

Sentencia No. T-438/92

DERECHO DISCIPLINARIO/DEBIDO PROCESO/PRINCIPIO DE

FAVORABILIDAD-Alcance

Si al derecho disciplinario se le aplican los principios generales del derecho penal, es claro que en el caso concreto, la procuraduría violó el principio de la favorabilidad. Si bien es cierto que la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de este principio en especial para resolver conflictos de carácter temporal entre las leyes, también es cierto que el principio de favorabilidad está esencialmente concebido para resolver conflictos entre leyes que coexisten de manera simultanea en el tiempo.

EMPLEADO PUBLICO-Intervención en política/PERSONAL DOCENTE

Cuando el estatuto docente les ordena a los educadores cumplir la Constitución y las leyes de Colombia, se entiende que así deben hacerlo, pero que deben cumplir en particular las normas que regulan específicamente su actividad, y subsidiariamente, las demás normas generales. Por ello, no se le puede exigir al docente que no intervenga en política, cuando el estatuto específico que regula su actividad se lo esta permitiendo, con una excepción supremamente concreta. la Constitución del 91 consagra, como principio general, que los empleados públicos pueden participar en política y se encarga de establecer ella misma las excepciones a ese principio. La participación de los empleados no contemplados en la prohibición en planchas o en listas con miras a su elección para corporaciones públicas, es un asunto que en los términos del citado artículo sólo puede ser definido por la ley. Sin embargo, no cabe duda que la posibilidad de intervenir en política era también permitida para los docentes, incluso a la luz de la Constitución anterior, respetando, eso sí, las limitantes que ella y la ley contemplaban.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia/TRANSITO CONSTITUCIONAL

No obra en el expediente prueba de las circunstancias concretas que podrían haberse erigido

en obstáculo para atacar el acto vulnerador de los derechos fundamentales, y que hubieran colocado al solicitante – aún disponiendo de medios judiciales ordinarios de impugnación – en situación de no poder hacer uso de ellos o ser éstos inidóneos para el fin propuesto. El material acopiado no permite efectuar la confrontación de eficacia entre la acción de tutela y los medios judiciales ordinarios en principio procedentes. De otra parte, se trata de una actuación y unos efectos ya consumados al amparo del anterior ordenamiento constitucional, los cuales por estar agotados en la órbita jurídica no subsisten a la fecha de adoptarse este fallo.

Sentencia de JULIO 1 DE 1992

Ref: Expediente 1413

Actor: ARGEMIRO RAMIREZ

MENDIVIELSO

Magistrado ponente:

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo ha pronunciado

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de acción de tutela instaurado por Argemiro Ramírez Mendivelso contra el

Ministerio de Educación Nacional, y que fuera resuelto en primera y única instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

## I. ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional eligió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

Por reparto le correspondió el presente negocio a esta Sala, la cual recibió formalmente el expediente el día 17 de marzo del año en curso.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión de la Corte entra a dictar sentencia de revisión.

### a. La acción

El 18 de febrero de 1992, el señor Argemiro Ramírez Mendiviello interpuso demanda de tutela ante el Juez Superior de Reparto de Santafé de Bogotá.

En dicha demanda, el peticionario relata que fue nombrado por el Ministerio de Educación Nacional desde 1975 como profesor de Química y Biología, en un Colegio de Bosa y que después de haber sido trasladado en varias oportunidades, el 21 de Enero de 1991 le fue notificada una resolución de destitución emanada del mismo Ministerio.

El origen de dicha destitución se remonta al 15 de Diciembre de 1988, cuando el profesor fue denunciado ante la procuraduría regional de Bogotá por supuesta intervención en política. Seis meses después se formuló el respectivo pliego de cargos. Al momento de rendir descargos, Ramírez Mendiviello argumentó en su defensa diciendo que el Estatuto Docente (decreto ley 2277 de 1979) sólo prohíbe hacer proselitismo político en la cátedra y de ninguna manera prohíbe a los educadores intervenir en política, tesis que encuentra respaldo en diversas resoluciones de la misma procuraduría. Finalmente, manifiesta que se trata de una contradicción entre una norma general (ley 25 de 1974), y una norma especial (estatuto docente), y que, en consecuencia la interpretación debe resolverse a favor de la norma especial por mandato expreso de la ley 57 de 1887.

Estos argumentos fueron recibidos por el Procurador Primero Regional de Bogotá, quien, al considerarlos insuficientes, solicitó su destitución, decisión que fue confirmada en apelación por el Procurador Tercero Delegado para la Vigilancia Administrativa y ejecutada por el Ministerio de Educación Nacional el 20 de Noviembre de 1990.

Paralelamente, se adelantó un proceso penal contra Ramírez por los mismos hechos. El 21 de Mayo de 1991, el Juzgado 9 de Instrucción Criminal de Chocontá decretó cesación de procedimiento por no encontrar fundamento en los cargos.

Según el profesor Ramírez los hechos mencionados conducen a una violación de su derecho al trabajo y al debido proceso y por eso se ve obligado a interponer la tutela, para que se ordene su reintegro, se le cancelen los sueldos a que tiene derecho y se le indemnice.

#### b. Las pruebas

El peticionario aportó las siguientes pruebas:

- Constancia de trabajo expedida por el Jefe de División de Personal del Ministerio de Educación Nacional. En ella consta que trabajó como profesor, desde el 21 de Abril de 1975 hasta el 20 de Noviembre de 1990, fecha en la que fue destituido.
- Resolución de Escalafón 03699 del 15 de Mayo de 1989 de la Junta Seccional de Escalafón en la cual consta que fue ascendido al Grado 12 del Escalafón Docente.
- Oficio 1158 del 21 de Junio de 1989 de la Procuraduría 1a. Regional de Bogotá, en la que se le pide al peticionario explicación de las razones por las cuales aceptó la candidatura al cargo de concejal de Machetá, y en la que se afirma que “la conducta descrita constituye inequívocamente intervención en política”. (Subrayas de la Sala)
- Copia de la explicación dada por el peticionario a la Procuraduría Primera, en la que detalló que el Estatuto Docente le permitía ostentar la categoría de concejal y recusación por el hecho de considerar que el competente para conocer del asunto no es el procurador regional sino la Junta del Escalafón.
- Resolución 059 del 14 de Noviembre de 1989 de la Procuraduría 1a. solicitando la destitución del peticionario. En esta resolución, después de desestimar la recusación, el

Ministerio Público procede a afirmar que en el momento en que se inscribió como candidato, el peticionario ostentaba la calidad de empleado oficial, en el grado de docente, lo que viola el art. 1 de la Ley 85 de 1981, porque “figurar en lista, aceptar la postulación como candidato para Corporaciones Públicas de elección popular, siendo éstas de índole administrativo - CONCEJOS MUNICIPALES- constituye intervención en política, toda vez que su nombre representa un determinado movimiento partidista y se somete a una contienda de tipo electoral”. Como sustento de lo anterior, cita la Procuraduría apartes de sendas providencias de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, y de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Termina diciendo que la existencia de norma especial no impide la aplicación de normas generales.

- Copia de la Resolución 270 del 14 de Marzo de 1990, de la Procuraduría Tercera para la Vigilancia Administrativa, en la que se confirma la resolución 059. En ella se afirma que no es de recibo la argumentación del apelante, por cuanto se considera que todo empleado público que se inscriba en listas para corporaciones administrativas-legislativas incurre en la falta disciplinaria determinada como intervención en política.

- Copia de la Resolución 16636 del 20 de Noviembre de 1990 del Ministerio de Educación Nacional en la que se destituye al peticionario de su cargo de profesor, en cumplimiento de las resoluciones del Ministerio Público.

- Copia de la providencia del Juzgado 90 de Instrucción Criminal de Chocontá, del 21 de Mayo de 1991, por la cual se calificó el mérito del sumario y se decretó la cesación del procedimiento en el proceso que por el delito de intervención en política cursaba contra el peticionario de esta tutela. En dicha providencia, el Juzgado de Instrucción Criminal consideró que, si bien en principio está prohibido a los empleados públicos participar en política, en este caso existen normas especiales, como el Estatuto docente, en las que lo único que se prohíbe es hacer proselitismo en la cátedra, lo cual permite inferir que a los educadores les está permitido intervenir en los demás actos propios de la política nacional. La elección de concejal, a más de ser un derecho constitucional, está, entonces, permitida para los educadores. Además, le consta al juzgador que el acusado consultó diversas opiniones autorizadas al respecto lo cual, en últimas, permite que haya obrado con la convicción errada e invencible de no incurrir en violación alguna a la ley penal, lo cual es una causal de inculpabilidad, pues creyó invenciblemente que estaba amparado por una causal de

justificación .

- Copia de dos resoluciones en las que diversas procuradurías delegadas y regionales archivaron procesos y revocaron destituciones, en casos similares al presente.

- Por último, se aporta el concepto de los abogados Luis Carlos Avellaneda Tarazona y Manuel Medina Pareja, emitido a solicitud de FECODE en el cual se sostienen los siguientes argumentos: el principio general es que todo ciudadano tiene derecho a elegir y ser elegido y, por lo tanto, la excepción a ese principio tiene que interpretarse de manera restrictiva. La prohibición de intervenir en política sólo es predicable de los empleados de Carrera Administrativa y no a los de Carrera Docente, por interpretación del Estatuto Docente. La sola inscripción de la candidatura no es “participación en política”. Los Concejos son órganos administrativos y no políticos.

#### c. El fallo a revisar

El juzgado superior a quien le correspondió el reparto, consideró que el competente era el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y a dicho organismo remitió el expediente.

Con ponencia de Alvaro León Obando Moncayo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la tutela, con base en las siguientes consideraciones:

- El peticionario pretende que se le protejan sus derechos, sin atacar la ilegalidad de los actos administrativos por los cuales se le sancionó, y sin especificar si utiliza o no la tutela como mecanismo transitorio.

- La tutela sólo procede cuando no existe otro mecanismo de defensa judicial. En este caso, el peticionario tiene a su disposición la acción contencioso-administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho.

- Tampoco se trata de un caso en que se interponga la tutela como mecanismo transitorio, pues no hay en juego ningún perjuicio irreparable.

d. El texto de la presente sentencia de revisión, casi en su integridad, corresponde a un proyecto de ponencia inicialmente presentado por el H. Magistrado CIRO ANGARITA BARON, el cual no fue acogido únicamente por las razones que se consignan en el considerando D.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

### A. La naturaleza del Derecho Disciplinario

1. El peticionario fue sancionado por el Ministerio Público, en ejercicio del poder disciplinario. El derecho disciplinario que respalda este poder está compuesto por un conjunto de normas y principios jurídicos que permiten imponer sanciones a los servidores públicos cuando éstos violan sus deberes, obligaciones o incurren en vulneración de las prohibiciones e incompatibilidades que para ellos ha establecido la ley.

Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada “derecho administrativo disciplinario”. Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal. Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación debe observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predicán también del disciplinario. Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales) y empieza a hacer carrera la revitalización del término “derecho criminal” para referirse al derecho de los delitos propiamente dichos.

Expertos como el profesor Juan Fernández Carrasquilla afirman:

“El derecho disciplinario amenaza sanciones administrativas a quienes violan los especiales deberes de lealtad y rectitud que por una investidura pública les vienen impuestos. Al aplicarlo (aunque sea por medio del otorgamiento de esta función administrativa a ciertos órganos de la jurisdicción), el Estado procede, dice algún autor, como un patrón especial, no como soberano. En general, el ilícito disciplinario se encuentra definido en tipos más abiertos y las sanciones pueden ser a veces discrecionales. En él no hay nada de peligrosidad. Por lo general, la sanción disciplinaria no es incompatible con la penal propiamente dicha, salvo

cuando la deslealtad o deshonestidad del funcionario o empleado público es elemento del tipo penal, pues entonces se violaría el postulado *nombis in idem*. )<sup>1</sup>

Todo lo anterior lleva a la conclusión inequívoca de que este derecho disciplinario, que es, en últimas un derecho penal administrativo, debe aplicarse con la observancia debida a los principios del derecho penal común. Debe aplicarse directamente el art. 375 del Código Penal, que establece:

“Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que éstas no dispongan otra cosa”

En consecuencia, se debe entender que “materias penales” no es equivalente a “materias criminales”, sino a materias en las que se apliquen penas, y se debe entender el término “penas” en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada. Si no se aceptare la aplicación directa de este precepto en el derecho disciplinario, cabría en todo caso la aplicación analógica del mismo, por la similitud en la naturaleza de las normas. En todo caso, la misma Constitución permite hacer esta interpretación, pues en el artículo 29 generaliza las normas del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas.

Si al derecho disciplinario se le aplican los principios generales del derecho penal, es claro que en el caso concreto que hoy ocupa a esta Sala, la procuraduría violó uno de esos principios generales: el principio de la favorabilidad.

#### B. El principio de favorabilidad

2. El principio de favorabilidad está consagrado en la Constitución Nacional, art. 29, inciso tercero (“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”). La norma de la favorabilidad está reiterado en la ley 153 de 1887 y estaba consagrado en la Constitución de 1886. Si bien es cierto que la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de este principio en especial para resolver conflictos de carácter temporal entre las leyes, también es cierto que el principio de favorabilidad está esencialmente concebido para resolver conflictos entre leyes que coexisten de manera simultánea en el tiempo.

En el caso planteado, si la procuraduría, encontraba reprochable la conducta del profesor Ramirez, tenía la posibilidad de escoger entre dos normas concurrentes: de un lado la Ley 85 de 1981, que es de carácter general para todos los empleados públicos y del otro el Estatuto docente, que es una norma específica. Olvidando que en su potestad disciplinaria-sancionatoria, debía tener en cuenta los principios generales del Derecho Penal, la Procuraduría aplicó la norma que más fácilmente respaldaba una sanción y no la norma que más convenía al acusado.

La argumentación del Juez Noventa de Instrucción Criminal de Chocontá, en cambio, acoge plenamente el principio de favorabilidad y absuelve de toda responsabilidad al profesor Ramírez.

Dice el juez penal en su sentencia:

“...No obstante, para casos como el presente, tenemos que existen igualmente normas especiales, como el llamado “Estatuto Docente” contemplado en el Decreto 2277 de 1979, el cual determina un “tratamiento especial” al docente en su artículo 3”.

“A su vez, el Art. 46, literal i, establece prohibición de intervención proselitista política mediante la utilización de la cátedra; significa lo anterior que al interpretarse exegéticamente está permitido, de consiguiente, si solamente se prohíbe la utilización de la cátedra para el proselitismo político, por lo demás, estos empleados oficiales pueden intervenir en los demás actos propios de la política nacional”.

“Así las cosas tendríamos que el ser elegido concejal, no sería incompatible con las inhabilidades de que trata la norma en cita; si no es aplicable a los docentes tenemos que en la práctica estos son y pueden ser elegibles a cargos tales como el de que dan cuenta estos autos.”

La confrontación de la argumentación hecha por la Procuraduría contrasta con la argumentación del juzgado penal. Ambos se refieren al mismo hecho pero la tonalidad y el sentido del discurso jurídico apuntan en direcciones opuestas: mientras la Procuraduría acude a la normatividad existente con un propósito sancionatorio, tratando de encontrar la norma que respalda la destitución del profesor Ramírez, el juzgado penal explora las normas en busca de la protección de la persona. Más que una contradicción entre dos órdenes

normativos, tenemos aquí una contradicción entre dos perspectivas, entre dos tipos de preocupación, entre dos tipos de sensibilidad jurídica.

3. El argumento esgrimido por el Ministerio Público plantea un problema de hermenéutica jurídica, relativo a la especialidad o generalidad de las leyes. Es deber de los docentes, como de todos los ciudadanos, cumplir la Constitución y las leyes. Pero cuando se trata de normas sancionatorias (penales en el sentido amplio), debe hacerse una interpretación lo más restrictiva posible de ese postulado, no sólo con base en el principio de la favorabilidad -ya explicado-, sino con base en lo preceptuado en el artículo 5 de la ley 57 de 1887, que dice que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general

De tal manera que, cuando el estatuto docente les ordena a los educadores cumplir la Constitución y las leyes de Colombia, se entiende que así deben hacerlo, pero que deben cumplir en particular las normas que regulan específicamente su actividad, y subsidiariamente, las demás normas generales. Por ello, no se le puede exigir al docente que no intervenga en política, cuando el estatuto específico que regula su actividad se lo está permitiendo, con una excepción supremamente concreta.

#### C. Los funcionarios públicos y la intervención en política

##### 1) En la Asamblea Nacional Constituyente

4. En la comisión tercera encargada de redactar el articulado sobre la estructura del Estado tuvo especial importancia el tema del régimen del servidor público. Los debates estuvieron marcados por la idea de la modernización de la administración y de la eliminación de viejas prácticas clientelistas propiciadas por los servidores públicos, consideradas como causa de inmoralidad y descrédito de las instituciones del Estado.

En el marco de estas preocupaciones tuvo lugar la polémica sobre la intervención en política de los empleados públicos, que finalmente daría lugar a la votación del artículo 127 de la Constitución.

La discusión puso en evidencia la existencia de dos posiciones encontradas. La primera de ellas era partidaria de la prohibición constitucional como regla general; la segunda, en cambio, prefería la permisión constitucional como regla general.

5. Los principales defensores de la tesis según la cual participación en política de los funcionarios públicos, en cualquiera de sus manifestaciones y para toda clase de servidores del Estado, debía estar prohibida, fueron los delegatarios Hernando Yepes y María Teresa Garcés, quienes presentaron el siguiente texto a consideración de la plenaria.<sup>2</sup>

” artículo 5: A los servidores públicos les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas sin perjuicio que ejerzan el derecho al sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta”

6. Por otra parte estaban los partidarios de que se permitiera como regla general la participación en política de los empleados públicos.

En este grupo existían dos tendencias: la primera de ellas consideraba que cualquier excepción a la regla general de la participación, debía estar consagrada en la Constitución y al respecto presentaron el siguiente texto:

“artículo 5 a: A los funcionarios públicos que detenten jurisdicción y mando o cargo de dirección administrativa, así como todos los que están vinculados a la rama jurisdiccional, la electoral y los mecanismos de control les está prohibido tomar parte en las actividades de partido o movimientos políticos, en las controversias políticas e intervenir en debates de carácter electoral sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio, el quebrantamiento de esta prohibición será causal de mala conducta” <sup>3</sup>

La segunda tendencia del grupo de los partidarios de la permisión, sostenía que correspondía al legislador establecer todo lo relacionado con la posibilidad de la participación en política de los funcionarios públicos. Entre los defensores de esta idea se encontraban los constituyentes Jesús Pérez, Eduardo Espinosa, así como la propuesta de la Cámara de Representantes y la del Gobierno Nacional.

De acuerdo con esta opinión, el Constituyente Abel Rodríguez propuso el siguiente artículo:

“Artículo 14: La ley fijará las condiciones para la participación de los servidores públicos en política ... ” <sup>4</sup>

” Esta propuesta constituye un significativo avance frente al régimen vigente, en el sentido de permitirle el ejercicio pleno de los derechos políticos de los ciudadanos, no obstante su vinculación al Estado; concientes eso si que la autoridad de la cual pueden estar investidos no puede constituirse en elemento al servicio de una causa o partido. En consecuencia y con el ánimo de que pueda realizarse un desmonte parcial de la prohibición actual se ha trasladado al legislador la fijación de condiciones y requisitos para la participación de los servidores públicos en política.”<sup>5</sup>

7. Luego de este debate, la mayoría de constituyentes fueron partidarios de abolir la prohibición que se tenía a todos los empleados públicos de intervenir en política. Se pensó que la prohibición era demasiado restrictiva, que si bien frente a ciertos funcionarios se justificaba la prohibición, frente a otros no era razonable y podía conducir a excesos e injusticias.

Fue así como el constituyente Carlos Rodado Noriega presentó una propuesta sustitutiva del artículo 14 presentado por la comisión tercera, según la cual se le defería a la ley la reglamentación de la intervención política de los servidores públicos. El texto sustitutivo fue el siguiente:

” artículo 14: La ley fijará las condiciones para la participación de los servidores públicos en actividades políticas, salvo en los casos de los funcionarios que detenten jurisdicción o mando o dirección administrativa o de la rama jurisdiccional, la electoral y los organismos de control. Con todo el servidor público que induzca o presione indebidamente a cualquier persona natural o jurídica, para que respalde una causa o campaña política perderá el empleo e incurrirá en interdicción de derechos y funciones por el término de cinco años”<sup>6</sup>

Como se ve, la propuesta conciliaba la idea de la prohibición taxativa para ciertos funcionarios públicos con la idea de la permisión regulada por la ley.

Fue sometida a votación y aprobada, con algunas modificaciones de carácter gramatical, en la sesión plenaria del 18 de junio de 1991, en el capítulo de los partidos y movimientos políticos. El texto aprobado fue el siguiente:

” artículo 6: A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial,

electoral y de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos o movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. ( tesis 2)

Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley.”<sup>7</sup>

En la plenaria del 1 de Julio se decidió incluir dentro del artículo de incompatibilidades del servidor público este artículo que estaba disgregado de este capítulo, donde la prohibición de intervenir en política se convirtió en la excepción dentro de la regla y será al legislador a quien le corresponderá establecer la forma de acceso de los servidores públicos al plano de la actividad política.

## 2). Conclusión: la intervención en política

8. La estructura y funcionamiento de la administración pública están determinados por la idea del interés general. En el caso de los funcionarios oficiales, esta determinación se manifiesta en la creación de un régimen de regulación especial de las relaciones entre la administración y sus servidores.

9. La prohibición de la participación en política se deriva del propósito estatal de neutralidad en la toma de decisiones y en la aplicación de las mismas, condición ésta indispensable para la protección de los intereses generales.

El postulado clásico de este principio se desprende de la mecánica institucional del Estado liberal del siglo XIX: en aquellas circunstancias, la administración tenía el cometido exclusivo de aplicar la ley, producto de la voluntad general representada en las mayorías parlamentarias; un adecuado funcionamiento de esta distribución de competencias exigía la total neutralidad de los funcionarios y por lo tanto una perfecta separación entre el periodo político de creación de la ley y el periodo técnico de su aplicación.

Con la evolución del Estado intervencionista y con el aumento de la complejidad de las relaciones entre el derecho y la sociedad se introdujeron variaciones importantes en el esquema clásico de la administración pública, entre las cuales la más significativa tuvo que ver con el fortalecimiento de su poder de interpretación y creación en el proceso de

aplicación. De acuerdo con esto, la función de la administración no puede limitarse a una simple deducción mecánica del principio legal; ella implica una participación activa, creativa y política, en cuanto interpretación del contenido del interés general, en el proceso de adecuación de las normas legales a la realidad social. El poder discrecional no debe ser entendido como una intromisión en las facultades políticas del órgano legislativo, sino como una consecuencia misma de la naturaleza de la función administrativa, cuya complejidad y dinamismo impiden una previa determinación, a través de formulaciones abstractas, de la manera como deben ser aplicadas las normas.

No obstante el carácter creador y político de la función llevada a cabo por la administración pública, el principio de la no intervención en política de sus servidores -en política partidista- ha permanecido intacto. Se ha seguido considerando que la prohibición de participar en el debate político es una condición necesaria de la neutralidad del funcionario público.

Sin embargo, la misma complejidad de la administración y la diversidad de manifestaciones que puede adoptar la conducta prohibida hace necesario una adecuación del principio general a los diferentes casos concretos. No todos los funcionarios públicos al participar en la política partidista están en condiciones de afectar de manera similar la neutralidad y el interés general. Si se parte del principio general, según el cual las decisiones de los servidores públicos deben ser imparciales, es evidente que una de las condiciones indispensables para poder incurrir en una falta relacionada con dicha imparcialidad tiene que ver con la existencia de decisiones en las cuales se haga posible dicha violación. Si un servidor público dentro del catálogo de las funciones que le fueron asignadas no tiene la oportunidad de tomar este tipo de decisiones, pues es claro que con su participación en política no se afecta el interés general.

En el caso de los profesores, la preocupación del legislador sobre la participación en política se manifiesta en la posibilidad de que la enseñanza impartida por el maestro se encuentre cargada de contenido político en favor de algún partido o movimiento. Por eso el estatuto docente prohíbe expresamente al profesor la utilización de la cátedra para estos fines. Por fuera de esta específica interdicción, el estatuto docente no hace referencia a ninguna otra conducta y esto es razonable si se tiene en cuenta el hecho de que sólo en estas circunstancias, en la cátedra, el profesor se encuentra en posibilidad de afectar la neutralidad exigida por la constitución a sus servidores. Por fuera de la cátedra el profesor se encuentra

en condiciones similares a las de los demás ciudadanos. Sus opiniones políticas e incluso su participación directa en el debate partidista, por fuera del recinto académico, no tienen por qué afectar la neutralidad que la ley exige de sus servidores en el manejo de los bienes y asuntos de interés general.

La Constitución colombiana, atendiendo al criterio de neutralidad en las decisiones, a la hora de establecer la prohibición de participar en política, diferencia claramente entre aquellos funcionarios que tienen un notable poder decisorio y de afectación del interés general y aquellos que no lo tienen. Para el primer grupo de funcionarios la constitución establece el principio de la prohibición; para el segundo el principio de la permisión.

En efecto el artículo 127 de la Carta dice lo siguiente en sus incisos segundo y tercero

“A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

“Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley.”

Es claro entonces, que la Constitución del 91 consagra, como principio general, que los empleados públicos pueden participar en política y se encarga de establecer ella misma las excepciones a ese principio. La participación de los empleados no contemplados en la prohibición en planchas o en listas con miras a su elección para corporaciones públicas, es un asunto que en los términos del citado artículo sólo puede ser definido por la ley. Sin embargo, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores de esta misma providencia, no cabe duda que la posibilidad de intervenir en política era también permitida para los docentes, incluso a la luz de la Constitución anterior, respetando, eso sí, las limitantes que ella y la ley contemplaban.

D. El otro mecanismo de defensa judicial

10. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca niega la tutela al peticionario con el

argumento de que “existen otros mecanismos de defensa judicial”. El alcance de dicha expresión ha sido ya objeto de análisis por esta misma Sala de Revisión al conocer de la tutela de referencia T-534; en aquella ocasión se dijo lo siguiente:

“Si se repara que en el inciso primero de dicho artículo la acción de tutela aparece consagrada como un procedimiento para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuandoquiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; que en la función pública de administrar justicia debe prevalecer el derecho sustancial y se observará la debida diligencia (Constitución Nacional, Artículo 228); y que entre los fines esenciales del Estado está el de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución (Ibidem Art. 2) está fuera de toda duda que la acción de tutela, por la expresa voluntad del Constituyente de 1991, es el recurso efectivo que consagran los tratados y convenios internacionales para proteger eficazmente los derechos fundamentales. Por tanto, así se ha venido a colmar en el ordenamiento nacional un vacío que justamente venía preocupando a personas y entidades comprometidas en la protección de tales derechos.

“Siendo esto así, es claro entonces que el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su naturaleza, tiene la acción de tutela. De no ser así, se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente.

“En otros términos, en virtud de lo dispuesto por la carta del 91, no hay duda que “el otro medio de defensa judicial” a disposición de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata. No basta, pues, con la existencia en abstracto de otro medio de defensa judicial si su eficacia es inferior a la de la acción de tutela.”<sup>8</sup>

No obstante lo anterior, no obra en el expediente prueba de las circunstancias concretas que

podrían haberse erigido en obstáculo para atacar el acto vulnerador de los derechos fundamentales, y que hubieran colocado al solicitante – aún disponiendo de medios judiciales ordinarios de impugnación – en situación de no poder hacer uso de ellos o ser éstos inidóneos para el fin propuesto. El material acopiado no permite efectuar la confrontación de eficacia entre la acción de tutela y los medios judiciales ordinarios en principio procedentes. De otra parte, se trata de una actuación y unos efectos ya consumados al amparo del anterior ordenamiento constitucional, los cuales por estar agotados en la órbita jurídica no subsisten a la fecha de adoptarse este fallo.

Lo anterior en atención a que el artículo 6o. numeral 1o. del Decreto 2591 de 1991 exige que la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales sea apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia dependiendo de las circunstancias en que se encuentre el solicitante. Luego, tales circunstancias deben poder apreciarse por el juez, para decidir por razones de eficacia la procedencia de la acción de tutela, pese a la existencia de medios judiciales ordinarios. Lo dicho resulta todavía más necesario tratándose de vulneraciones plenamente consumadas con anterioridad a la actual Constitución.

## DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional,

## RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 3 de Marzo de 1992, por la cual se negó la tutela impetrada por Argemiro Ramírez Mendivelso.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Secretaría de la Corte Constitucional que se comuniqué este fallo al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para los efectos establecidos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Copiese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CIRO ANGARITA BARON

Magistrado

-Salvamento de Voto-

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

Salvamento de voto de la Sentencia No. T-438

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD/PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL/ACCION DE TUTELA  
(Salvamento de voto)

Luego de la indicación acerca de la ausencia de prueba sobre la procedencia de la tutela como el mecanismo más eficaz de defensa de los derechos fundamentales, la decisión mayoritaria resuelve la duda que de allí se deriva en contra y no a favor del peticionario. De esta manera contradice el principio universal de favorabilidad. La duda procesal, resuelta en contra del peticionario, no se ajusta al principio consagrado en el artículo 228. Además, la contradicción de uno de mis colegas es aún más evidente si se tiene en cuenta su respaldo a la Sentencia 224 de la Corte Constitucional, en la cual se manifestó expresamente que la omisión de alguno de los requisitos procesales no impedía el otorgamiento de la tutela cuando fuera evidente la vulneración de un derecho constitucional fundamental.

FALLO DE TUTELA (Salvamento de voto)

De la parte motiva de las sentencias no se puede esperar otra cosa que la exposición de los fundamentos de la decisión. Sin embargo, no siempre sucede así y la sentencia de la cual me aparto es un buen ejemplo de ello. En este caso la disociación entre la motivación y la resolución no se explica como un descuido o como una falla o como un error de quien elabora el texto. En realidad, la disparidad es deliberada y oculta, tras el discurso, un propósito simbólico.

PALABRAS INUTILES

“Pronuncia tus sentencias

pero no des tus razones”.

William Murray

(advice to judges)

1. Es necesario comenzar aclarando que la incongruencia del fallo obedece al hecho de que la parte motiva del mismo fue redactada casi en su totalidad por el autor de este salvamento, con el propósito de conceder la tutela al peticionario y no como termina sucediendo, para negarla. La mayoría de la Sala redactó únicamente los dos párrafos finales y la parte resolutive del mismo. Por tanto es apenas natural que yo esté de acuerdo con lo que escribí. Ahora bien, mi desacuerdo es total con la parte resolutive y con los dos párrafos finales que la respaldan. Las razones suficientes para otorgar la tutela fueron ignoradas por mis colegas.

2. Es claro que en la decisión que no comparto, terminó por prevalecer un argumento de estirpe estrictamente procesal, que llevó a mis colegas a desentenderse de las eventuales violaciones de derechos constitucionales fundamentales.

En su obsesión por ignorar abiertamente el pasado y sus efectos, mis colegas no repararon en que el peticionario está en la actualidad sin empleo, como fruto de un hecho que si bien se produjo en el pasado, proyecta todavía sus efectos nocivos en el presente: la vulneración del derecho al trabajo originada en una restricción injusta a la participación en política.

3. En las últimas 26 líneas de la tutela, que son las que sirven para negar la petición, se afirma lo siguiente: “no obra en el expediente prueba de las circunstancias concretas que podrían haberse erigido en obstáculo para atacar el acto vulnerador de los derechos fundamentales y que hubieran colocado al solicitante -aún disponiendo de medios judiciales ordinarios de impugnación- en situación de no poder hacer uso de ellos o ser éstos inidóneos para el fin propuesto. El material acopiado no permite efectuar la confrontación de eficacia entre la acción de tutela y los medios ordinarios en principio procedentes”.

Luego de la indicación acerca de la ausencia de prueba sobre la procedencia de la tutela como el mecanismo más eficaz de defensa de los derechos fundamentales, la decisión mayoritaria resuelve la duda que de allí se deriva en contra y no a favor del peticionario. De

esta manera contradice el principio universal de favorabilidad al cual la ponencia inicial, incorporada en el texto finalmente aprobado, le dedica nueve párrafos.

Pero ésta no es la única contradicción de mis colegas: la perspectiva puramente procesal que se acaba de indicar, contradice el artículo 228 de la Constitución defendido arduamente por sentencia de esta Corporación en la que se lee:

“... Como corolario del principio de efectividad, elemento esencial del Estado Social de Derecho, el artículo 228 de la Constitución Política ordena que en las decisiones judiciales, prevalecerá el derecho sustancial. No existe derecho más sustancial que el consagrado en la propia Constitución cuando se ocupa de definir los diferentes derechos. Esa disposición debe por ello interpretarse como una de las más preciosas garantías de la protección de los derechos y brinda la prueba inconcusa de su pleno valor normativo”<sup>1</sup> (Subrayas fuera del texto).

Sin embargo, la duda procesal, resuelta en contra del peticionario, no se ajusta al principio consagrado en el artículo 228.

Además, la contradicción de uno de mis colegas es aún más evidente si se tiene en cuenta su respaldo a la Sentencia 224 de la Corte Constitucional, en la cual se manifestó expresamente que la omisión de alguno de los requisitos procesales no impedía el otorgamiento de la tutela cuando fuera evidente la vulneración de un derecho constitucional fundamental.

4. Por otra parte, la decisión mayoritaria que no comparto es un buen ejemplo de una peligrosa tendencia, manifiesta en sentencias de tutela de otras Salas de la Corte y que consiste en utilizar la parte motiva para exponer un discurso progresista y alentador en materia de derechos constitucionales, que a la hora de la verdad no es tenido en cuenta en la parte resolutive de la sentencia.

En efecto, de la parte motiva de las sentencias no se puede esperar otra cosa que la exposición de los fundamentos de la decisión. Sin embargo, no siempre sucede así y la sentencia de la cual me aparto es un buen ejemplo de ello. En este caso la disociación entre la motivación y la resolución no se explica como un descuido o como una falla o como un error de quien elabora el texto. En realidad, la disparidad es deliberada y oculta, tras el discurso, un propósito simbólico.

El mecanismo simbólico que se anota puede ser descrito como el propósito que los creadores o los aplicadores del derecho persiguen al separar una práctica discursiva colmada de valores democráticos, solidarios, protectores, conciliadores, de una práctica muda, cuya característica esencial consiste en la imposición de restricciones, controles, limitaciones, etc.

Lo dicho no se hace y lo hecho no se dice. El pudor de no comentar las sanciones que se establecen conduce al establecimiento de sentencias infundadas, sin pudor.

En el caso de la decisión mayoritaria que no comparto, luego de recorrer el texto de la Sentencia, pasando por una motivación detallada y colmada de insistentes argumentos en favor del derecho de los profesores a la participación política, hasta llegar a la desconcertante decisión que niega el derecho del peticionario, viene a la memoria la pregunta de F. Von Schiller: “Qué es lo poco que quiere decir todo ese largo discurso?”.

Magistrado

1 Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Fundamental. Tomo I

2 Desgrabaciones magnetofónicas de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente. Sesión Plenaria de Mayo 30 de 1991.

3 Ibidem No 2

4 Gaceta Constitucional No 70 pág 16

6 Informe de ponencia para primer debate. Gaceta Constitucional No 68 pág 17

7 Gaceta Constitucional No 105 pág 15

8. Sentencia Corte Constitucional No 414 Sala Primera de Revisión, pág 15

1 Sentencia Número 06. Sala de Revisión Número 2, página 28