proceso electoral es largo y que por tanto cuando se produzca el fallo ya no tendrá

objeto la sentencia, significaría que todos los procesos que se adelantan a través o bien de la jurisdicción ordinaria o de la contencioso administrativa, debían tramitarse y resolverse por medio de la acción de tutela”.

Frente a esta decisión, en la que se estima que la acción electoral resulta idónea para proteger el derecho fundamental conculcado, se podría oponer la sentencia T-294 de 1994 en la cual la Corte concede la tutela a un Representante de la Cámara de quien no se quería registrar su nombre y facilitar el cumplimiento de sus funciones, a pesar de encontrarse posesionado, por cuanto se estimaba que la renuncia del primer renglón había sido falsa y que, por lo mismo, el demandante no podía ocupar la curul.

Si se observa, se trata de situaciones distintas, razón por la cual la ratio decidendi de un caso no se aplica al otro⁸. En efecto, en el primer caso, estaba en discusión si una persona había sido elegida o no, razón por la cual el punto de discusión era la titularidad del derecho; en el segundo caso, se trataba de asegurar la ejecución de un acto administrativo -posesión-, que no daba espera por la terminación del período del Representante a la Cámara. En el primer caso, se entendió que los recursos ordinarios eran eficaces, en tanto que en el segundo no.

Ahora bien, en sentencia SU-250 de 19989, la Corte fijó como criterio general que la tutela no procede como mecanismo para lograr el reintegro de personas desvinculadas de sus cargos públicos. En dicha oportunidad, al considerar la situación de una notaria desvinculada por decisión del Presidente de la República, la Corporación sostuvo:

“Pues bien, la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad ‘precaria’ (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta.

(...)

En conclusión, no se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en

que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable”.

Si bien es cierto que la decisión de la Corte se centra en el tema del derecho al trabajo, resulta claro que, para el caso que ocupa a la Corporación, el derecho a acceder y ocupar cargos públicos, supuestamente vulnerado por el retiro del cargo, guarda relación directa con la temática, en razón a que el reintegro constituiría, en principio, el mecanismo para lograr el restablecimiento del derecho.

En la mencionada sentencia SU-250 de 1998, la Corte, luego de constatar que se violó el debido proceso al dictar, sin motivación, el acto de desvinculación de la demandante, optó, no por ordenar su reintegro, sino por disponer que se expidiera un acto administrativo motivado, a fin de que la demandante pudiese acudir ante la justicia contenciosa administrativa con el objeto de demandar la protección de sus derechos:

“En el presente caso se incurrió en tal omisión, luego la tutela prospera por este aspecto, de lo cual se infiere que debe dársele al Presidente de la República y al Ministro de Justicia y el Derecho la orden de que profieran el acto administrativo para que la doctora Duque, pueda nuevamente controvertir el asunto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, si es que esa sería su determinación.”

Las circunstancias particulares que han rodeado la designación de notarios, estudiados en dicha oportunidad y en sentencia reciente, podrían llevar a la conclusión de que, al igual que ocurre con las sentencias T-045 de 1993 y T-294 de 1994, la ratio decidendi no es extensible al presente caso. Sin embargo, existen elementos comunes en las sentencia T-045 de 1993 y SU-250 de 1998, que no pueden desconocerse. En ambos casos existe prueba de que una persona ocupa el cargo que los demandantes pretendían.

Frente a esta situación, de considerarse que únicamente la acción de tutela resulta eficaz para proteger el derecho a acceder a cargos públicos, el juez se vería enfrentado a tener que considerar, además de los supuestos derechos subjetivos de los demandantes, el derecho

subjetivo cierto de los afectados por la decisión judicial. La remoción de tales personas de su cargo únicamente procedería una vez se hubiera determinado que su designación ha sido ilegal.

Tal es la jurisprudencia que se desprende de las decisiones relativas al acceso a la función pública por el sistema de méritos, cuando no se ha nombrado al primero en la lista, pues en tales circunstancias resulta evidente que el derecho del nombrado depende por entero de que, al momento del nombramiento, ocupe el primer lugar de la lista de elegibles. Por lo tanto, en dichos eventos la violación del derecho constitucional fundamental al acceso a los cargos públicos del no elegido, se deriva de la selección de quien tenía un “menor” derecho.¹⁰

De lo anterior se desprende que únicamente cuando no está en discusión la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo público (T-294 de 1994), se puede considerar la existencia de una amenaza o violación del derecho fundamental, susceptible de protección por vía de tutela. Si la afectación proviene de la duda sobre la titularidad (T-045 de 1993) o de la violación de otro derecho fundamental (SU-250 de 1998), la consideración sobre una violación al derecho fundamental al acceso y desempeño de funciones públicas depende de que aquellas cuestiones sean resueltas de antemano.

El derecho al “reconocimiento”, no forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental al acceso y desempeño de funciones públicas.

7. Se podría sostener que la interpretación expuesta en el fundamento anterior desconoce el núcleo esencial del derecho a acceder y a ocupar cargos públicos. En la sentencia T-462 de 1992 la Corte señaló que “en realidad, como decía Aristóteles, ‘el hombre es un animal político’. De allí se deriva la natural propensión del hombre a participar en política y a trascender en los demás. Es lo que Hegel denominaba ‘el reconocimiento’, según el cual es inmanente a la naturaleza humana el deseo de ser tenido en cuenta por los demás”, de lo cual se desprendería que el núcleo esencial del derecho en cuestión supone la obligación del Estado de permitir la efectiva participación o realización del cargo público que ocupa.

Sin embargo, esta acusación no resulta admisible por dos razones: en primer lugar, porque el eventual impedimento para ser reconocido, si bien tendría un origen estatal, está condicionado por el derecho de otra persona a igual consideración. En efecto, si otra persona

está ocupando el cargo, ocupación que se presume legal mientras que el acto de designación no sea anulado o revocado debidamente, éste también tiene derecho a ejercerlo, razón por la cual no puede desconocerse injustificadamente su derecho.

En segundo lugar, que si bien puede predicarse la existencia de un derecho al “reconocimiento”, que no se subsuma en el derecho al buen nombre, no resulta claro que dicho “reconocimiento” se encuentre inescindiblemente ligado, en sentido jurídico, con el derecho en cuestión. El “reconocimiento” no puede entenderse derivado de la ocupación de cierto cargo. El ser tenido en cuenta por los demás, únicamente puede ser el resultado, en el ámbito de la administración pública, de la buena gestión. Sin embargo, debe tenerse presente que la buena gestión no puede optarse, sino que el funcionario público tiene el deber ineludible de alcanzarla. En estos términos, no puede sostenerse que el núcleo esencial del derecho en cuestión sea el cumplimiento de un deber o el resultado de dicho cumplimiento¹¹.

El derecho a acceder a cargos públicos debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público, a no ser desvinculado de manera arbitraria del mismo y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones.

Esta conclusión, no obstante, debilita la posibilidad de protección mediante la tutela pues, es propio de la arbitrariedad la violación de normas superiores, es decir del principio de legalidad, frente a lo cual es competente la jurisdicción contencioso administrativa.

Tutela como mecanismo principal de protección.

8. La protección de los derechos constitucionales no es un asunto reservado a la tutela. El ordenamiento jurídico en su integridad debe respetar los derechos constitucionales (C.P. art. 4) y todas las herramientas judiciales dispuestas por el legislador deben permitir su protección (C.P. art. 2).

En este contexto, se debe entender que los recursos judiciales ordinarios son los instrumentos preferentes a los cuales deben acudir los ciudadanos para lograr la protección de sus derechos. El juez está obligado a resolver el problema legal sometido a su consideración. Sin embargo, dicha solución no puede comprometer los derechos

fundamentales de los asociados. Por el contrario, en el proceso ordinario se está en la obligación de garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. art. 5). De ahí que la tutela adquiera carácter subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial.

9. En los términos del artículo 86 de la Constitución, no basta que en el caso concreto se presente una violación de los derechos fundamentales, sino que es menester, además, que la persona carezca de un medio de defensa judicial eficaz. La nota de eficacia del medio de protección judicial no puede apreciarse en abstracto y sin consideración de los derechos constitucionales fundamentales involucrados¹².

La necesidad de tener presente las circunstancias concretas y los derechos constitucionales involucrados, a efectos de analizar la eficacia del otro medio de protección judicial, explica el carácter subsidiario de la acción de tutela, que impone establecer si el ordenamiento jurídico no ha dispuesto un remedio judicial idóneo y específico para proteger el derecho. Por lo mismo -carácter subsidiario-, la tutela no tiene por objeto desplazar los diversos mecanismos de protección, sino fungir como último recurso -y, por lo mismo, sin restricciones normativas distintas a las normas constitucionales- para lograr la protección de los derechos fundamentales. La forma en que se han desconocido o puesto en peligro los derechos fundamentales, puede indicar la no idoneidad de los mecanismos ordinarios.

Limites jurídicos y naturales de la tutela. La armonización de derechos fundamentales, garantías institucionales, principios y valores de la Carta.

9. Al momento de proteger en concreto la vulneración de un derecho fundamental, el juez debe tener en cuenta que no siempre es viable ordenar que las cosas vuelvan al “estado anterior a la violación”, porque razones naturales, jurídicas o institucionales impiden la protección in natura del derecho quebrantado. Se impone entonces la reparación patrimonial, entre otros, en los siguientes casos:

a) Hay situaciones de hecho absolutamente consolidadas e irreversibles, en las cuales, razones de orden natural impiden una protección integral que mantenga el derecho fundamental en el mismo estado en que se encontraba antes de su vulneración. Por ejemplo, bienes personalísimos como la vida y la integridad personal, que resultan perdidos o disminuidos como consecuencia de un peligro creado por una autoridad pública.

b) En tratándose de casos en los cuales no sólo se encuentran en juego los derechos fundamentales del demandante, sino de terceras personas, el juez está en la obligación de armonizar los intereses en juego, así una de las partes no sea partícipe en el proceso. Debe observarse que si bien la tutela se dirige, en general, contra personas dotadas de cierto estatus de poder (sean autoridades públicas o particulares), lo que supone que la decisión de tales personas únicamente afectan el interés del demandante, las circunstancias concretas pueden involucrar derechos de terceros. No se trata, debe observarse, de los casos en los cuales el juez se enfrenta al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de la persona contra quien se dirige la tutela, sino de aquellos casos en los cuales la decisión violatoria o amenazante ha generado derechos en cabeza de terceros. Si bien resulta deseable que tales personas puedan ser partícipes en el proceso, ello no siempre es posible, en razón a su indeterminación (absoluta o temporal) o en razón a las circunstancias bajo las cuales se ha tramitado el proceso. En tales casos, la armonización, que implica se tomen en serio los derechos del demandante y los de los terceros afectados, constituye una garantía mínima de que el Estado cumpla con su deber genérico (art. 2 C.P.) de garantizar la eficacia y brindar la debida protección a los derechos de todos los ciudadanos.

Como se dijo, el juez ha de tomar en consideración la posibilidad real de lograr que el derecho sea ejercido o disfrutado en las condiciones que el demandante lo solicita, y garantizar que se restablezcan las condiciones para lograr su disfrute (Decreto 2591 art. 23). Lo anterior, por cuanto existen razones naturales que pueden hacer imposible garantizar el disfrute del derecho. Ahora bien, podría objetarse que si bien es cierto que pueden existir circunstancias naturales que hacen imposible ejercer el derecho, lo que implicaría una suerte de fuerza mayor, no resulta admisible que razones jurídicas impidan el ejercicio del derecho. Se trata, debe admitirse, de circunstancias excepcionales en las cuales los derechos del demandante entran en conflicto con legítimos derechos de otras personas: ¿Cuál ha de prevalecer? ¿Podría el Estado, so pretexto de proteger los derechos de una persona, desconocer los de otra? Elementales razones de seguridad jurídica impiden que mediante la tutela, así como en otro proceso judicial, se desconozcan los derechos subjetivos de terceras personas. Cabe señalar que, en sede de tutela, debe existir identidad de naturaleza de los derechos en conflicto, los cuales se resolverán de conformidad con las reglas que tanto la Carta como la jurisprudencia constitucional ha establecido para resolver este tipo de

conflictos.

c) Además de las razones jurídicas y naturales que impiden volver las cosas al “estado anterior a la violación”, también existen otras de orden institucional. En efecto, al momento de adoptar en concreto las formas de protección del derecho fundamental el juez debe ponderar las consecuencias del fallo, y optar por la reparación económica, cuando considere que dadas las circunstancias históricas, el regreso al statu quo ante puede generar una seria desestabilización institucional.

La Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que los derechos constitucionales y, en particular, los fundamentales, gozan de primacía frente a las decisiones de la mayoría. De allí que en caso de conflicto entre un derecho individual y los intereses de la mayoría no pueda, sin más, acudir a lo dispuesto en el artículo 5º de la Carta. En sentencia C-309 de 1997 señaló al respecto:

“Igualmente, para la Corte, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales fundamentales, como la libertad y la autonomía personales, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como el aumento de la producción nacional o la protección de la financiación de la seguridad social, debe el juez constitucional dar una prevalencia prima facie a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos. Este criterio hermenéutico es necesario, tal y como esta Corporación ya lo ha reconocido en anteriores decisiones¹³, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular, y el interés general prima siempre sobre el particular, pues se estaría anulando el mandato del artículo 5º de la Carta, según el cual el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona.

Los derechos constitucionales no pueden entonces ser disueltos en un cálculo utilitario sobre el bienestar colectivo, ni pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que esos derechos son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo. Esto significa que, como lo reconoce la doctrina y lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, los derechos fundamentales son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo pues “condicionar la validez de un

derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías -y a esas minorías radicales que son las personas- de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas”¹⁴. Por ello debe entenderse que el respeto de esos derechos es un componente integrante del interés general, tal y como esta Corporación lo había señalado, cuando dijo al respecto:

‘Por esta razón, no basta ya con que el legislador argumente la necesidad de proteger al interés general para restringir el ejercicio de un derecho. El interés general es un concepto vago e impreciso que requiere de una determinación concreta, probada y razonable. Si esto no fuera así, quedaría en manos del poder público limitar el alcance de los derechos fundamentales, mediante una reglamentación tal que la regla general de libertad se convierta, de hecho en la excepción.

En el texto constitucional colombiano, el interés general, definido por el legislador se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general.¹⁵”

Por consiguiente, la Corte concluye que no es posible admitir que el aumento del bienestar colectivo o la protección de los recursos económicos de la seguridad social sean razones en sí mismas suficientes para imponer coercitivamente a las personas obligaciones relacionadas con el cuidado de su salud, ya que de esa manera se estarían legitimando medidas claramente contrarias a la libertad y dignidad de las personas. Es más, la Corte estaría abriendo el camino a una sociedad totalitaria. Por ejemplo, como existen evidencias médicas de que el ejercicio físico diario disminuye en forma considerable la ocurrencia de enfermedades cardiovasculares, debería entonces admitirse que el Estado tiene la posibilidad de obligar, mediante la amenaza de sanciones penales, a que todos los colombianos efectúen cotidianamente tales ejercicios, con fin de proteger la salud pública, hipótesis a todas luces inadmisibles en una sociedad democrática. Igualmente, como es también plausible concluir que, en términos económicos, la vida contemplativa de muchas personas que tienen profundas convicciones religiosas contribuye en menor medida a la

creación de riqueza nacional material que la labor productiva de otras personas, ¿deberíamos entonces admitir que se obligue a los religiosos a desarrollar otras actividades consideradas más mundanas?”¹⁶

Con todo, debe tenerse en cuenta que en ciertas circunstancias la protección, en el sentido de restauración al estado anterior del derecho fundamental violado, puede tener efectos nefastos para la estabilidad institucional o social. Se pregunta la Corte si en tales eventos el derecho fundamental invocado, puede pretender desconocer no sólo otros derechos fundamentales sino también generar una clara desestabilización institucional o social. La Corte estima que no, aunque bajo condiciones especialmente rigurosas.

Los derechos fundamentales de los asociados se han entendido, primeramente, como cartas de triunfo¹⁷ que pueden ser opuestas por los ciudadanos contra la voluntad de la mayoría o contra todo aquel que las ponga en peligro¹⁸. En este sentido, operan como principios contramayoritarios y constituyen una salvaguardia del individuo frente a la omnipotencia del Estado. Subyace a esta idea que el Estado (o todo aquel que detente un poder tal que puede generar situaciones de indefensión, subordinación, afectar gravemente el interés público o que presta un servicio público) es una suerte de “mal necesario”, al cual hay que imponerle los controles necesarios para evitar que afecte injustificadamente el ámbito personalísimo de las personas. El Estado, en este orden de ideas, únicamente existe para proteger a la persona, y a sus derechos, frente a otras personas.

Con todo, esta visión no recoge en su integridad el concepto Estado social de derecho. El ser humano, así como sus derechos fundamentales, únicamente adquiere sentido dentro de un sociedad específica. Únicamente dentro de ella es posible que ejerza, en abstracto, derechos. En este sentido, resulta tan necesario garantizar la inmunidad individual como proteger la viabilidad de la sociedad en su conjunto. Al Estado le está encomendadas ambas funciones.

Los derechos fundamentales tienen por objeto configurar la esfera de existencia libre del sujeto. Dicha esfera de existencia no se limita al ámbito individual, sino que comprende, además, condiciones sociales. En la sentencia SU-111 de 1997¹⁹, la Corte recordó que “La cláusula del Estado social de derecho tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de

una igual libertad". La concreción de "un modo de vida público y comunitario" que garantice la igual libertad supone que se deben alcanzar ciertos niveles de estabilidad institucional y de orden en el funcionamiento de la sociedad que hagan posibles, no sólo una igual distribución de la libertad, sino la libertad misma. Dentro de tales elementos deben reconocerse, entre otros factores, la viabilidad -no sólo jurídica, sino social y política- de la democracia, el funcionamiento correcto y justo²⁰ de la economía, la posibilidad de satisfacer el mínimo vital de los asociados, la existencia de condiciones de paz, etc. El logro de estas condiciones de libertad y la creación de oportunidades para alcanzar la igualdad en la distribución de la libertad, no se consigue con la mera protección de los derechos individuales, los cuales participan del interés general contribuyendo en que haya democracia y limitación del poder. De esta manera, ha de aceptarse que las limitaciones a los derechos fundamentales han de admitirse, no sólo como consecuencia del desarrollo legal de los mismos (principio democrático), sino también cuando la restricción contribuye decididamente a alcanzar tales metas. Es decir, se persigue un fin constitucionalmente válido.

Ello supone, por su parte, que cuando el juez de tutela advierta que la protección -en sentido de restauración- del derecho fundamental implica una devastadora y extremadamente grave puesta en peligro de las condiciones necesarias para lograr la libertad individual y su reparto igualitario, resulta imposible, por colocar en peligro la libertad y demás derechos, otorgar el amparo solicitado. Es decir, no puede ordenar que las cosas vuelvan al estado anterior a la violación y debe optar por la reparación patrimonial. Claro está, tal como se anunció al comienzo de este apartado, le es exigible al juez un rigor extremo en el análisis de la situación, así como la carga de sustentar de manera idónea las razones para negar la protección in natura. Se trata, no de una argumentación suficiente -exigible en cualquier decisión judicial-, sino de un genuino y profundo intento por arribar a la solución correcta.

d) En conclusión, si resulta imposible volver las cosas al estado anterior a la vulneración, el juez debe ordenar que se indemnice a la persona afectada. La imposibilidad, por parte del Estado de garantizar en los términos indicados el ejercicio del derecho fundamental, no puede tener por única respuesta la confesión de su imposibilidad de proteger a la persona. El Estado está obligado a garantizar el goce de los derechos (C.P. art. 2). Si las circunstancias hacen imposible lograr o brindar dicha protección, éste tiene la obligación de resarcir el daño antijurídico (C.P. art. 90) causado por la imposibilidad de responder a dicho deber. Ello, claro está, sin perjuicio de los casos en los cuales el daño antijurídico sea imputable, en los

términos del artículo 86 de la Carta, a particulares, quienes están directamente vinculados a la Constitución (en las condiciones fijadas por la jurisprudencia de esta Corporación). Contra esta regla de conducta judicial puede cuestionarse el hecho de que le restaría eficacia a la tutela como mecanismo de protección. La Corte comparte parcialmente este señalamiento. El interés del constituyente en estatuir la acción de tutela radicó, precisamente, en ofrecer una alternativa adicional a las establecidas, para lograr la plenitud del ordenamiento jurídico. Sin embargo, la tutela no puede convertirse en instrumento para desconocer otros bienes tutelados por el ordenamiento jurídico, es decir, que el efecto de las decisiones en materia de tutela sean contrarias a la Constitución misma. De ahí que, ante imperativos constitucionales, la indemnización sea la última alternativa. Cabe recordar que dicho instrumento -la indemnización- constituye, dentro del pensamiento jurídico occidental, tal como lo han reconocido los tribunales internacionales, un principio de obligatoria observancia: todo daño que no pueda ser reparado debe ser resarcido.

Es también una forma de resolver un conflicto de derechos o entre un derecho y un interés público legítimo porque el derecho que no es protegido in natura, en todo caso es valorado, lo cual le da fundamento constitucional a la indemnización.

Sobre este punto es necesario precisar que si bien el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 restringe la posibilidad de indemnización al daño emergente, debe entenderse que dicha restricción únicamente opera frente al daño material, pues, ante la imposibilidad de garantizar el ejercicio del derecho fundamental, necesariamente debe respetarse la integralidad de la indemnización que, en esta materia, supone el reconocimiento del consiguiente daño moral.

e) En resumidas cuentas, corresponde al juez determinar cuál es el mecanismo idóneo para lograr la protección del derecho fundamental afectado. Cuando resulta imposible lograr el restablecimiento de las condiciones de ejercicio del derecho fundamental violado -garantizar el ejercicio in natura-, el juez de tutela está en la obligación de disponer que se indemnice a la persona.

Tutela como mecanismo transitorio de protección. Consideraciones generales.

10. Como lo ha explicado esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo excepcional que sólo puede ser empleado ante la ausencia de otro u otros instrumentos judiciales

considerados principales u ordinarios. El carácter subsidiario de la acción de tutela condiciona el ejercicio del derecho público subjetivo que tienen las personas para acudir ante los jueces, en demanda de la protección prevista en el artículo 86 de la Carta Política.

Sin embargo, el constituyente permite que, a pesar de existir otro medio de defensa judicial, la solicitud de tutela pueda ser presentada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La posibilidad de dar trámite a una petición de amparo como mecanismo transitorio requiere, en primer lugar, demostrar que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental y, en segundo lugar, la existencia de otro mecanismo de defensa judicial. Este último, considerado como instrumento judicial principal u ordinario, deberá ser de una entidad tal que por sus características pueda ser homologado temporalmente, es decir, mientras se tutela "transitoriamente". Estos elementos no pueden, nuevamente, considerarse en abstracto, sino a partir de las condiciones propias del proceso.

Improcedencia cuando se ha consumado la vulneración. No hay perjuicio irremediable, cuando no es viable la protección in natura del Derecho Fundamental.

11. El trámite de la tutela como mecanismo transitorio exige la existencia de un perjuicio irremediable. En este caso, el peticionario deberá demostrar que se encuentra frente a un riesgo que, según la jurisprudencia, se caracteriza por lo siguiente:

"Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

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 señalan 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 inconveniente.

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.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una

persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta Sala es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas". Sentencia T-225 de 1993, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Cabe señalar que la eventualidad de un perjuicio que reúna estas características, no es materia que pueda apreciarse al margen de los derechos constitucionales amenazados. Si bien el inciso tercero del artículo 86 de la Carta Política autoriza la tutela como mecanismo transitorio, ello no implica que el demandante esté relevado, en algunos casos, de precisar el carácter de la amenaza al derecho fundamental y que el juez, mucho menos, esté en libertad de ordenar la protección constitucional al margen de toda consideración sobre los derechos fundamentales en peligro. Por el contrario, la medida cautelar reforzada que constituye la tutela como mecanismo transitorio, exige que la amenaza que se cierne sobre los derechos fundamentales de las personas sea de tal naturaleza que, salvo que intervenga la justicia constitucional, se presentará un menoscabo en extremo gravoso para la persona.

La existencia de dicho menoscabo, que supone la adopción de medidas urgentes, requiere un análisis sobre los hechos acaecidos a fin de establecer si el derecho fundamental realmente está en peligro inminente. Si la amenaza ha cesado y se ha verificado una vulneración, la tutela no operará como mecanismo transitorio, pues no se busca evitar el perjuicio, sino que se deberá entrar a declarar su violación y a exigir la reparación. Sin embargo, se repite, dicho análisis no es abstracto. Únicamente las circunstancias particulares y los derechos involucrados en el caso, podrán indicar si resulta procedente la medida cautelar.

Dicho análisis, por otra parte, deberá llevar a establecer si realmente es posible "restablecer" el derecho fundamental violado. Como se ha indicado antes (ver fundamento jurídico 9) circunstancias naturales, jurídicas o institucionales, pueden hacer imposible que el derecho

se restablezca, en el sentido de volver las cosas al estado anterior. Esta consideración parte de reconocer que existe la posibilidad de que hechos amenazantes no agoten el derecho, sino que el perjuicio reviste cierto carácter de tracto sucesivo²¹.

En tales circunstancias -imposibilidad de restablecer, en los términos antes indicados, el goce del derecho-, debe analizarse si es posible que se adopten decisiones que mitiguen, de manera temporal, los efectos del acto amenazante. Si ello no fuera posible, se impone la obligación de reconocer una indemnización por la imposibilidad de disfrutar plenamente el derecho constitucional amenazado.

Sobre este punto, es menester hacer dos precisiones. En primer lugar, que si bien mediante sentencia C-531 de 1993 se declaró la inconstitucionalidad del inciso segundo del numeral 1º. del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, de dicha decisión no se desprende que la indemnización compensatoria esté proscrita de la órbita de la acción de tutela. Simplemente, que no resulta constitucionalmente admisible que se restrinja la noción de perjuicio irremediable a los eventos de indemnización. Como se ha visto, tal circunstancia resulta eminentemente excepcional.

De otra parte, que si bien es deber de los jueces de tutela procurar evitar que prosiga la generación del daño iusfundamental, también ha de admitirse que los jueces están limitados por la misma Constitución y los derechos fundamentales de terceros que pueden colocarse en peligro por la decisión judicial. Esta limitación resulta especialmente importante a la hora de adoptar decisiones en materias en las cuales pueden entrar en conflicto derechos subjetivos, amparados por normas generales o particulares distintas. En tales casos, no puede, so pretexto de proteger -aún transitoriamente- los derechos de una persona, colocar en peligro, violar, desconocer o amenazar los derechos de otra, tal como se estudió en el fundamento 9 de esta providencia.

12. En la tutela como mecanismo transitorio, no basta con la existencia de un peligro inminente para el Derecho Fundamental. Se requiere un presupuesto más: que de consumarse la vulneración, se ocasione un perjuicio irremediable. Es decir, que hay urgencia de tomar medidas cautelares, porque de no hacerlo, se consumiría un daño irreparable.

Como corolario de lo anterior, resulta que si el mecanismo principal únicamente permite una indemnización, en principio resulta imposible acudir a la tutela como mecanismo transitorio.

En estos casos el perjuicio no es irremediable, porque el ciudadano siempre obtendrá la satisfacción de sus derechos a través de la acción principal, sin peligro alguno de daños irreparables, pues está de por medio una satisfacción meramente patrimonial, que en todo caso le será reconocida de manera integral.

Existencia de otros medios de defensa y tutela como mecanismo transitorio. Cargas de diligencia del demandante. Improcedencia de la tutela cuando hay caducidad de la acción principal.

13. La existencia de otro medio de defensa judicial no puede ser considerada en abstracto. No basta que teóricamente exista la posibilidad de acudir a medios ordinarios, sino que, habida consideración de las circunstancias particulares del caso, es necesario comprobar que la posibilidad es cierta. Lo anterior por la sencilla razón de que la tutela transitoria supone necesariamente la tramitación de otro proceso ordinario, frente al cual se acude a la tutela para lograr una protección transitoria o cautelar de los derechos fundamentales.

Ello apareja que si frente al caso concreto no existe la posibilidad de acudir a los medios ordinarios de protección, no puede tramitarse la tutela transitoria, pues en tal evento el mecanismo cautelar se transforma en mecanismo principal.

Cabe preguntarse en qué momento debe analizarse la existencia de otro medio de defensa judicial. La jurisprudencia de la Corte ha sido vacilante en este punto, pues en algunas ocasiones ha considerado necesario que se haya iniciado el proceso antes de acudir a la tutela²², en otros, que existe la carga del demandante de iniciar el proceso, so pena de que los efectos de la sentencia desaparezcan.

En principio, no existe obligación alguna de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la tutela. Basta que dicha posibilidad esté abierta al interponerse la demanda. Con todo, debe observarse que, a fin de no desnaturalizar la figura, en aquellos casos en los cuales las acciones ordinarias están sujetas a caducidad o, en general, a limitaciones temporales, en principio le asiste al demandante la carga de iniciar la acción pertinente, sea al momento de interponerse la acción o durante su trámite -si el término de caducidad opera durante el trámite-.

La anterior exigencia guarda relación directa con la naturaleza cautelar de la tutela

transitoria, pues de caducar o prescribir las posibilidades de acceso a la administración de justicia por causas imputables al demandante, mal puede la tutela fungir como mecanismo para revivir los términos ordinarios. De ser así, la tutela perdería todo carácter transitorio. De tramitarse, a pesar de dicho efecto jurídico, se tornaría en principal. En consecuencia, si los términos de caducidad o prescripción de la acción principal ya han operado, no es procedente la tutela como mecanismo transitorio.

14. En cuanto a los mecanismos de defensa judicial considerados principales u ordinarios, es pertinente tener en cuenta que no todos tienen similares características, pues algunos son procesalmente más rápidos y eficaces que los demás. Así, por ejemplo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa, bien puede ir acompañada de la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo atacado.

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. Sobre esta materia, la Corte ha señalado:

“7.- Sin desconocer que en la práctica los procesos contencioso administrativos pueden resultar prolongados en el tiempo, la Corte estima que, en todo caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí constituye un mecanismo apto, jurídica y materialmente, para asegurar la protección de los derechos de las personas frente a eventuales excesos de la administración. Y ello ocurre, precisamente, porque la misma Constitución (artículo 238) contempla la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos, que es resuelta desde el momento mismo de admitirse la demanda (Artículos 152 y siguientes del C.C.A.). El propio legislador fue consciente de la posibilidad de encontrar procesos enredados en el tiempo, y para ello diseñó esta importante medida. La jurisprudencia de esta Corporación, en anteriores pronunciamientos, ha reconocido expresamente la eficacia de la suspensión provisional, en los siguientes términos:

‘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’. Sentencia T-533/98 MP. Hernando Herrera Vergara. (Subrayado fuera de texto)

En el mismo sentido conviene citar la sentencia T-640/9623 en cuya oportunidad la Corte señaló:

‘(...) 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”. (Subrayado fuera de texto). Sentencia T-127 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Naturaleza cautelar de la tutela como mecanismo transitorio. Imposibilidad de que la tutela transitoria otorgue más de lo que puede dar el mecanismo principal, salvo manifiesta inadecuación del remedio ordinario.

15. Tal como se ha indicado, la tutela transitoria tiene como objeto la adopción de medidas de carácter temporal correspondientes a la duración del proceso ordinario, con el propósito de evitar un perjuicio irremediable. Consustancial a este fin es que el alcance de la medida de protección (medida cautelar), no resulte superior al objetivo final del medio ordinario, ni anule el sentido de éste.

La imposibilidad de que la medida cautelar sea superior o más intensa que el resultado final del medio ordinario se convierte en exigencia, porque si es necesaria una medida de

protección transitoria mayor a la brindada por el mecanismo ordinario, éste se torna ineficaz, de suerte que no puede la tutela fungir como mecanismo temporal. Así mismo, desnaturaliza la tutela transitoria el hecho que la medida temporal de protección anule el proceso ordinario, pues, de igual manera, la tutela se convertiría en mecanismo definitivo.

De ahí que el alcance de la protección brindada mediante la tutela como mecanismo transitorio ha de ser eminentemente precario, básicamente suspensivo, salvo que, como ocurrió en la sentencia SU-039 de 199724, la causa de la violación sea una omisión o abstención, y que la realización del acto en nada incida en la solución final del proceso o que el remedio obtenible por la vía judicial alternativa sea manifiestamente inadecuado para proteger el derecho fundamental invocado. Debe observarse que en dicha oportunidad se recogió de manera genuina el sentido de la medida de protección transitoria, cuando sostuvo que:

“b) Es irrelevante la contradicción existente entre lo decidido por el Consejo de Estado al no acceder a la suspensión provisional y lo que se resolverá en el presente proceso, porque al pronunciarse sobre dicha suspensión no se analizó lo concerniente al aspecto sustancial o de fondo relativo al derecho de participación de la comunidad U'wa.

Por lo demás, tampoco podrá existir contradicción entre lo que se decida en este proceso y lo que resuelva el Consejo de Estado, en el evento de que niegue la nulidad pedida, si se tiene en cuenta que conforme al art. 175 del C.C.A. la cosa juzgada ‘erga omnes’ sólo opera en relación con la ‘causa petendi’ materia de juzgamiento, y como se observó antes en la demanda de nulidad no se señaló como violado el art. 40-2 de la Constitución ni se expuso, por consiguiente, el concepto de su violación. Las referencias que se hacen a dicho artículo en la demanda de nulidad, sin mencionar el numeral 2, son meramente circunstanciales para aludir simplemente a los tipos de mecanismos de participación, pero en modo alguno se formuló un cargo concreto por violación del derecho fundamental de participación de la referida comunidad, con arreglo a la aludida norma”.

De ahí que resulte claro, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, que el alcance de la medida cautelar no puede incidir y terminar por decidir, en una sede incompetente, la causa pretendi en el proceso ordinario.

III. ANALISIS DEL CASO CONCRETO

Tutela como mecanismo principal.

16. Como se ha indicado anteriormente (ver fundamentos 3, 4, 5, 6 y 7) es probable la violación a los derechos fundamentales del demandante.

16.1. El Ex-Registrador considera violado su derecho constitucional al debido proceso, mediante la elección el día 6 de septiembre de 1999 -Acta N° 37-, de un nuevo registrador. La Corte no entrará a analizar los pormenores de la afectación del debido proceso. Se ocupará exclusivamente en estudiar si el medio de defensa judicial -acción de nulidad y restablecimiento del derecho- resulta eficaz para proteger el derecho en cuestión.

16.1.1. A fin de que se pueda acudir a la aludida acción, es menester que exista un acto administrativo susceptible de ser demandado. Podría sostenerse que la decisión adoptada por el Consejo Nacional Electoral, contenida en el Acta N° 37, no era un acto administrativo y que, por lo mismo, no era susceptible de ser demandado. No le corresponde al juez de tutela entrar a establecer, de manera definitiva, la naturaleza del acta en cuestión. Es suficiente constatar que dichos actos han sido objeto de demanda ante el contencioso y que, además, no se ha negado el carácter de acto administrativo.

Sobre el particular resulta ilustrativo el caso del ciudadano Orlando Abello Martínez-Aparicio, quien consideró que había sido removido ilegalmente del cargo de Registrador Nacional del Estado Civil. La decisión adoptada contra este ciudadano quedó consignada en el Acta No. 58 del 23 de noviembre de 1994. Luego del proceso adelantado ante la jurisdicción especializada, el Consejo de Estado, al confirmar la Sentencia del Tribunal de Cundinamarca, declaró la nulidad y ordenó el pago de las sumas adeudadas al demandante, pues determinó que, en su caso, el acto administrativo mediante el cual se adoptó la decisión de removerlo del empleo, fue expedido con violación de las normas que regulan el trámite a seguir para desvincular al Registrador Nacional del Estado Civil.²⁵

El hecho de que el citado ciudadano hubiese podido acudir, por razones similares a las consideradas en esta oportunidad, ante la justicia contenciosa, para demandar un acto contenido en una acta, constituye claro indicio sobre la naturaleza del acto en cuestión.

Resulta pertinente, para dilucidar definitivamente el asunto, considerar la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en

el proceso de nulidad electoral promovido por Gonzalo Javier Zambrano Velandia de las actas 037 y 039, de 1999, del Consejo Nacional Electoral²⁶.

En dicha oportunidad, el Consejo de Estado indicó que:

“Como ya se dijo al resolver sobre la ineptitud de la demanda alegada por incluirse en ella la nulidad de la confirmación de la elección del Registrador Nacional del Estado Civil, (Acta No. 39 del 15 de septiembre de 1999 del Consejo Nacional Electoral), dicho acto no constituye una decisión administrativa que con la elección forme un acto complejo, que por lo mismo deba ser sometido al control de esta jurisdicción, por lo cual la Sala se abstendrá de emitir una decisión de fondo sobre su legalidad, limitando en consecuencia el juzgamiento al acto de elección comprendido en el Acta No. 37 del 6 de septiembre de 1999 de la mencionada Corporación.”

De la anterior argumentación se desprende claramente que el Acta N° 37 era susceptible de ser demandada ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Razón suficiente para considerar este primer aspecto superado.

16.1.2. El segundo punto a estudiar tiene que ver con la procedencia misma de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para lograr la protección de los derechos del demandante.

Dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa, las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por propósito garantizar la supremacía del orden jurídico. El componente de restablecimiento del derecho, en la segunda acción, busca que se reparen o restauren los derechos desconocidos por la violación del orden jurídico. En sentencia C-199 de 1997²⁷, la Corte analizó in extenso estas acciones. En dicha oportunidad señaló:

“Dentro de las acciones consagradas por la vía jurisdiccional contenciosa administrativa para la defensa de los derechos e intereses particulares y generales conculcados en la actividad de la administración, así como para garantizar la supremacía del orden jurídico, se encuentran las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho...” (Negrillas fuera del texto).

Al estudiarse la acción de nulidad, argumentos que son extensibles a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Corte destacó su función protectora del principio de legalidad:

“De esta manera, la finalidad de la acción de nulidad del acto administrativo demandado es la tutela del orden jurídico, a fin de que aquel que quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho. Esta acción se encuentra consagrada en interés general para que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta sobre los actos de la administración de inferior categoría, y por ello puede ser ejercida en todo el tiempo por cualquier persona.”²⁸ (Negrillas fuera del texto).

En cuanto al concepto de legalidad, la Corte la ha definido en los siguientes términos:

“El principio de legalidad consiste en que la administración está sujeta en el desarrollo de sus actividades, al ordenamiento jurídico, razón por la cual todos los actos y las decisiones que profiera, así como las actuaciones que realice, deben ajustarse a lo dispuesto en la Constitución y la ley.”²⁹

Con posterioridad, en sentencia C-1436 de 200030, la Corte indicó:

“Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.”

El sometimiento de la administración a las normas superiores -supuesto conceptual del principio de legalidad- implica que la administración debe respetar tanto las normas formales como las sustanciales a la hora de adoptar decisiones (dictar actos administrativos). Dicho respeto, cabe señalar, comprende en el nivel constitucional, el debido proceso. En efecto, el artículo 29 de la Carta señala que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones... administrativas”. El concepto de debido proceso no puede restringirse únicamente al respeto por los aspectos formales o de trámite (el proceso), sino que hace

parte integrante de éste que se apliquen las normas superiores sustantivas.

En este orden de ideas, resulta claro que si el demandante consideró violado su derecho fundamental al debido proceso por la expedición de un acto administrativo que desconoció normas sustanciales o de trámite, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prima facie, resultaba eficaz, pues el restablecimiento del debido proceso, en tanto que exige el respeto por el principio de legalidad, constituye, en últimas, la razón de ser de tal procedimiento judicial.

Podría objetarse que el principio de legalidad difiere del derecho al debido proceso, pues, como su nombre lo indica, el derecho supone que se trata del respeto por el procedimiento debido, es decir, exigido constitucional y legalmente. La Corte no objeta que pueda existir diferencias conceptuales entre los dos términos; sin embargo, en el plano de la realización y efectividad de los derechos, resulta evidente que el principio de legalidad, se subsume dentro de un concepto amplio de debido proceso. Mas aún, no es posible proteger el debido proceso, si no se entiende que hace parte de él el principio de legalidad. La Corte ya había asumido esta postura al señalar que:

“Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.

En este sentido, debemos decir que la administración debe actuar con sujeción al orden público normativo, entendido éste como “el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia...” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas), en

donde el legislador ha previsto, como una forma de mantener el respeto por ese orden normativo, las acciones de simple nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo), cuyo propósito principal es la conservación y restitución del principio de legalidad y las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del Código Contencioso Administrativo), en las que no sólo se busca la efectividad del principio de legalidad sino la indemnización de los daños causados con la expedición del acto administrativo correspondiente.

Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral.”³¹ (Negrillas y subrayado fuera del texto).

En estas condiciones, en principio resulta insostenible aducir que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta ineficaz para la protección del debido proceso, presuntamente conculcado por el Consejo Nacional Electoral mediante la designación de un nuevo registrador.

No sobra en este punto revisar nuevamente la sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el proceso de nulidad electoral promovido por Gonzalo Javier Zambrano Velandia de las actas 037 y 039, de 1999, del Consejo Nacional Electoral³².

En ella, el primer punto considerado tiene que ver con una indebida acumulación de pretensiones. El actor en dicho proceso solicitaba que una vez se declarara la nulidad del Acta N° 037, se dispusiera el reintegro del Calderón Bruges. La Sección resolvió el punto en los siguientes términos:

“Se plantea esta excepción sobre la base de considerar que se impugnan los actos mediante la acción electoral porque se han desconocido con ellos los derechos del señor Jaime Calderón Bruges, cubriendo así la finalidad indiscutible de obtener su restablecimiento, desvirtuándose el alcance de la acción de nulidad electoral para convertir el proceso en una mezcla inaceptable de situaciones objetivas y subjetivas.

Ha expuesto la Corporación en reiterada jurisprudencia que los actos electorales son de carácter particular, susceptibles de enjuiciamiento por vía de la acción pública electoral, que puede ejercer cualquier persona, pero con el exclusivo objeto de salvaguardar el orden jurídico general que en este caso reside en el natural desenvolvimiento del proceso de elección y en el respeto al régimen de inhabilidades, de tal manera que la decisión judicial no puede tener el efecto de restablecer derechos particulares, como se desprende de una atenta lectura a los artículos 223 y siguientes del C.C.A. La persona directamente afectada con el acto de elección puede ejercer la acción de restablecimiento de sus derechos por medio de la acción subjetiva que se tramita por la vía ordinaria, no por la vía especial consagrada para la acción pública.

En el asunto sometido a consideración de la Sala, la acción ejercida es la electoral, luego dentro de las pretensiones no se contempla la del restablecimiento del derecho en beneficio del señor Jaime Calderón Brugés, lo cual sería incorrecto, ni operaría en forma automática dicho restablecimiento, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la elección de su sucesor. Así las cosas, la excepción planteada carece de sustento.”

Cabe señalar que la sentencia indicada finaliza con la siguiente consideración:

“Pero ante todo se observa que la acusación se dirige a que se protejan derechos particulares ajenos al proceso electoral, concretamente los del designado con anterioridad Registrador Nacional del Estado Civil, derechos que pueden ser reclamados en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., según lo dicho en acápite precedentes.”

Debe destacarse que la jurisdicción contenciosa administrativa ha ordenado, en numerosas ocasiones, el reintegro de servidores públicos irregularmente separados de su cargo, como resultado del trámite de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. Para efectos meramente ilustrativos, se pueden considerar las siguientes sentencias dictadas por la sección segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo durante el año 2000:

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Radicación 415-99, Actor: Hector Julio Gutiérrez Pinzón. Sentencia del 17 de febrero de 2000.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejera Ponente:

Ana Margarita Olaya Forero, Radicación 93-99, Actor: Vladimiro Bayona Gómez. Sentencia del 3 de febrero de 2000.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Carlos A. Orjuela Góngora, Radicación 120598/689/2.000, Actor: Juan Carlos Polanía Sicard. Sentencia del 27 de julio de 2000.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado, Radicación 659-00, Actor: Wilson Vargas Marín y otros. Sentencia del 24 de agosto de 2000.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado, Radicación 574, Actor: Gustavo Gálvis Alvarez. Sentencia del 21 de septiembre de 2000.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Carlos A. Orjuela Góngora, Radicación 962359 (497-2000), Actor: Darío Quintero Jaramillo. Sentencia del 3 de agosto de 2000.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: María Constanza Gómez, Radicación 40425 (433-2000), Actor: Juan Carlos Polanía Sicard. Sentencia del 3 de agosto de 2000.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Luis Arturo Serrano Monsalve, Radicación 15424/3247/99, Actor: Juan Carlos Polanía Sicard. Sentencia del 6 de abril de 2000.

Lo anterior es suficiente para comprobar que el demandante podía acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, demandar la nulidad del Acta N° 037 de 1999 del Consejo Nacional Electoral y solicitar el reintegro al cargo que ocupaba y en caso en que ello no fuere jurídicamente posible, exigir una indemnización. De ahí que se considera que el medio ordinario resultaba efectivo para la protección de sus derechos.

16.1.4. Finalmente, podría aducirse que el acto nunca fue notificado, razón por la cual es inexistente e imposible de demandar. La Corte no comparte esta postura. La publicidad de los actos jurídicos -leyes o actos administrativos- no tiene relación con su existencia, sino con

su oponibilidad³³. En la sentencia T-419 de 1994, la Corte recordó:

“El ordenamiento jurídico sanciona el acto no notificado con su ineficacia o inoponibilidad. La ley condiciona los efectos de una decisión que pone término a un trámite administrativo a su notificación, a menos que la parte interesada conociendo de la misma, convenga o ejercite en tiempo los recursos legales (C.C.A. art. 48). Así, pues, mientras no se surta o realice materialmente la notificación, la decisión administrativa respectiva carece de efectos jurídicos respecto del administrado, o sea, es ineficaz. Sobre el particular, la jurisprudencia³⁴ y la doctrina administrativas han señalado que los actos administrativos no notificados ‘ni aprovechan ni perjudican’, cabe decir, son “inoponibles al interesado.”³⁵

Ahora bien, el demandante al acudir a la tutela, alegando la existencia del mencionado acto administrativo, realmente confiesa conocer el contenido del acto, lo que constituye, para efectos constitucionales, una notificación por conducta concluyente. De ahí que, durante el trámite de la tutela no pudiera considerarse (i) que el acto era inexistente, por contrariar la función de la notificación dentro de los trámites administrativos y (ii) que el acto era desconocido, ya que desconoce la actuación misma del demandante.

En el caso objeto de revisión, el supuesto desconocimiento del derecho a acceder a cargos públicos sería el resultado de la designación de otra persona para ocupar el cargo que ejercía el demandante. Así, no podría, mediante la tutela y sin consideración de los derechos de quien fue designado, ordenarse el reintegro.

Como se indicó, el ejercicio del derecho en cuestión, al analizarse el caso particular, implica tener presente la normatividad relativa a las condiciones bajo las cuales se puede acceder a un cargo, aquellas bajo las cuales puede ser retirado, etc. Habiéndose retirado el demandante de su cargo, por efecto de un acto administrativo de designación de otra persona, necesariamente la jurisdicción constitucional se vería forzada a entrar a analizar temas de estricto resorte legal, lo cual, en el presente caso, no le compete.

Dicho análisis es de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y únicamente en dicha instancia podría, eventualmente, tenerse presentes los derechos de los terceros que podrían verse afectados por la decisión. De ahí que no pueda reputarse ineficaz el medio ordinario: acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

16.2. El segundo derecho presuntamente violado es el derecho a acceder a cargos y funciones públicas. Tal como se analizó en el fundamento 6 de esta sentencia, no es posible tutelar dicho derecho cuando su eventual violación deriva de la violación de otro derecho fundamental. En el presente caso se observa que la supuesta violación a este derecho es el resultado de una violación al derecho al debido proceso. También se ha concluido que el demandante podía acudir ante la jurisdicción contenciosa-administrativa con el fin de lograr la protección de su derecho fundamental al debido proceso.

Ahora bien, debe destacarse, como se indicó en el fundamento 16.1.2, que mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es posible ordenar el reintegro de un servidor público arbitrariamente separado de su cargo o la indemnización plena. Es decir, salta a la vista que constituye un mecanismo eficaz de protección.

17. De acuerdo con las consideraciones precedentes, resulta claro que el demandante contaba con otro medio de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, por conducto de la justicia contenciosa administrativa. Ahora bien, siguiendo la argumentación del demandante, podría sostenerse que la decisión de la justicia contenciosa administrativa resultaría inoportuna, por tardía, para garantizar el goce de sus derechos constitucionales.

Ello lleva a la Corte a recordar las reglas de decisión antes consideradas (fundamento jurídico 9), pues resulta claro que, de aceptarse la tutela como mecanismo principal, el juez de tutela estaría enfrentado a la necesidad de establecer si era natural o jurídicamente posible garantizar la permanencia del demandante en el cargo de Registrador e intentar ponderar entre los derechos del demandante y la persona que ocupa el cargo de Registrador.

En virtud del principio de legalidad debe presumirse que el nombramiento del nuevo registrador es válido. La discusión sobre la validez de dicho nombramiento no le compete al juez de tutela, máxime cuando el beneficiario no es parte del presente proceso. Por lo tanto, resulta imperioso intentar armonizar los derechos en conflicto. Con todo, salta a la vista que, por tratarse de derechos cuyo goce dependen por entero de la ocupación de un cargo público, no es posible armonizar mediante prestaciones in natura, lo que llevaría a explorar la posibilidad de ordenar una indemnización. Sin embargo, por tratarse de un asunto monetario, el argumento de la falta de oportunidad de la decisión contenciosa administrativa resulta

insostenible.

En conclusión, en el presente caso la tutela no procede como mecanismo principal de protección y, por lo tanto, por este aspecto, se debe declarar improcedente.

Tutela como mecanismo transitorio.

18. En el presente caso, la solicitud de amparo correspondió al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, despacho judicial que recibió la petición correspondiente el día ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

El doctor Ivan Duque Escobar fue elegido para un término de cinco (5) años, contados desde el primero (1º) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999), día siguiente al período constitucional para el cual se había elegido inicialmente al Dr. Orlando Abello Martínez-Aparicio, quien fue removido y reemplazado por el doctor Jaime Calderón Brugés.

El Consejo Nacional Electoral eligió al doctor Ivan Duque Escobar en reemplazo de Jaime Calderón Brugés, el día seis (6) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Es decir, la jurisdicción constitucional en materia de tutela tuvo conocimiento del hecho dos (2) días después de que el accionante fuera removido del cargo.

El Consejo Nacional Electoral explicó ante el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, que procedió de tal manera por considerar que los periodos para el ejercicio del cargo de Registrador Nacional del Estado Civil son institucionales, según lo dispuesto en los artículos 266 y 33 Transitorio de la Constitución Política.

Como se ha dicho, la jurisdicción constitucional conoció de la solicitud de amparo dos (2) días después de que el Consejo Nacional Electoral había designado el reemplazo del accionante. Sin embargo, el Dr. Jaime Calderón Brugés solicitó que no se procediera al “acto de confirmación”, por estimar que el Consejo Nacional Electoral estaría revocando un acto de contenido particular sin su consentimiento.

El acto administrativo mediante el cual se ordenó remover de su cargo al accionante, corresponde al acta No. 37 del seis (6) de septiembre de 1999, en la cual consta la elección del Dr. Ivan Duque Escobar como Registrador Nacional de Estado Civil, para el período constitucional que se inició el 1º. de octubre de 1999.

Para el ocho (8) de septiembre de 1999, fecha en la cual el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito conoció de la petición de tutela, la decisión ya había sido adoptada. Debe observarse que, conforme a la petición elevada por el demandante al a-quo antes de que éste conociera del proceso, el demandante ya conocía de la decisión y, al acudir a la tutela para oponerse a ella, no puede sostenerse que el acto administrativo de remoción no hubiese sido notificado, pues tal conducta constituye, en el ámbito del derecho constitucional, una “notificación por conducta concluyente”. Si dicha conducta realmente suplía la necesidad de notificación personal es un asunto que no le compete a la jurisdicción constitucional resolver, sino que debería debatirse dentro del proceso contencioso administrativo correspondiente.

Por lo tanto, existiendo un acto administrativo que había sido publicitado, el demandante podía acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para impugnar el acto a través del cual se dispuso removerlo del cargo de Registrador Nacional del Estado Civil. Al tener una vía ordinaria y eficaz, la Corte considera improcedente la tutela como mecanismo principal,

18.1. El demandante, de manera expresa, indicó que acudía a la tutela como mecanismo transitorio (también lo hizo respecto de la tutela como mecanismo principal). Esta manifestación le generaba la carga de acudir ante la justicia contenciosa administrativa a fin de demandar el acto de remoción. La comprobada negativa del demandante de iniciar la respectiva demanda obliga a la Corte a declarar improcedente la demanda, pues la demanda de tutela no lo relevaba de la carga de iniciar el proceso contencioso y, más aún, solicitar que se suspendiera el acto administrativo demandado. Sobre este punto debe dejarse en claro que la tutela no puede tener por efecto revivir términos caducos. Lo anterior se explica, tratándose de tutela como mecanismo transitorio, por su naturaleza cautelar mientras se tramita el proceso ordinario.

La anterior consideración basta para declarar improcedente la tutela. Sin embargo, se analizará si en el caso concreto existía perjuicio irremediable, pues la corporación estima necesario hacer precisiones sobre este punto.

18.2. La acción de tutela como mecanismo transitorio únicamente opera cuando se amenaza un derecho fundamental y el juez tiene la posibilidad de adoptar una medida temporal de protección, para evitar un perjuicio irremediable. En materia de debido proceso

administrativo, salvo que se trate de una serie de hechos concatenados, resulta en extremo difícil sostener que una persona se enfrenta a un posible perjuicio irremediable en razón al peligro de que el derecho se viole. La Corte no descarta la posibilidad, sin embargo, para que proceda, resulta necesario que la administración no haya adoptado la decisión, pues en tal caso, se estará frente a una violación y no ante la puesta en peligro del derecho.

Debe tenerse presente que si bien la Carta autoriza, de manera hipotética, la tutela como mecanismo transitorio frente a todo derecho fundamental, no puede perderse de vista la naturaleza propia del derecho en cuestión, en particular su núcleo esencial, del que se desprende que el desconocimiento de cualquier etapa o procedimiento supone su violación.

En suma, frente al hecho consumado que constituye un eventual daño, no cabe tutela como mecanismo transitorio.

18.3. Resta analizar el derecho a acceder a cargos y funciones públicas. Tal como se indicó, en el presente caso la eventual violación o amenaza a dicho derecho estaría representada en el hecho de que el demandante no puede ejercer el cargo. ¿Cómo se evitaría el perjuicio irremediable, habida consideración de que otra persona ocupa el cargo? La única solución consistiría en remover a dicha persona. Sin embargo, ello resulta jurídicamente imposible, pues su nombramiento está amparado por la presunción de legalidad, la cual sólo es posible desvirtuar por los cauces judiciales correspondientes, y no mediante la acción tutela.

Este hecho, por otra parte, desvirtúa el carácter inminente del daño, pues habiéndose consolidado un derecho subjetivo en cabeza de otra persona para ocupar el cargo, desaparece la opción de prever el daño o mitigar sus efectos, sin entrar a analizar la existencia del derecho que ampara a quien ahora funge como Registrador Nacional del Estado Civil.

Se podría optar, por ordenar el pago de la indemnización. Sin embargo, no se estaría frente a la amenaza que se busca conjurar, sino frente al reconocimiento de la violación del derecho, asunto que no es objeto del presente juicio, sino que debe tramitarse ante la justicia contenciosa administrativa. Por lo tanto, como no se aprecia perjuicio irremediable alguno que se pudiera evitar, no procede la tutela como mecanismo transitorio.

III. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, por cuanto la acción resultaba improcedente, la sentencia del 27 de octubre de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, que a su vez confirmó el fallo del 17 de septiembre del mismo año, mediante el cual el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá negó la tutela.

SEGUNDO: Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia SU.544/01

DERECHO AL DESEMPEÑO DE CARGOS Y FUNCIONES PUBLICAS-Contenido/REGISTRADOR NACIONAL DEL ESTADO CIVIL-Remoción del cargo (Salvamento de voto)

El derecho subjetivo de una persona a desempeñar un cargo y, por consiguiente, a realizar sus respectivas funciones, sólo se puede ejercer cuando la persona ya ha accedido al mismo, de conformidad con una correcta aplicación de las reglas y procedimientos establecidos para ello. Antes de acceder al cargo, y de estar posesionada en el mismo, como es lógico, la persona no puede ejercer ni una sola de las funciones que le corresponden. Cuando se ha efectuado un nombramiento en un cargo, como Registrador Nacional del Estado Civil, y se niega a dársele nuevamente posesión (sin siquiera removerlo formalmente del cargo), se está afectando el núcleo esencial del derecho fundamental a desempeñar un cargo público, pues se está impidiendo su ejercicio. Por supuesto, como todos los derechos fundamentales, el derecho a desempeñar funciones públicas tiene un fundamento objetivo, que se relaciona de manera directa con la parte dogmática de la Constitución, es decir, con los principios, valores y objetivos consagrados en la Carta Política. En este sentido, el derecho a desempeñar cargos y funciones públicas tiene un vínculo objetivo no sólo con el carácter democrático y participativo de nuestro Estado social de derecho, sino además, con el trabajo como principio fundamental de dicho Estado. Desconocer la relación que existe entre el derecho a desempeñar materialmente un cargo público una vez se ha sido nombrado o elegido, y el trabajo como principio fundamental -como aspecto objetivo del derecho fundamental-, aduciendo que el derecho al trabajo no lleva consigo la prerrogativa individual de permanecer en un puesto determinado, implica vaciar por completo el contenido del derecho a desempeñar cargos y funciones públicas.

ACTO PROPIO-Respeto (Salvamento de voto)

El irrespeto de la administración por sus propios actos, en la medida en que afecta a los particulares, traiciona el principio de la buena fe que los administrados depositan en la actuación del Estado. Este principio de la buena fe en la administración, tal como ha sido recogido por la jurisprudencia constitucional, cobija no sólo los derechos en cabeza de los administrados, además tiene el alcance de proteger las expectativas legítimas que los administrados tienen con base en la actuación de la administración. Esto es lo que se ha denominado la confianza legítima. Ahora bien, si en sus actuaciones los órganos del Estado están obligados a proteger las expectativas legítimas de los administrados, con mayor razón tienen el deber de respetar los derechos que ellos mismos les han otorgado. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce dicha obligación e impone restricciones a la potestad de la administración para revocar sus propios actos. Así, en la medida en que no se configure una de las causales específicas establecidas en la ley, la administración tiene proscrito revocar sus actos cuando en ellos se consoliden situaciones particulares y concretas, a menos que obtenga el permiso escrito del afectado. En el resto de los casos, la administración está obligada a demandar su propio acto, es decir, carece de competencia para revertir lo que ella misma consolidó. Ello significa que, independientemente de si la administración revierte su propio acto mediante la figura de la revocatoria directa, lo desconoce de facto, o a través de cualquier otro mecanismo, estará actuando por fuera de su competencia y estará vulnerando el debido proceso administrativo, además, con el objetivo de desconocer un derecho que ella misma ha reconocido.

REGISTRADOR NACIONAL DEL ESTADO CIVIL-Inaplicación por inconstitucionalidad de acto de nombramiento (Salvamento de voto)

El nombramiento se encontraba cobijado por la presunción de legalidad y de constitucionalidad en el momento en que el Consejo Nacional Electoral decidió inaplicarlo por inconstitucional, considerando que el período del Registrador era institucional y no personal, de acuerdo con una interpretación jurisprudencial del Consejo de Estado. Dicha inaplicación del acto administrativo de nombramiento de Calderón Brugés constituyó el presupuesto necesario para nombrar a Iván Duque Escobar como nuevo Registrador. Por supuesto, la inaplicación del acto de nombramiento no constituye un acto de remoción del cargo, ni siquiera equivale a su anulación. Tampoco vinculaba formalmente a Calderón, y por lo tanto no le había sido notificado. En la medida en que el acto de nombramiento de Duque Escobar no afectaba, por sí mismo, el nombramiento de Calderón Brugés, sino que simplemente

inaplicaba el acto de nombramiento, se ve claramente que el medio utilizado no es ni razonable ni adecuado para lograr el objetivo que se propuso el Consejo Nacional Electoral.

REGISTRADOR NACIONAL DEL ESTADO CIVIL-Periodo e inaplicación por inconstitucionalidad del acto de nombramiento (Salvamento de voto)

¿Qué relación existe entre la consideración acerca de la naturaleza del período del Registrador y la presunta inconstitucionalidad del nombramiento de dicho funcionario? La ilegalidad o inconstitucionalidad de un acto de la administración es un juicio que se debe predicar del acto en sí mismo y que, por tanto, se debe derivar de su contenido, o eventualmente de su motivación. Por otra parte, para inaplicar una determinada norma jurídica por inconstitucional, cuando se tiene el deber legal de aplicarla, dicha norma debe ser abiertamente inconstitucional. Las diversas interpretaciones acerca del carácter personal o institucional del período hechas por diversas corporaciones judiciales no constituyen un fundamento para declarar su inconstitucionalidad, pues simplemente no son predicables del contenido del acto de nombramiento. Adicionalmente, las autoridades administrativas no pueden “inaplicar” los actos administrativos de carácter particular y concreto, pues el artículo 4º de la Constitución se refiere a que en todo caso de incompatibilidad entre ésta y otras “normas jurídicas”, se aplicarán las disposiciones constitucionales como fundamento de la decisión, pero es absurdo que la Constitución entre a reemplazar la decisión concreta. Lo anterior significa que el artículo 4º de la Constitución se refiere a las normas de carácter general y abstracto que sirven como fundamento jurídico para adoptar sus decisiones particulares mediante los respectivos actos administrativos. Sin embargo, ello no quiere decir que puedan “inaplicar” estas decisiones particulares y concretas, pues, de ser así, el artículo 4º se constituiría en patente de corso para vulnerar los derechos de las personas so pretexto de la cláusula de prevalencia de la Constitución, lo cual es completamente ajeno a la voluntad del constituyente. En esa medida, el nombramiento hecho por el Consejo Nacional Electoral, no podía considerarse inconstitucional con base en la tesis esgrimida durante un tiempo por algunas secciones del Consejo de Estado.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Y DERECHO AL DEBIDO PROCESO-
No es idónea para protegerlo/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Y
DERECHO AL DESEMPEÑO DE CARGOS Y FUNCIONES PUBLICAS-No es idónea para protegerlo
(Salvamento de voto)

En el presente caso la Corte consideró que existía un medio de defensa judicial principal como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, esta acción no es idónea para proteger el derecho al debido proceso ni el derecho a desempeñar cargos y funciones públicas. En particular, no permite la protección del derecho a desempeñar cargos y funciones públicas porque para el momento en que termine el proceso y se declare la nulidad ya el restablecimiento del demandante en el cargo será jurídicamente imposible. En esa medida, mediante dicha acción será imposible proteger o restablecer el ejercicio concreto del derecho, el cual hace parte de su contenido esencial de acuerdo con la forma como la jurisprudencia lo había interpretado hasta este momento.

Demandante: Jaime Calderón Brugés

Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett

Con el acostumbrado respeto, pero también con profunda preocupación por el caso en concreto y por las repercusiones que tiene para la jurisprudencia constitucional, los suscritos magistrados nos apartamos de la posición mayoritaria de la Corte en la presente Sentencia.

Consideramos que la decisión de la Corte restringe el contenido y los alcances de los derechos invocados hasta el punto de desconocer su núcleo esencial, y por otra parte, que extiende el principio de subsidiariedad de la acción de tutela hasta volverla inoperante.

1. El derecho a desempeñar funciones y cargos públicos

En primer lugar, conviene destacar que la solicitud de protección invocada por el demandante no se refería propiamente al acceso a cargos públicos, sino a su desempeño. La diferencia entre el derecho a acceder y el derecho a desempeñar cargos públicos, aunque aparentemente sutil, muestra cómo, cada uno de los dos tiene objetos de protección diferentes. Por supuesto, el derecho de acceso a un cargo público no protege el desempeño efectivo del mismo, sino que implica un conjunto de garantías aplicables a los mecanismos de nombramiento, elección y ascenso en el desempeño funciones y cargos públicos. Es decir, el derecho de acceder a un cargo o función se predica de aquellas personas que no han accedido efectivamente a dichos cargos. Este derecho se ejerce cuando la persona interesada exige la correcta aplicación de las garantías, reglas y procedimiento para acceder al respectivo cargo.

Por su parte, como es obvio, el derecho subjetivo de una persona a desempeñar un cargo y, por consiguiente, a realizar sus respectivas funciones, sólo se puede ejercer cuando la persona ya ha accedido al mismo, de conformidad con una correcta aplicación de las reglas y procedimientos establecidos para ello. Antes de acceder al cargo, y de estar posesionada en el mismo, como es lógico, la persona no puede ejercer ni una sola de las funciones que le corresponden. La Corte Constitucional ha reconocido esta distinción desde sus inicios. Tanto es así, que en la Sentencia T-003/92 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), en el cual la Corte analizó el caso de una contralora departamental a la que el gobernador se había negado a dar posesión a pesar de haber sido nombrada -como fue también nombrado Jaime Calderón Brugés en el cargo de contralor general-, estableció claramente lo siguiente:

“El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -genérico- cual es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa.”

(...)

“Ahora bien, para que el derecho enunciado pueda ejercerse de manera efectiva es indispensable, ante todo, que concurren dos elementos exigidos por la misma Carta: la elección o nombramiento, acto condición que implica designación que el Estado hace, por conducto del funcionario o corporación competente, en cabeza de una persona para que ejerza las funciones, deberes y responsabilidades que el ordenamiento jurídico ha previsto respecto de un determinado cargo, y la posesión, es decir, el hecho en cuya virtud la persona asume, en efecto, esas funciones, deberes y responsabilidades, bajo promesa solemne de desempeñarlos con arreglo a la Constitución y la ley5.”

“Mientras la persona no se ha posesionado, le está vedada cualquier actuación en desarrollo de las atribuciones y actividades que corresponden al cargo, de tal modo que, pese a su designación, carece del carácter de servidor público. Es la posesión, en tal sentido, un requisito sine qua non para iniciar el desempeño de la función pública, pues, según el artículo 122 de la Carta Política, “ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le

incumben”.

“Si la participación en la función pública es, como lo hemos visto, un derecho cuyo ejercicio está pendiente de la posesión, negarla a un ciudadano ya nombrado o elegido -a no ser que falte alguno de los requisitos legales- implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio.”

Por lo tanto, cuando se ha efectuado un nombramiento en un cargo, como es el caso de Calderón Brugés como Registrador Nacional del Estado Civil, y se niega a dársele nuevamente posesión (sin siquiera removerlo formalmente del cargo), se está afectando el núcleo esencial del derecho fundamental a desempeñar un cargo público, pues se está impidiendo su ejercicio.³⁷

Por supuesto, como todos los derechos fundamentales, el derecho a desempeñar funciones públicas tiene un fundamento objetivo, que se relaciona de manera directa con la parte dogmática de la Constitución, es decir, con los principios, valores y objetivos consagrados en la Carta Política.³⁸ En este sentido, el derecho a desempeñar cargos y funciones públicas tiene un vínculo objetivo no sólo con el carácter democrático y participativo de nuestro Estado social de derecho, sino además, con el trabajo como principio fundamental de dicho Estado.

Desconocer la relación que existe entre el derecho a desempeñar materialmente un cargo público una vez se ha sido nombrado o elegido, y el trabajo como principio fundamental -como aspecto objetivo del derecho fundamental-, aduciendo que el derecho al trabajo no lleva consigo la prerrogativa individual de permanecer en un puesto determinado, implica vaciar por completo el contenido del derecho a desempeñar cargos y funciones públicas.³⁹

2 La vulneración de los derechos del demandante.

Ahora bien, ¿qué fundamento constitucional puede tener dicha restricción? Si se trata de una restricción legítima del derecho frente a otro bien jurídicamente superior, y no de su simple vulneración, ¿cuál es ese otro bien jurídicamente prevalente, que, al no poderse armonizar, justifica una restricción del derecho fundamental? Por otra parte, aunque la existencia de un objetivo superior justificara una “restricción” del derecho a desempeñar cargos y funciones públicas, la forma como la entidad demandada llevó a cabo dicho objetivo

tampoco puede estar exenta de un juicio de constitucionalidad. Mediante este juicio se pretende determinar si se vulneraron las garantías específicas que componen el derecho al debido proceso del demandante y por lo tanto, si el medio utilizado por la administración se justifica para conseguir estos objetivos constitucionalmente superiores.

Podría afirmarse que se trata del interés de la comunidad en el adecuado cumplimiento de la función pública desempeñada por el Registrador Nacional del Estado Civil. Las funciones desempeñadas por el Registrador son sin duda esenciales para garantizar a las personas sus derechos civiles y políticos más fundamentales. Sin embargo, la posesión y el desempeño efectivo de Calderón Brugés como Registrador Nacional, por sí mismos, no pueden representar un riesgo para el desempeño de la función pública. Por el contrario, ha dicho la Corte que el adecuado cumplimiento de la función pública está en relación directa con la estabilidad de los funcionarios en los cargos. En la Sentencia T-759/99 la Corte tuteló los derechos al debido proceso y a desempeñar cargos y funciones públicas de una concejal de Santa Marta que había sido nombrada en la mesa directiva del Concejo, el cual después decidió revocar su nombramiento. En aquella oportunidad la Corte sostuvo dentro de sus consideraciones lo siguiente:

“Por lo demás, razones del buen servicio administrativo, fundadas en los principios relativos a la necesidad de dar satisfacción de los intereses generales, de igualdad, eficacia e imparcialidad, que rigen la función administrativa, determinan que la conformación de las mesas directivas de los concejos municipales y distritales se mantengan estables durante el periodo respectivo, pues el cambio de éstas sin motivo legítimo impide o por lo menos dificulta el adecuado funcionamiento de estos cuerpos colegiados y les resta credibilidad a sus actuaciones frente a la comunidad.”

En esa medida, no puede afirmarse que las necesidades del servicio en el caso de Calderón Brugés constituyeran un fundamento jurídicamente superior que justificara la decisión de negar la protección solicitada. Sin embargo, aun aceptando que sí la hubiera, la legitimidad de la finalidad perseguida por el Consejo Nacional Electoral no implica que la medida utilizada para conseguirla estuviera justificada. Dentro de cualquier Estado de Derecho la actuación concreta de los órganos del Estado está sujeta también al ordenamiento jurídico, independientemente de que la finalidad en sí misma esté justificada. Es necesario entonces que la administración logre sus cometidos y a la vez, que su actuación esté sujeta al

ordenamiento. La necesidad de permitirle a la administración cumplir sus cometidos enmarcando sus actos dentro del ordenamiento jurídico tiene como consecuencia que sus actos se presumen constitucionales y legales. De otro modo, no podría ejecutar por sí y ante sí sus decisiones.

En principio, los nombramientos que hace el Consejo Nacional Electoral están cobijados por la presunción de legalidad y de constitucionalidad. El problema consiste entonces en determinar quién, cómo y con fundamento en qué criterios se puede desvirtuar dicha presunción. Esta presunción de legalidad y de constitucionalidad de los nombramientos es un atributo de la actividad de la administración que, vista desde su perspectiva constituye una prerrogativa que le permite la ejecución de sus decisiones. Sin embargo, además es una garantía de los vinculados por la respectiva decisión, en cuanto consolide en ellos situaciones particulares y concretas -en este caso el derecho a desempeñar el cargo y las funciones de Registrador Nacional-. Esta garantía para el particular vinculado por el acto de la administración ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional. En reiteradas oportunidades, la Corte ha dicho que la administración está sujeta al principio de respeto por sus propios actos y que no puede, sin más, venirse contra ellos.

“10. Los actos administrativos que crean o modifican una situación jurídica particular y concreta o un derecho de igual categoría no pueden ser revocados por la autoridad competente sin el consentimiento de su titular (C.C.A. art. 73). El principio de la estabilidad de los actos administrativos protege los legítimos intereses y derechos adquiridos de aquellas personas beneficiarias de una decisión oficial particular y concreta. La confianza legítima en la administración se vería lesionada si la permanencia y seguridad de un acto suyo dependiera de la discrecionalidad del funcionario de turno.”

“Por tal motivo, la ley establece los casos y procedimientos por los cuales hay lugar a suspender o revocar un acto administrativo generador de intereses legítimos o derechos adquiridos. La autoridad puede revocar las licencias por ella otorgadas cuando se llenan los requisitos legales para ello (C.C.A arts. 69 y 74). El ejercicio de una determinada libertad o actividad inicialmente autorizada puede generar situaciones lesivas de los intereses generales cuya protección es un deber del Estado. En estas circunstancias podría, respetando los cauces y procedimientos legales, justificarse la suspensión o revocatoria de un acto para impedir el abuso de los derechos o el incumplimiento de los deberes ciudadanos

(CP art. 95). Mientras ello no ocurra no es posible a la autoridad pública, con fundamento en meros temores o preconceptos, desconocer el principio de estabilidad de los actos administrativos y, por dicha vía, los intereses o derechos individuales protegidos constitucional y legalmente.” T-475/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

A su vez, siguiendo a Marienhoff, en otra Sentencia, la Corte dijo:

“Miguel S. Marienhoff⁴⁰ dice que: “El acto que creó derechos, si es ‘regular’ no puede ser extinguido por la administración pública mediante el procedimiento de la revocación por razones de ‘ilegitimidad”. Es válido el anterior concepto para toda clase de actos que definen situaciones jurídicas porque la razón para que no haya revocatorias unilaterales también lo es para el respeto al acto propio, por eso agrega el citado autor: “Es este un concepto ético del derecho que, tribunales y juristas, deben tener muy en cuenta por el alto valor que con él se defiende”⁴¹ El respeto al acto propio no se predica solo de magistrados y juristas, sino de todos los operadores jurídicos porque se debe a que la estabilidad de dicho acto tiene como base el principio de la buena fe, no solo en la relación del Estado con los particulares sino de estos entre sí, buena fe que hoy tiene consagración constitucional en Colombia.” T-295/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

En otra sentencia la Corte reiteró las condiciones necesarias para que resulte aplicable el principio de respeto del acto propio, establecidas en la Sentencia T-295/99.

“La mencionada sentencia T-827/99 dice que el respeto del acto propio requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicado: a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.” T-770/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

En el presente caso todas estas condiciones están presentes. En primer lugar, el Consejo Nacional Electoral había nombrado a Calderón Brugés como Registrador Nacional del Estado Civil, y fue esa misma entidad la que posteriormente inaplicó dicho acto de nombramiento sin siquiera notificarlo ni vincularlo formalmente a su decisión para proceder a nombrar a un tercero en el cargo.

El irrespeto de la administración por sus propios actos, en la medida en que afecta a los particulares, traiciona el principio de la buena fe que los administrados depositan en la actuación del Estado. Este principio de la buena fe en la administración, tal como ha sido recogido por la jurisprudencia constitucional, cobija no sólo los derechos en cabeza de los administrados, además tiene el alcance de proteger las expectativas legítimas que los administrados tienen con base en la actuación de la administración. Esto es lo que se ha denominado la confianza legítima. Ahora bien, si en sus actuaciones los órganos del Estado están obligados a proteger las expectativas legítimas de los administrados, con mayor razón tienen el deber de respetar los derechos que ellos mismos les han otorgado. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce dicha obligación e impone restricciones a la potestad de la administración para revocar sus propios actos. Así, en la medida en que no se configure una de las causales específicas establecidas en la ley, la administración tiene proscrito revocar sus actos cuando en ellos se consoliden situaciones particulares y concretas, a menos que obtenga el permiso escrito del afectado. En el resto de los casos, la administración está obligada a demandar su propio acto, es decir, carece de competencia para revertir lo que ella misma consolidó. Ello significa que, independientemente de si la administración revierte su propio acto mediante la figura de la revocatoria directa, lo desconoce de facto, o a través de cualquier otro mecanismo, estará actuando por fuera de su competencia y estará vulnerando el debido proceso administrativo, además, con el objetivo de desconocer un derecho que ella misma ha reconocido.

El nombramiento de Calderón Brugés se encontraba cobijado por la presunción de legalidad y de constitucionalidad en el momento en que el Consejo Nacional Electoral decidió inaplicarlo por inconstitucional, considerando que el período del Registrador era institucional y no personal, de acuerdo con una interpretación jurisprudencial del Consejo de Estado.⁴² Dicha inaplicación del acto administrativo de nombramiento de Calderón Brugés constituyó el presupuesto necesario para nombrar a Iván Duque Escobar como nuevo Registrador. Por supuesto, la inaplicación del acto de nombramiento no constituye un acto de remoción del cargo, ni siquiera equivale a su anulación. Tampoco vinculaba formalmente a Calderón, y por lo tanto no le había sido notificado. En la medida en que el acto de nombramiento de Duque Escobar no afectaba, por sí mismo, el nombramiento de Calderón Brugés, sino que simplemente inaplicaba el acto de nombramiento, se ve claramente que el medio utilizado no es ni razonable ni adecuado para lograr el objetivo que se propuso el Consejo Nacional Electoral. Por lo tanto, cabe preguntarse si la “inaplicación por inconstitucionalidad” es la

forma como debe o siquiera puede actuar la administración, máxime cuando el ordenamiento jurídico dispone otros mecanismos –si se quiere menos eficaces- para hacerlo.

Por otra parte, ¿qué relación existe entre la consideración acerca de la naturaleza del período del Registrador y la presunta inconstitucionalidad del nombramiento de dicho funcionario?

La ilegalidad o inconstitucionalidad de un acto de la administración es un juicio que se debe predicar del acto en sí mismo y que, por tanto, se debe derivar de su contenido, o eventualmente de su motivación. Por otra parte, para inaplicar una determinada norma jurídica por inconstitucional, cuando se tiene el deber legal de aplicarla, dicha norma debe ser abiertamente inconstitucional. Las diversas interpretaciones acerca del carácter personal o institucional del período hechas por diversas corporaciones judiciales no constituyen un fundamento para declarar su inconstitucionalidad, pues simplemente no son predicables del contenido del acto de nombramiento. Adicionalmente, las autoridades administrativas no pueden “inaplicar” los actos administrativos de carácter particular y concreto, pues el artículo 4º de la Constitución se refiere a que en todo caso de incompatibilidad entre ésta y otras “normas jurídicas”, se aplicarán las disposiciones constitucionales como fundamento de la decisión, pero es absurdo que la Constitución entre a reemplazar la decisión concreta. Lo anterior significa que el artículo 4º de la Constitución se refiere a las normas de carácter general y abstracto que sirven como fundamento jurídico para adoptar sus decisiones particulares mediante los respectivos actos administrativos. Sin embargo, ello no quiere decir que puedan “inaplicar” estas decisiones particulares y concretas, pues, de ser así, el artículo 4º se constituiría en patente de corso para vulnerar los derechos de las personas so pretexto de la cláusula de prevalencia de la Constitución, lo cual es completamente ajeno a la voluntad del constituyente.⁴³ En esa medida, el nombramiento de Calderón Brugés, hecho por el Consejo Nacional Electoral⁴⁴, no podía considerarse inconstitucional con base en la tesis esgrimida durante un tiempo por algunas secciones del Consejo de Estado.

Teniendo en cuenta entonces que el Consejo Nacional Electoral desconoció los derechos al debido proceso y a desempeñar cargos y funciones públicas a Jaime Calderón Brugés, restaría establecer si esta vulneración de derechos fundamentales era susceptible de restablecerse mediante la acción de tutela.

3. Procedencia de la acción de tutela

La existencia o inexistencia de un medio de defensa judicial que haga improcedente la tutela debe analizarse en concreto, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. Esta afirmación, consagrada en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 ha sido reiterada de manera sistemática por la jurisprudencia de esta corporación. Pero, ¿qué significa analizar la existencia de otro medio judicial en concreto? Específicamente, establecer si los derechos vulnerados pueden protegerse o restablecerse a través del medio judicial principal. Para ello es necesario definir el contenido de dichos derechos que es objeto de protección constitucional mediante la acción de tutela. Por supuesto, si el contenido constitucional de un derecho se reduce -ad hoc- a su mínima expresión, o si se pone en duda la certeza sobre su titularidad, la pretensión del demandante parecerá desproporcionada o inadecuada y la tutela resultará improcedente. De ahí la importancia de que se establezcan criterios jurisprudenciales claros y precisos que permitan tener certeza respecto del contenido de los derechos fundamentales que es susceptible de protección mediante la acción de tutela.

En el presente caso la Corte consideró que existía un medio de defensa judicial principal como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, esta acción no es idónea para proteger el derecho al debido proceso ni el derecho a desempeñar cargos y funciones públicas. En particular, no permite la protección del derecho a desempeñar cargos y funciones públicas porque para el momento en que termine el proceso y se declare la nulidad ya el restablecimiento del demandante en el cargo será jurídicamente imposible. En esa medida, mediante dicha acción será imposible proteger o restablecer el ejercicio concreto del derecho, el cual hace parte de su contenido esencial de acuerdo con la forma como la jurisprudencia lo había interpretado hasta este momento.⁴⁵

Ahora bien, frente a lo anterior se podría aducir que el derecho que tenía Calderón Bruges de ejercer el cargo de Registrador Nacional era incierto, pues no se sabía si su período era institucional o personal. Sin embargo, si la Corte Constitucional ha sostenido sistemáticamente y desde sus inicios que el período del Registrador es personal por la pérdida de vigencia del artículo 33 transitorio de la Constitución, no puede, sin contrariar su propia jurisprudencia, aducir posteriormente que el derecho en cabeza de Calderón Bruges es incierto. Con todo, podría reformularse la objeción y afirmar que Duque Escobar tenía un derecho adquirido que la Corte no podría desconocer. Sin embargo, este argumento no es de recibo por dos razones. En primer lugar, porque la Constitución protege los derechos adquiridos con arreglo al ordenamiento jurídico. Como ya se vio, el Consejo Nacional Electoral

mediante el acto de nombramiento de Duque Escobar inaplicó el acto de nombramiento de Calderón con fundamento en una disposición inconstitucional que -conforme a la jurisprudencia de esta Corte-no estaba vigente y, por lo tanto, la Corte tampoco podía denegar la protección del derecho de Calderón Brugés con fundamento en el derecho de Duque Escobar. Por otra parte, debe recordarse que Calderón interpuso la acción de tutela el 6 de septiembre, el mismo día en que se expidió el acto de nombramiento de Duque, y antes de que se expidiera la resolución que confirmaba este nombramiento, por lo tanto mal puede afirmarse que existiera para ese momento un derecho adquirido por parte de Duque Escobar.

Finalmente, aunque ello fuera así, no existe un fundamento para imponer a Calderón la carga procesal de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, con la consiguiente “reducción” de su derecho a la expectativa de recibir una indemnización, en lugar de atribuirle dicha carga a quien había sido nombrado con posterioridad.

Además de lo anterior, resulta que Calderón tampoco tenía a su disposición la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues no había un acto que lo removiera del cargo. El acto de nombramiento de Duque no lo vinculó a él y por lo tanto ni siquiera le fue notificado.

Por el contrario, aun aceptando que esta acta es formalmente un acto administrativo susceptible de controvertirse por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el acto no puede ser demandado por esta vía por quien no está vinculado al mismo, pues carece de legitimidad en la causa, particularmente si se trata de un acto que “consolida una situación particular y concreta”.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

1 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

2 Sentencia C-069 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara

3 Sentencia T-611 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara En igual sentido, entre otras, sentencia T-639 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

4 Sentencia T-347 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido T-611 de 1997.

5 Sentencia T-230 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

6 Sentencia T-003 de 1992

7 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de agosto 12 de 1977, Consejero Ponente: Humberto Mora Osejo

8 Sobre este punto, ver sentencia SU-047 de 1999, T-1625 de 2000, entre otras.

9 M.P. Alejandro Martínez Caballero

10 Sobre el particular, ver sentencia SU-133 de 1998

11 La Corte comprende bien que el hecho mismo de ocupar ciertos cargos públicos supone un “reconocimiento”. Sin embargo, el concepto de reconocimiento que propone Hegel y que hoy en día analiza Fukuyama, trasciende esta idea limitada. Este autor sostiene que el “deseo de reconocimiento” constituye el motor de la historia. Este deseo lleva al ser humano a buscar la libertad: “El hombre difiere fundamentalmente de los animales, sin embargo, en que desea, además, el deseo de los otros hombres, es decir, quiere que <<se le reconozca>>. En especial, quiere que se le reconozca como ser humano, o sea, como un ser con cierto valor y dignidad”. Por ser un deseo no determinado por móviles biológicos, se entiende como “el primer destello de la libertad humana”. De ahí que, como lo dijera la Corte en la sentencia T-462 de 1992, “haga parte de la propensión a trascender a los demás”. Frente a los peligros del “reconocimiento” -la tiranía, el imperialismo y el deseo de dominio-, se reconoce su calidad de fungir como “base psicológica de las virtudes políticas, como el valor, el espíritu público y la justicia”. En este orden de cosas, no es la posesión de ciertos bienes -entre ellos los cargos-, lo que conduce al “reconocimiento”. Por el contrario,

como lo ejemplifica Fukuyama al hablar sobre el logro de la revolución, “[E]s sólo el hombre <<thymótico>>, el hombre indignado, celoso de su propia dignidad y de la dignidad de sus conciudadanos, el hombre que siente que su valía está constituida por algo más que por el complejo conjunto de deseos que forman su existencia física, es sólo este hombre el que está dispuesto a caminar delante de un tanque o a hacer frente a una línea de soldados”. En este orden de ideas, el derecho a acceder a cargos públicos aparece más como una garantía de igual oportunidad de todos los ciudadanos para ejercer autoridad, que como expresión jurídica del “reconocimiento”.

12 Artículo 6 Decreto 2591 de 1991. Así mismo, este punto es una constante en la jurisprudencia de la Corte. Ver, entre muchas, la sentencia T-190 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz.

13 Ver, entre otras, las sentencias C-606/92, C-221/94, C-350/94 y T-669/96

14 Corte Constitucional. Sentencia C-350/94 MP Alejandro Martínez Caballero.

16 M.P. Alejandro Martínez Caballero

17 Sentencia C-309 de 1997

18 Sobre el particular, ver sentencia C-531 de 1993 y la referencia a la tutela como un “detente Satanás”

19 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

20 Lo justo se impone por mandato constitucional. Preámbulo.

21 Sobre el particular, ver sentencia T-823 de 1999

22 Ver, entre otras, sentencias T-871 de 1999, T-812 de 2000

23 MP. Vladimiro Naranjo Mesa,

24 Caso comunidad U’WA contra el Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc.

25 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B., julio 13 de 2000. Expediente No. 484-00, M.P. Dr. Alejandro Ordoñez Quintero.

26 Sentencia del 17 de agosto de 2000. Radicación 2342 Consejero Ponente: Roberto Medina López

27 M.P. Hernando Herrera Vergara

28 idem.

29 Sentencia C-740 de 1999 M.P. Alvaro Tafur Galvis

30 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

31 Sentencia C-1436 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

32 Sentencia del 17 de agosto de 2000. Radicación 2342 Consejero Ponente: Roberto Medina López

33 Ver, entre otras, sentencia C-161 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz

34 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia Diciembre 12 de 1983; Sección Primera, Sentencia Julio 7 de 1982

35 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

5 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de agosto 12 de 1977, Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.

37 Según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, se vulnera el núcleo esencial de un derecho fundamental cuando las restricciones impuestas impiden su ejercicio. Al respecto ver, entre otras, la Sentencia T-426/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz): “Por otra parte, la jurisprudencia de intereses ha diseñado una fórmula según la cual el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan

más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.” (resaltado fuera de texto).

38 Anotando como característica de los derechos fundamentales su vinculación con la parte dogmática de la constitución ver Sentencia T-406/92 (M.P. Ciro Angarita Barón).

39 En la misma Sentencia T-003/92 se dijo. “Está de por medio, sin lugar a dudas, la efectividad de un derecho que, si bien, dada su naturaleza política, no ha sido reconocido por la Constitución a favor de todas las personas sino únicamente a los ciudadanos colombianos que no sean titulares de doble nacionalidad, tiene, respecto de ellos, el carácter de fundamental en cuanto únicamente la seguridad de su ejercicio concreto permite hacer realidad el principio de la participación, que se constituye en uno de los esenciales dentro de la filosofía política que inspira nuestra Carta, lo cual encuentra sustento no solo en la misma preceptiva constitucional, en su Preámbulo y en sus artículos 1, 2, 3, 40, 41, 103 a 112, entre otros, sino en el texto de la papeleta por medio de la cual el pueblo colombiano votó abrumadoramente el 27 de mayo de 1990 por la convocatoria de una Asamblea Constituyente, cuyo único propósito expreso consistió en “fortalecer la democracia participativa”.”

40 Su razonamiento se refiere a actos de la administración, aparece en su Tratado de derecho administrativo T. II, p. 607, pero se puede extender a la teoría del respeto al acto propio.

41 Ibidem, p. 607

42 Esta interpretación ya hoy no es acogida por dicha Corporación.

43 Ver Gaceta Constitucional No. 7, pp. 4-26 y Gaceta Constitucional No. 34 p. 4.

44 Elección mediante Acta No. 57/97 del Consejo Nacional Electoral y confirmada por Resolución No. 19 del 15 de enero de 1998.

45 Refiriéndose al derecho a desempeñar cargos públicos la Corte, desde sus inicios, estableció una relación entre su ejercicio, como parte de su contenido fundamental y el principio de participación política de nuestro sistema democrático. De este modo se estableció la parte de su contenido amparable mediante la acción de tutela a través de su

estrecha relación con un principio constitucional fundamental: “Está de por medio, sin lugar a dudas, la efectividad de un derecho que, si bien, dada su naturaleza política, no ha sido reconocido por la Constitución a favor de todas las personas sino únicamente a los ciudadanos colombianos que no sean titulares de doble nacionalidad, tiene, respecto de ellos, el carácter de fundamental en cuanto únicamente la seguridad de su ejercicio concreto permite hacer realidad el principio de la participación, que se constituye en uno de los esenciales dentro de la filosofía política que inspira nuestra Carta, lo cual encuentra sustento no solo en la misma preceptiva constitucional, en su Preámbulo y en sus artículos 1, 2, 3, 40, 41, 103 a 112, entre otros, sino en el texto de la papeleta por medio de la cual el pueblo colombiano votó abrumadoramente el 27 de mayo de 1990 por la convocatoria de una Asamblea Constituyente, cuyo único propósito expreso consistió en “fortalecer la democracia participativa”.” T-003/92 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo)