

Sentencia T-138/02

VISA TEMPORAL-Cancelación y expulsión del país

En casos como el objeto de esta revisión, las acciones contencioso administrativas que el actor tiene a su disposición, permiten solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos y, por consiguiente, tales acciones son un medio eficaz para la protección de los derechos que se estimen conculcados.

Referencia: expediente T-462322.

Acción de tutela presentada por Hussny Kassem Kassem contra el Director del Departamento Administrativo de Seguridad y el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil dos (2002).

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA dicta la siguiente

SENTENCIA

Relacionada con la revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha el 5 de marzo de 2001, y por la Sala de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa misma ciudad el 23 de abril siguiente, respecto de la acción de tutela interpuesta, a través de apoderado, por el señor Hussny Kassem Kassem contra el director del Departamento Administrativo de Seguridad, a la que fue vinculado el Ministerio de Relaciones Exteriores por decisión del juzgado de primera instancia.

I. ANTECEDENTES.

1.- Información preliminar

De acuerdo con los elementos de juicio allegados al expediente, se verifica que el señor

HUSSNY KASSEM KASSEM es natural de Líbano, nacionalizado en la vecina República de Venezuela. El 10 de diciembre de 1997, el Ministerio de Relaciones le concedió Visa Temporal Ordinaria de Trabajador por Contrato (OTC) con una vigencia de dos años, al igual que a su esposa WATFI KASSEM TAYIAN, ciudadana brasileña, y a sus hijos SAMIA, KASSEM, NADIA y NADIM, nacidos en Venezuela, como beneficiarios.

El 27 de abril de 2000, el Ministerio de Relaciones Exteriores le concedió al señor HUSSNY KASSEM KASEEM nueva Visa Temporal Ordinaria para Socio, con validez de un año, y, en esa misma fecha, les concedió visa a su esposa y a los cuatro hijos como beneficiarios, también con vigencia de un año.

Durante su permanencia en el país, el señor HUSSNY KASSEM KASSEM se dedicó a actividades de comercio y en sociedad con su esposa abrió un establecimiento de comercio denominado "Comercial Widad" en la ciudad de Maicao, Guajira, para venta de cacharrería, registrado en la Cámara de Comercio de Riohacha.

No obstante estar residenciados en Maicao, Guajira, el 14 de octubre de 1998 los esposos KASSEM KASSEM tuvieron un quinto hijo (Mohamad), quien nació en el estado de Nueva Esparta, Venezuela, según registro civil de nacimiento aportado a los autos.

Para el año 2001, los menores KASSEM, NADIA, NADIM y SAMIA KASSEM KASEEM, fueron matriculados como estudiantes en el Colegio Colombo Arabe "Dar El Arkam" con sede en Maicao.

En la ciudad de Maicao funciona la Corporación de Desarrollo Comercial, Industrial y Cívico de Maicao -CODECCMA-, con Personería Jurídica No. 1069 de 26 de agosto de 1994 en la cual el señor HUSSNY KASSEM fue nombrado como Vicepresidente. Esta corporación tiene como fin el de proteger los intereses de los comerciantes de Maicao.

2.- Hechos.

La situación fáctica que dio lugar al presente proceso se puede resumir de la siguiente manera:

1.2. La Dirección de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad, mediante Resolución 001, de 4 de enero de 2001, ordenó la expulsión del territorio nacional del señor

HUSSNY KASSEM KASSEM, igualmente por considerar que había incurrido en la causal reseñada en el numeral anterior, contra la cual el afectado interpuso el recurso de reposición y, en subsidio el de apelación. Resuelto el primero en forma negativa, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, mediante Resolución 0222 de 8 de febrero de 2001, confirmó la determinación recurrida.

1.3. Agotada de ese modo la vía gubernativa, el señor HUSSNY KASSEM KASSEM, mediante apoderado, el 19 de febrero de 2001, interpuso acción de tutela contra el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, con el fin de que se revocaran las Resoluciones 001 y 0222, por cuanto al mencionado se le vulneró el derecho fundamental al debido proceso.

El apoderado del actor relató en la demanda de tutela que entre los días 9 y 14 de mayo de 2000, se llevó a cabo un cese de actividades en los siete departamentos de la costa caribe, ideado y promovido por los diferentes sindicatos de esos entes territoriales, para protestar de esa manera por el alto costo de la tarifas de los servicios públicos y contra el régimen aduanero que por aquella época el Gobierno Nacional pretendía poner en vigencia.

Ocurrió que una vez finalizada la protesta, el Jefe de Extranjería del Das comisionó al Director Seccional del Departamento de la Guajira para que adelantara un informativo relacionado con las actividades que como dirigente del paro cívico efectuado en Maicao hubiese podido desplegar el señor HUSSNY KASSEM KASSEM. Dicho funcionario seccional, a su vez, comisionó igualmente al Subdirector de la Seccional (un detective), para que adelantara esa tarea.

El subdirector comisionado elaboró el informe No. 3702, de 19 de septiembre de 2000, en el cual, según el apoderado del actor, consignó 20 hechos que elevó a la categoría de pruebas, sin que se le diera oportunidad alguna al señor KASSEM de controvertirlas o de ejercer el derecho de defensa, pues el informe fue confeccionado a sus espaldas, aunque a último momento se hizo el “simulacro” de oírlo en “versión libre”, con todo lo cual se quebrantó el derecho fundamental al debido proceso al mencionado.

Puso de presente el apoderado que los funcionarios del Das a cuyo cargo estuvo el resolver los recursos de reposición y apelación, argumentaron que la actuación había sido de carácter administrativo y por consiguiente nada tenía que ver con el derecho penal, desconociendo

también que conforme al artículo 28 del Código Contencioso Administrativo “Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que puedan resultar afectados en forma directa, a éstos se le comunicará la existencia de la actuación y del objeto de la misma”, disposición que igualmente fue violada por el “detective” que adelantó el informe, pues al afectado se le comunicó a último momento, cuando las “pruebas” ya habían sido “recolectadas” a sus espaldas sin brindarle la oportunidad de conocerlas y controvertirlas.

Destacó el abogado que la conducta de su poderdante estuvo siempre dentro del marco de la ley, fue atípica, no produjo daño y nunca actuó con dolo, pero al afirmar lo contrario las autoridades del Das aplicaron la responsabilidad objetiva.

Precisó el apoderado que acudía a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en tanto que la acción contenciosa correspondiente resultaría inocua por su “aletargado desarrollo”, de manera que la petición se encaminaba a que se ordenara a la autoridad demandada abstenerse de ejecutar la expulsión del país ordenada contra el accionante.

1.4. En auto de 21 de febrero de 2001, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, al que le correspondió conocer de la demanda, analizó que de acuerdo con lo expuesto en su texto, era necesaria la vinculación del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES al trámite del amparo, en tanto los hechos motivo de la acción generaban una imprecisión sobre “una relación de causa - efecto”, respecto de los actos administrativos emitidos por dicho Ministerio y el Departamento Administrativo de Seguridad.

En consecuencia, el a quo ordenó solicitar al Das y al Ministerio de Relaciones Exteriores que allegaran copias de las actuaciones administrativas que dieron lugar a las resoluciones y el auto mencionados en la demanda. Igualmente, ordenó practicar inspección judicial con el fin de verificar la actividad comercial del accionante, su composición familiar y actividades asociativas. También dispuso que se oficiara al Das para que certificara acerca de los antecedentes del accionante y sobre las funciones que cumplían los agentes de la institución.

II. LOS FALLOS OBJETO DE REVISION

1.- Primera instancia.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, mediante fallo de 5 de marzo de 2001, resolvió “Conceder como mecanismo transitorio la Tutela del derecho al debido proceso en conexidad con los derechos al trabajo y educación de los niños, formulada por el señor HUSSNY KASSEM KASSEM”.

En consecuencia, ordenó “el cese inmediato de los efectos de los actos administrativos expedidos por el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES el 11 de diciembre de 2.000, mediante el cual se le canceló la visa al accionante; y por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD “DAS”, distinguidos como Resoluciones números 001 de Enero de 2.001, 0005 de Enero 30 de 2.001, y 00222 de febrero 8 de 2.001, a través de los cuales se expulsó del territorio nacional al Tutelante, hasta cuando la Jurisdicción Contenciosa Administrativa decida sobre la legalidad de dichos actos”. Por consiguiente, otorgó al actor el término de cuatro meses para que promoviera la acción contenciosa correspondiente.

Advirtió el a quo que tanto el Ministerio de Relaciones Exteriores como el Departamento Administrativo de seguridad, no dieron cumplimiento al mandato contenido en el artículo 28 del Decreto 01 de 1984, lo cual significó que las actuaciones se realizaran y culminaran sin el conocimiento del particular afectado, a quien sólo se le vinculó una vez se expidieron los actos administrativos de cancelación de visa y expulsión del territorio nacional, impidiéndosele de tal modo conocer sobre su existencia, su objeto, participar en el conformación del acervo probatorio, solicitar y aportar pruebas y controvertir las allegadas por el Estado, imposibilitándole el ejercicio del derecho de defensa.

Destacó el juzgado que el artículo 29 Superior no dejaba duda en cuanto a su aplicación tratándose de actuaciones administrativas. Así mismo, el estudio de las diligencias adelantadas por el Das evidenciaba la tendencia a investigar sólo lo desfavorable al señor KASSEM KASSEM, e igualmente no se valoraron las pruebas que éste aportó, tales como las constancias expedidas por el Representante a la Cámara MARCOS IGUARAN IGUARAN, por el doctor WILLIAM BERMÚDEZ BUENO, por seis concejales de Maicao, por el Alcalde de esa ciudad, la Alcaldesa de Riohacha, el Gobernador del Departamento de La Guajira, trece

diputados a la asamblea departamental y el Acta de la Asamblea de Comerciantes de Maicao, las cuales daban fe sobre la conducta del accionante.

De otra parte, se advertía que los fundamentos de hecho y de derecho que tuvieron en cuenta el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Departamento Administrativo de Seguridad guardaban identidad, de modo que ello permitía concluir que “existió una doble sanción para el Tutelante, violándose así el principio constitucional ‘nom (sic) bis in idem’, ya que hubo un doble juzgamiento administrativo sobre una misma conducta”.

Así mismo, reseñó el Juzgado que la facultad discrecional del Ministerio de Relaciones Exteriores no era absoluta, pues según lo ha señalado la Corte Constitucional, de ser así eliminaría la constitucionalidad, la legalidad y el orden justo de los actos y acabaría con la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios (Sentencia C-031 de 1995).

En el caso concreto, el Ministerio de Relaciones Exteriores no hizo uso de su facultad discrecional sino reglada, por cuanto fundamentó la decisión en la violación de una disposición legal (artículo 197, numeral 2º del Decreto 2371 de 1996), por lo cual, para llegar a su conclusión, debió tramitar el procedimiento administrativo correspondiente tomando en cuenta el artículo 28 del Decreto 01 de 1984, para no vulnerar el derecho a la defensa del presunto autor de la conducta reprochable, y como no lo hizo, violó el debido proceso.

Por consiguiente, estimó el a quo que las autoridades accionadas incurrieron en vías de hecho pues produjeron actos administrativos con vicios procedimentales en su configuración. La actuación de los funcionarios resultó arbitraria y caprichosa, alejada de las normas constitucionales y legales, por lo cual era procedente el control de tales actos a través de la acción de tutela.

Por otro lado, analizó el juez constitucional de instancia que la Carta Política garantiza la libertad de expresión y de asociación (artículos 20 y 38), sin que la calidad de extranjera de una determinada persona impidiera el ejercicio de tales derechos, conforme al artículo 100 Superior, de manera que, en el caso del actor, el que perteneciera a la Corporación de Desarrollo Comercial Industrial y Cívico de Maicao “CODECCMA”, y que ejerciera una dignidad (Vicepresidente) dentro de la misma, no podía ser calificada como una conducta reprochable e ilegal, máxime si ésta tenía fines altruistas, como tampoco podía ser considerada como tal las manifestaciones realizadas por los extranjeros sobre asuntos

económicos, ni los cuestionamientos que hiciera a políticas gubernamentales sobre esa materia, pues la actividad laboral del accionante era meramente mercantil y por tanto resultaba de interés el tema.

Consideró también el a quo que era evidente que la actividad comercial ejercida por el actor resultaba afectada por las decisiones administrativas adoptadas en su contra, pues su inminente salida del territorio nacional le impedía su realización, de donde surgía una conexidad entre el derecho fundamental al debido proceso y el derecho al trabajo.

Finalmente, estimó el Juzgado que los actos administrativos cuestionados amenazaban los derechos fundamentales a la educación de los menores KASSEM, NADIA, NADIM y SAMIA KASSEM TAYJEN, hijos del accionante, quienes se encontraban estudiando en el Colegio Colombo Arabe "Dar El Arkan" de Maicao, pues la intempestiva expulsión del territorio nacional generaba traumas en su ciclo educacional al impedirseles finalizar su período académico en forma inmediata, y al conminarlos a un nuevo esquema educativo en un país diferente, de manera mediata.

Para terminar, precisó el juez que si bien el afectado contaba con otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa, era tal la inmediatez de las sanciones impuestas por las autoridades accionadas, que cuando obtuviera la protección el perjuicio sería irremediable (folios 465 a 466 c. de 1ª. Inst.).

2.- Impugnación

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica insistió en que la acción de tutela propuesta por el señor HUSSNY KASSEM KASSEM era improcedente dado el carácter subsidiario del amparo, pero además, porque, atendiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, el a quo debió declarar esa improcedencia, primero, por no existir la violación de derecho fundamental alguno y, segundo, porque el otro medio de defensa judicial -acción de nulidad y restablecimiento del derecho- permitía al actor solicitar la suspensión provisional del acto administrativo.

De otra parte, planteó la impugnante que si bien es cierto el artículo 100 de la Constitución Política establece que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles y garantías que se conceden a sus nacionales, también es verdad que la norma contempla

excepciones por razones de orden público, cuando expresa que "... No obstante, la ley podría por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley". Y, sostuvo la recurrente, una de las limitaciones que tiene el extranjero en Colombia hace referencia a su permanencia en el territorio nacional, la cual está sometida a los parámetros establecidos en la ley para el efecto, que para el caso concreto resulta ser el Decreto 2371 de 1996, vigente para la época en que se expidieron las Resoluciones por parte del Das.

Destacó la impugnante que el actor fue escuchado en versión libre el 24 de agosto de 2000, y en tal diligencia estuvo asistido por una abogada en ejercicio, lo cual desvirtúa la afirmación en el sentido de que no fue llamado y oído durante el procedimiento administrativo.

Cuestionó el argumento del a quo según el cual se quebrantó el principio del non bis in ídem, porque de una parte se ordenó la expulsión del territorio y por otra se dispuso la cancelación de la visa y, es claro que las resoluciones que ponen fin a un procedimiento administrativo no hacen tránsito a cosa juzgada, pues respecto de ellas caben las "acciones impugnatorias interpuestas en vía judicial". Además, existen actos jurídicos principales y accesorios y tal es el caso de la resolución que ordena la cancelación de la visa, la cual es consecuencia de haberse decretado la expulsión del territorio nacional. Así mismo, en el Ministerio de Relaciones Exteriores no se surte un trámite administrativo propiamente, sino que se da cumplimiento, a través de la cancelación de la visa, al acto administrativo que ordena la expulsión del extranjero (Folios 497 a 514).

2.2. Del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de dicho Ministerio, reiteró los argumentos expuestos a tiempo de responder a la demanda, esto es, que la actuación cumplida por ese ente se produjo en ejercicio del principio de soberanía del Estado para autorizar la permanencia de extranjeros en el territorio colombiano, con apoyo en la discrecionalidad conferida por la ley, tema sobre el cual se pronunció el Consejo de Estado en la Sentencia de 18 de noviembre de 1992. Por consiguiente, solicitó la revocatoria del fallo por cuanto ese ente actuó bajo el

amparo de expresas normas legales.

3. Segunda instancia.

En sentencia de 23 de abril de 2001, la Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Riohacha, decidió “Revocar íntegramente en cada una de sus partes la sentencia adiada el 5 de marzo de la presente anualidad”, y en su lugar dispuso “Denegar la presente acción de Tutela como mecanismo transitorio...”.

El Tribunal fundamentó su determinación en las razones que se resumen así:

Para que pudiera entenderse desconocido el artículo 29 de la Constitución Política en las actuaciones administrativas desplegadas por los entes accionados, era menester que el actor demostrara el verdadero y grave quebrantamiento de las normas regladas en el Decreto 2371 de 1996, concretamente los artículos 148 y 197 por violación indiscutible, ya que estas eran las normas aplicables al trámite materia de examen.

Así, señaló el Tribunal que la decisión adoptada por el Das tuvo como sustento la investigación administrativa hecha por la Seccional Riohacha de esa institución, en la que apareció involucrado el ciudadano HUSSNY KASSEM KASSEM en los hechos acaecidos en Maicao durante los días 9 a 14 de mayo de 2000 (paro cívico), que “trajo como consecuencia la alteración del orden público de la región, vandalismo, pérdidas económicas incalculables y finalmente motivó la intervención de la fuerza pública, conducta ésta que encaja en el numeral 2º del artículo 197 del decreto en comento; investigación ésta de la que también hay prueba en el expediente de que el petente tenía conocimiento puesto que el organismo de seguridad lo escuchó en versión libre y además agotó la vía gubernativa mediante la utilización de los recursos de reposición y apelación folio 11, los cuales fueron resueltos desfavorablemente a los intereses del tutelante”.

Estimó la segunda instancia que las actuaciones del Das y del Ministerio de Relaciones Exteriores, en ningún momento afectaron de manera absoluta y protuberante el derecho sustancial o adjetivo del actor para configurar una “vía de hecho judicial (sic)”. Consideró que no se podía hablar de violación al debido proceso cuando realmente estaba probado que el poder discrecional otorgado a los entes administrativos autorizados para cancelar visas y expulsar del territorio nacional tenía legitimidad y además, cumplieron con lo señalado por

el decreto aplicable al caso, sin que fuera menester pregonar que no se cumplieron las leyes penales adjetivas porque no se trataba de un juicio penal en el que debían agotarse las formas propias de esta clase de proceso.

Precisó el ad quem que la violación al principio del non bis in ídem no tenía cabida en el asunto, por cuanto uno de los efectos de la expulsión del territorio nacional era su comunicación al Ministerio de Relaciones Exteriores para que la División de Visas procediera a la cancelación de la visa y al registro en los archivos, de modo que tales actos guardaban identidad porque uno ataba al otro y no permitían excluirse entre sí por ser concurrentes.

Destacó el Tribunal que la Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente que la ley favorece el poder discrecional frente a situaciones particulares, lo que no permite aducir el derecho de defensa, por prevalencia del interés general, “Que la discrecionalidad como facultad funcional pública excepcional puede ser más o menos reglada, de donde se desprende que será mucho más definido el debido proceso en los casos en que el legislador haya dispuesto una regulación del uso de la facultad discrecional. El poder discrecional resulta un límite (sic) de los derechos fundamentales, que como es bien sabido no puede atentar contra el núcleo esencial del mismo”.

Sobre tales bases, sostuvo el ad quem que se podía afirmar categóricamente que la situación de irregularidad denunciada por el demandante como violatoria de sus derechos fundamentales, tenía su amparo en el Decreto 2371 de 1996 y no en el Decreto 01 de 1984, en cual sirvió de fundamento al a quo para que mirara las cosas desde otro punto de vista. El actor tuvo a su alcance los recursos por la vía gubernativa y aún tenía los mecanismos de defensa judicial que podía ejercer ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, si persistía en considerar vulnerados sus derechos por la expedición de las resoluciones, “De lo que se sigue que ante la existencia de éstas garantías y de la amenaza de un daño inminente se nota la ausencia del perjuicio irremediable”.

Agregó la segunda instancia que: “Si bien las sanciones impuestas al ciudadano Hussny Kassem Kassem representan para él un perjuicio éste no constituye un perjuicio irremediable ni injusto, esto obedece a una resolución administrativa en firme, expedida conforme a lo reglado para éstos casos lo que indica que si hubo perjuicio este se consumó porque no aparecen demostrados en el proceso; ahora si el demandante se ha visto privado de ejercer

el derecho a su trabajo, se debe a su propia actitud, a su proceder frente al cúmulo de sus deberes y obligaciones que como ciudadano le compete sin miramiento a que se trate de ciudadano extranjero y se le esté violando su derecho a la igualdad. Los Extranjeros disfrutan en Colombia de los mismos derechos civiles de que gozan los Colombianos, pero la ley puede por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negarle el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros, sin que esto se tenga como violación al principio de igualdad (sic) (Art. 100 C. P.).”

En cuanto al derecho a la educación de los menores hijos del accionante, apreció el a quem que éste no se veía afectado porque ni ellos ni su progenitora fueron expulsados del territorio ni se les canceló la visa, la que le fue conferida con vigencia de un año a partir del 1º de marzo de 2001, de modo que los niños podían seguir estudiando en Maicao.

Concluyó el Tribunal que la acción de tutela no prosperaba porque no hubo violación o amenaza grave de los derechos fundamentales del actor, y, además, era improcedente como mecanismo transitorio porque el peticionario podía ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que contaba con la posibilidad de solicitar la suspensión de los actos administrativos.

III. CONSIDERACIONES Y DECISION DE LA CORTE.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales ya reseñadas, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. La materia. Improcedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio por inexistencia de perjuicio irremediable. Eficacia del medio judicial ordinario. Suspensión provisional de los actos administrativos.

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional considera que el caso bajo examen ameritaría abordar temas tales como los derechos fundamentales y civiles de los extranjeros, el debido proceso administrativo y las facultades conferidas por la ley al Departamento Administrativo de Seguridad para expulsar del país a un ciudadano extranjero, así como de la

Jefatura de la División de Visas del Ministerio de Relaciones Exteriores para la cancelación de una visa.

Empero, el detenido estudio del proceso pone de presente que el apoderado del actor HUSSNY KASSEM KASSEM impetró la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues fue consciente de que su poderdante podía ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Bien se sabe que la acción de tutela es un mecanismo cuya prosperidad no está sujeta sólo a la efectiva vulneración o amenaza de quebrantamiento de uno o más derechos fundamentales, sino que es también indispensable que la persona que acude a ella no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como “mecanismo transitorio” para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente caso el amparo se demandó como mecanismo transitorio, porque según se indicó expresamente en la demanda de tutela, su objeto era “evitar un perjuicio irremediable, dado el efecto dañoso inminente, susceptible solo de reparar por esta vía eficaz, en tanto que el medio ordinario que sería la acción Contenciosa Administrativa resultaría inocua por su aletargado desarrollo”

En la sentencia de primera instancia, el juez consideró que si bien el afectado contaba con otro medio de defensa judicial, “era tal la inmediatez de las sanciones impuestas que cuando obtuviera la protección el perjuicio sería irremediable”.

Aunque el juez no lo dijo expresamente, entiende la Sala que el perjuicio estaba representado en que la expulsión del país impedía la realización de las actividades comerciales a las que se dedicaba el señor KASSEM KASSEM, afectándose de ese modo su derecho al trabajo, y, por otra parte, que los actos administrativos cuestionados amenazaban el derecho fundamental a la educación de cuatro de los menores hijos del accionante, quienes estudiaban en un colegio de Maicao, pues la intempestiva “expulsión” del territorio generaría traumas en su ciclo educacional al impedirseles finalizar su período académico y los conminaba a un nuevo esquema educativo en un país diferente.

Para replicar lo anterior, el juez constitucional colegiado de segunda instancia argumentó que si bien las sanciones impuestas al ahora accionante representaban para él un perjuicio, éste

no era irremediable ni injusto, en tanto aquéllas obedecían a una resolución administrativa en firme, expedida conforme a lo reglado para éstos casos lo que indicaba que si hubo perjuicio este se consumó, y respecto de la educación de los menores, apreció el a quem que éste no se veía afectado porque ni ellos ni su progenitora fueron expulsados del territorio ni se les canceló la visa, la que le fue conferida con vigencia de un año a partir del 1º de marzo de “2001”, de modo que los niños podían seguir estudiando en Maicao.

Fácilmente se advierte que este razonamiento de la segunda instancia no soporta mayor análisis, porque en últimas nada dice acerca de la naturaleza del perjuicio, amén de que es equivocado en cuanto a que si bien los hijos del actor no fueron expulsados del país, el Ministerio de Relaciones Exteriores sí les canceló la visa, como bien puede verificarse en el auto de 11 de diciembre de 2000, pues allí se dice que se cancela la visa a HUSSNY KASSEM KASSEM “así como a los miembros de su familia en calidad de beneficiarios”³; determinación apenas obvia porque a la esposa y los hijos del mencionado se le concedió la visa temporal como beneficiarios, tal y como lo autoriza el artículo 24 del Decreto 2371 de 19964, de modo que al cancelarle la visa al extranjero, se imponía hacer lo propio a sus beneficiarios.

Sobre ese tópico, en opinión de la Sala, el juez de primera instancia se quedó cortó en su examen referido a la entidad del perjuicio. Para ilustrar el punto, es conveniente recordar que la Corte ya ha definido que para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta “la presencia concurrente” de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales⁵.

Sin duda, la expulsión del país y la cancelación de las visas al actor y a los miembros de su familia, habría de ocasionarle perjuicio al señor KASSEM en tanto cortaba de plano sus actividades mercantiles en la ciudad de Maicao al tener que abandonar el territorio nacional e, igualmente, a primera vista, el derecho a la educación de sus menores hijos podría verse afectado por igual razón.

Empero, en primer lugar, obsérvese que la permanencia del actor en el país, era de carácter temporal, pues, por expresa solicitud suya, le había sido conferida visa de esa naturaleza

sólo por el lapso de un año (artículo 107 Decreto 2371 de 1996). La visa temporal, cualquiera que sea su subclase (preferencial, de cortesía, de negocios, ordinaria, inmigrante o de visitante), su categoría (diplomática, oficial, de servicio, rentista, trabajador, estudiante, etc.) y su subcategoría (en cuanto sea trabajador por contrato, para asistencia técnica, etc, o, estudiante regular o por intercambio), indica que el extranjero titular pretende ingresar y permanecer en el territorio nacional sin el ánimo de establecerse en él y por eso se regula su concesión (artículo 31 Decreto en cita). A su turno, la visa de residente, se otorga por término indefinido y por múltiples entradas, al extranjero que pretenda establecerse en el país de manera definitiva (artículo 133 ibídem).

En el caso concreto, si se trata de un extranjero cuyo deseo no es el de establecerse en el país de modo definitivo, no ve la Sala cómo podría configurarse un perjuicio irremediable cuando se le cancela la visa de carácter temporal que le fue concedida. Distinta sería la situación si se tratara de un extranjero con visa de residente, con vínculos familiares de paternidad con menores nacionales colombianos, por ejemplo, porque en ese caso sería indispensable estudiar la posible vulneración de los derechos fundamentales y prevalentes de los niños a tener una familia y no ser separado de ella.

En segundo lugar, y precisamente respecto de los menores hijos del actor y su derecho a la educación, se verifica que la decisión de cancelación de sus visas de beneficiarios y la expulsión del país de su padre, fueron hechos decididos en actos administrativos que se produjeron en los meses de diciembre de 2000 y enero de 2001, época para la cual los menores no se encontraban estudiando y bien podían iniciar el año lectivo en donde la familia decidiera fijar su nueva residencia. En tales condiciones, no podría sostenerse con certeza la existencia de un perjuicio de naturaleza irremediable que ameritara la prosperidad del amparo demandado.

En el caso concreto, no existe, en suma, la concurrencia de esos tres elementos que la doctrina constitucional ha trazado para calificar el perjuicio como irremediable.

Finalmente, debe ponerse de presente en este caso que la utilización del otro medio de defensa judicial -acción de nulidad y restablecimiento del derecho- permite al interesado solicitar la suspensión provisional del acto administrativo, de manera que resulta pertinente

recordar la doctrina constitucional sobre la materia:

Así, en sentencia de 6 de febrero del año de 20016, se precisó y reiteró:

“6.- El artículo 85 del Decreto 01/84, subrogado por el artículo 15 del Decreto 2304/89 consagra la posibilidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que se declare la nulidad de un acto administrativo y se reparen los perjuicios causados como consecuencia de aquel. Esta acción, llamada también de nulidad y restablecimiento del derecho, es precisamente el mecanismo ordinario al cual podían acudir los tutelantes para controvertir los actos particulares y concretos por los cuales la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales dispuso su reclasificación en el régimen tributario. Pero, ¿es ésta un medio realmente idóneo para garantizar la protección de sus derechos?

“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 líbelo, 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-640/96 MP. Vladimiro Naranjo Mesa, en cuya oportunidad la Corte dijo 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. Luego tampoco por este concepto encuentra la Sala motivo para conceder el amparo solicitado”. (Subrayado fuera de texto).

“8.- Las anteriores apreciaciones permiten concluir que, en el asunto bajo revisión, los peticionarios podían acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, utilizando un mecanismo que sí resultaba idóneo y eficaz para asegurar la protección de sus derechos. Así, y teniendo en cuenta el carácter residual de la tutela, ella resulta improcedente como la vía principal de defensa....”

Con el mismo propósito, es pertinente reseñar que en fallo SU.039, de 3 de febrero de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell, la Sala Plena de la Corte Constitucional, al precisar su jurisprudencia en torno a la compatibilidad entre la acción de tutela y las acciones contencioso administrativas y la suspensión provisional del acto administrativo, consideró:

“4) La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción, de la institución de la suspensión provisional. El viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlo el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a las disposiciones que a nivel legal la regulan.

“El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de

transgresión de aquéllos. Decisiones de esa índole tendrían sustento en:

- La primacía que constitucionalmente se reconoce a los derechos fundamentales y a la obligación que tienen todas las autoridades- incluidas las judiciales- de protegerlos y hacerlos efectivos (art. 2 C.P.)

“- La aplicación preferente de la Constitución frente a las demás normas jurídicas y así mismo el efecto integrador que debe dársele a sus disposiciones con respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico. De este modo, al integrar las normas que regulan la suspensión con las de la Constitución se podría lograr una mayor eficacia y efectividad a dicha institución.

“- La necesidad de dar prevalencia al derecho sustancial (art. 228 C.P.), mas aún cuando este emana de la Constitución y busca hacer efectivas la protección y la vigencia de los derechos fundamentales.

“- La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos tiene un fundamento constitucional. El art. 238 permite dicha suspensión “por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”. Siendo la Constitución ley de leyes y pudiendo aplicarse sus normas directamente, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales (art. 85), es posible aducir como motivos constitucionales para la procedencia de la suspensión provisional la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales.

“La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurren a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos por violación de los derechos constitucionales fundamentales, independientemente de que ésta sea manifiesta o no, indudablemente, puede contribuir a un reforzamiento en los mecanismos de protección de los referidos derechos.”(Subrayas y negrillas fuera de texto).

Conforme a lo expuesto, en el caso materia de examen, no es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para conseguir la protección del derecho fundamental al debido proceso invocado por el actor, ante la inexistencia de un perjuicio de naturaleza irremediable, requisito que resulta insoslayable en todo evento para que la acción de tutela

pueda desplazar el medio judicial de defensa ordinario que tiene el interesado para hacer valer sus derechos. Dejar de lado esa exigencia constitucional y legal, implicaría desconocer la naturaleza residual y subsidiaria que el constituyente de 1991 le confirió a la acción contemplada en el artículo 86 de la Carta.

Por consiguiente, la Corte CONFIRMARÁ la sentencia de segunda instancia, en tanto revocó la de primer grado que concedió el amparo para denegarlo, pero por las razones aquí expuestas.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: LEVANTAR la suspensión de los términos decretada por la Sala para fallar el presente proceso.

Segundo: CONFIRMAR, por las razones expuestas en el presente fallo, la sentencia adoptada por la Sala de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 23 de abril de 2001, mediante la cual REVOCÓ el fallo dictado por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha el 5 de marzo de 2001, que concedió la acción de tutela interpuesta, a través de apoderado, por el señor HUSSNY KASSEM KASSEM contra el director del Departamento Administrativo de Seguridad, a la que fue vinculado el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Tercero: ORDENAR que por Secretaría General se dé cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia T-142, de 30 de marzo de 1995.

2 El funcionario se refiere al Decreto 2371 de 1996, artículo 1 y 148. Este último señala que: “El Ministerio de Relaciones Exteriores, en uso de su competencia soberana y discrecional y a través del Jefe de la División de Visas, podrá disponer mediante auto la cancelación de visa. Contra esta providencia no procede recurso alguno”.

3 El auto obra a folio 392 del expediente.

4 La norma prescribe: “Las visas a que se refiere el presente Decreto podrán otorgarse en calidad de Beneficiario al cónyuge, compañero permanente, padres e hijos, dependientes económicamente del extranjero a quien se le hubiere otorgado una visa, previa prueba del vínculo o parentesco...”

5 Sentencia T-225 de 1993. M . P. Vladimiro Naranjo Mesa.

6 M. P. Alejandro Martínez Caballero.