

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoria interna	Boletín 04-2012
Periodo:	OCTUBRE de 2012	

El boletín recoge breves reseñas de algunas providencias en las cuales el funcionario titular del despacho actúa como ponente o expide directamente. Excepcionalmente se insertarán aclaraciones o salvamentos (con el texto de la providencia de mayoría). El texto completo podrá consultarse en línea en documentos PDF (seguir hipervínculo).

ÍNDICE

TUTELA. Notificación a la autoridad requerida mediante mensaje de datos al buzón institucional.	850013331001-2012-00032-01	2
TUTELA. DERECHO DE PETICIÓN.	850012331002-2012-00235-00	2
TUTELA. DEBIDO PROCESO. NOTIFICACIÓN ACTUACIONES DIAN POR INTRODUCCIÓN AL CORREO. SANEAMIENTO DE NOTIFICACIÓN DEFICIENTE EN VIRTUD DE ACCESO A COPIA DE ACTUACIÓN TRIBUTARIA.	850012331002-2012-00238-00	3
TUTELA. Debido proceso y acceso a cargos públicos. Concurso notarial. Procedencia de la tutela para ejecución de providencias proferidas en procesos ordinarios: acceso efectivo a la administración de justicia. Organismo rector de la carrera notarial: puede comparecer como demandado en juicios o litigios. Impedimentos para ser designado notario: llamamiento a juicio por infracción penal.	850012331002-2012-00239-00	4
TUTELA. HÁBEAS DATA. REPORTE DE REQUERIMIENTOS PENALES Y ÓRDENES DE CAPTURA. DEBER DE ACTUALIZAR LOS REGISTROS OFICIALES. JUEZ CONSTITUCIONAL NO CANCELA ÓRDENES DE CAPTURA.	850012331002-2012-00241-00	7
REPARACIÓN. CADUCIDAD. DESAPARICIÓN FORZADA Y MUERTE DE LA VÍCTIMA: RESCATE DE CADÁVER NO CONSTITUYE “APARECIMIENTO”. AUTONOMÍA DE LAS JURISDICCIONES.	850013333001-2012-00033-01	9
ACLARACIONES Y SALVAMENTOS DE VOTO		
REPARACIÓN. Responsabilidad de llamado en garantía. Asegurador: no hay solidaridad con quien lo llama.	850013331002-2007-00606-01	13
REPETICIÓN. Embarazada empleada en provisionalidad; incorporación a planta y arribo de titular de carrera. No procede nulidad del retiro de la provisional, menos reintegro. Régimen de prestaciones asistenciales y económicas (atención de gestación, parto y licencia) no confiere estabilidad per se.	850012331003-2008-00034-00	14
REPARACIÓN. LUCRO CESANTE. Renta única: eventual agotamiento de la fuente indemnizatoria. Distribución entre beneficiarios que comparecen sucesivamente en procesos separados.	850013331002-2009-00020-01	14
POPULAR. INCENTIVO. Demandas presentadas antes de promulgarse la Ley 1425 del 2010. Extinción del beneficio: el ejercicio de la acción no confiere per se derecho subjetivo alguno.	850013331702-2008-00067-01	15

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 04-2012
Periodo:	Octubre de 2012	

Ref.: TUTELA. Auto. INCIDENTE DE DESACATO. Notificación a la autoridad requerida mediante mensaje de datos al buzón institucional.

Antecedentes. La sentencia constitucional impartió precisas órdenes al INPEC para que se ponderara la viabilidad del traslado de un condenado. La autoridad accionada no las cumplió ni explicó las razones de la omisión; fue sancionada por desacato. Se discute la validez de la notificación del fallo y de la apertura del incidente mediante mensajes de datos.

Problema jurídico 1. ¿Satisface el núcleo esencial del debido proceso respecto de la autoridad convocada a un incidente de desacato la pertinente notificación del auto mediante mensaje de datos a la cuenta de correo asignada por la institución para recibir notificaciones judiciales?

Decisión, tesis y fundamentos. *Sí. Corresponde al jefe de la entidad accionada velar porque los mensajes de datos que entran efectivamente al servidor de correo institucional fluyan a su destino y por consiguiente, la eventual omisión de sus colaboradores no lo exonera de responsabilidad personal por desacato.*

Esta Sala encuentra cumplido los estándares constitucionales de contradicción y defensa dentro del trámite incidental impartido por el *a quo* pues, pese a que la Corte Constitucional ha indicado que la apertura del incidente no requiere de notificación personal al funcionario responsable del cumplimiento en atención a la perentoriedad de las órdenes de amparo (sentencia T-343 de 2011)¹, la providencia de apertura fue notificada al director nacional del Inpec a través del correo electrónico notificaciones@inpec.gov.co quien, dada su condición, ejerce amplias facultades de dirección administrativa sobre sus subalternos para atender oportunamente los múltiples requerimientos judiciales y ha de ocuparse de recibir inmediata noticia de tales notificaciones judiciales o adoptar los controles internos de su competencia. Si los omite, ha de estarse a los resultados de su propia negligencia.

[Auto del 18 de octubre del 2012, radicado [850013331001-2012-00032-01](#)].

Ref.: TUTELA. Fallo. DERECHO DE PETICIÓN. LLAMADO A CURSO DE ASCENSO PARA ACCEDER A GRADO DE SUBINTENDENTE. PRESUNCIÓN DE VERACIDAD. INOBSERVANCIA DEL PLAZO PARA RENDIR INFORME.

Antecedentes. Un patrullero de la Policía solicitó información acerca de las razones por las cuales no fue convocado a un curso de ascenso. La autoridad requerida no le respondió, ni explicó al juez constitucional los motivos de su silencio.

Problema jurídico. Se rememoran los estándares relativos a la protección del núcleo esencial del derecho de petición.

Decisión, tesis y fundamentos. *Se precisa que la autoridad requerida debe responder de fondo y dar a conocer al interesado la pertinente respuesta, sin que en tutela haya de ocuparse el juez del alcance de lo pedido o del sentido de lo resuelto.*

Infracción al núcleo esencial del derecho de petición. Los estándares constitucionales han definido sistemáticamente que le son inherentes: i) el deber de respuesta oportuna; ii) el pronunciamiento de fondo acerca de lo solicitado; y iii) la obligación de dar a conocer la decisión al respectivo interesado, lo que no se satisface a través del juez de tutela, porque no es el titular del derecho. Y todo ello aplica a los diferentes

¹ Esta Sala ha seguido con frecuencia una orientación diferente, en guarda del derecho constitucional al debido proceso del que es titular el presunto infractor, pues si bien el desacato tiene doble cometido, lo primero (hacer cumplir el fallo) concierne a la *autoridad o entidad* destinataria de las órdenes y debe exigirse a la brevedad, mientras que lo segundo (penalizar al directo responsable) adquiere connotaciones típicamente punitivas. No es del caso, por ahora, adentrarse en esa interesante discusión.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 04-2012
Periodo:	Octubre de 2012	

eventos en que el ciudadano acude ante la autoridad, use o no la palabra *ritual*, a provocar una manifestación funcional de la misma, que *informe* o *decida* acerca de algún aspecto de su competencia².

[Sentencia del 16 de octubre de 2012, radicado [850012331002-2012-00235-00](#)]

Ref.: TUTELA. Fallo. DEBIDO PROCESO. NOTIFICACIÓN ACTUACIONES DIAN POR INTRODUCCIÓN AL CORREO. DEVOLUCIONES Y AVISO EN PRENSA. RUT CON DIRECCIÓN DESACTUALIZADA. OMISIÓN DEL CONTRIBUYENTE: GENERA SANCIONES ADMINISTRATIVAS. A PARTIR DE LA INSTAURACIÓN DEL RUT, NO HAY LUGAR A LA BÚSQUEDA DEL CONTRIBUYENTE EN OTRAS FUENTES DE DATOS OFICIALES NI PRIVADOS³. SANEAMIENTO DE NOTIFICACIÓN DEFICIENTE EN VIRTUD DE ACCESO A COPIA DE ACTUACIÓN TRIBUTARIA Y EJERCICIO DE PETICIONES DE REVOCATORIA Y DESEMBARGO.

Antecedentes. La DIAN insistió en notificar un procedimiento sancionatorio y las determinaciones adoptadas a una dirección que si bien estaba inscrita en el RUT, debía saber tenía inconsistencias por devoluciones anteriores efectuadas por el correo en la misma actuación. La interesada obtuvo acceso total al expediente y solicitó copias y ejerció recursos ante el fisco, cuando todavía podría haber desplegado medios de control contencioso administrativos.

Problema jurídico 1. ¿Se sanean los eventuales vicios en la notificación de la actuación tributaria correctiva cuando el contribuyente accede al expediente, introduce peticiones y recursos y obtiene respuesta de mérito de la autoridad fiscal?

Decisión, tesis y fundamentos. *Sí. Se trata de un evento de conducta concluyente que, en la perspectiva constitucional, sana el trámite y excluye el amparo en sede de tutela.*

Notificación por conducta concluyente: la obtención de copias y las peticiones de revocatoria. La actora acudió ante la DIAN a obtener copia completa del expediente tributario en el que se produjeron las actuaciones censuradas y consta que la recibió; además introdujo una petición de revocatoria directa acerca de la cual ya recayó decisión parcial de fondo pero sigue pendiente pronunciamiento administrativo respecto de los aspectos adicionales al desembargo.

Se erigen así dos obstáculos para adoptar una determinación de amparo: en primer lugar, porque la eventual irregularidad de la notificación del acto sancionatorio mediante remisión por correo ha quedado saneada en virtud del pleno acceso que la actora ya tuvo al expediente tributario y al ejercicio de los recursos ordinarios en sede administrativa y al pertinente medio de control contencioso administrativo; y el segundo, porque una vez concluya el debate ante la Administración, estará el camino abierto a la jurisdicción por vía ordinaria, si no ha operado la caducidad, pues parece que la interesada en vez de ejercer *recurso de reconsideración* optó por revocatoria. Si ya caducó la acción, la tutela se tornaría improcedente; y si no, festinada por subsistencia de otro medio judicial idóneo para provocar la suspensión provisional de los actos acusados y su anulación, si fuere el caso (art. 6° D.L. 2591 de 1991).

[Sentencia del 18 de octubre del 2012, radicado [850012331002-2012-00238-00](#)].

² CConst., sentencia T-814 de 2005, J. Araujo. En el nivel local, ver TAC, sentencia del 1° de febrero de 2007, N. Trujillo, expediente 2007-00005-00, línea reiterada en fallos del **27-IV-2007**, e2007-00032-00; **01-III-2007**, e2007-00013-00; **12-IV-2007**, e2007-00311-01; **12-VII-2007**, e2007-00055-00 y del **11-II-2009**, e2009-00011-00; **14-V-2009**, e2009-00051-00 y del 28-II-2011, e2011-00016-00; y más recientemente, sentencia del **12-II-2012**, e2012-00012-00, entre otras del mismo ponente.

³ Problemas resueltos en sentencia del 15 de junio de 2012, expediente 850012331002-2012-00175-00, M.P.: N. Trujillo González; expresa reiteración en fallo del 23 de agosto de 2012, radicado 850012331002-2012-00207-00 (ver boletín de agosto), reiterado en el fallo del 18 de octubre de 2012, radicado 850012331002-2012-00238-00, todos del mismo ponente.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 04-2012
Periodo:	Octubre de 2012	

Ref.: TUTELA. **Fallo.** Derechos fundamentales al **debido proceso**, de petición, al trabajo y **acceso a cargos públicos. Concurso notarial.** Procedencia de la tutela para **ejecución de providencias** proferidas en procesos ordinarios: **acceso efectivo a la administración de justicia.** Organismo rector de la carrera notarial: puede comparecer como demandado en juicios o litigios originados por la presunta expedición irregular de los actos que profiera. **Impedimentos para ser designado notario: llamamiento a juicio por infracción penal, mientras se define su responsabilidad mediante providencia firme. “Ley del concurso”.**

Antecedentes. Un ciudadano obtuvo sentencia ordinaria que dispuso incluirlo en el primer lugar de la lista de elegibles para el cargo de notario de Aguazul y adoptar las medidas necesarias para su nombramiento; el CSCN y la Superintendencia de Notariado no le dieron cumplimiento. Adujeron *imposibilidad* por carecer dicho organismo de capacidad jurídica para ser sujeto procesal y por ser inmodificable la lista, según su lectura de un fallo constitucional; igualmente, algunas razones que debieron ventilarse en sede de apelación de la sentencia de nulidad y restablecimiento de derecho, recurso no interpuesto.

Problema jurídico 1. ¿Tiene el Consejo Superior de la Carrera Notarial capacidad para comparecer en juicio, pese a carecer de personería jurídica?; ¿le son oponibles las sentencias proferidas con su audiencia, representado a través de su Secretaría Técnica (Superintendencia de Notariado y Registro)?

Decisión, tesis y fundamentos. **Sí.** Es necesario distinguir entre el centro de imputación presupuestal que deba atender los efectos económicos de la sentencia y el órgano autónomo rector de la carrera notarial, que debe adoptar las determinaciones de gobierno del concurso, que hagan posible cumplir el fallo ordinario.

Comparecencia judicial de un organismo administrativo autónomo. En primer lugar considera (el CSCN) que las órdenes impartidas por el Juzgado Primero Administrativo de Yopal en la sentencia de 15 de diciembre de 2011, son de imposible ejecución, puesto que el organismo encargado de darles cumplimiento (CSCN) carece de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, pues solo cuenta con precisas facultades legales para convocar y administrar los concursos notariales.

Para la Sala resultan infundados dichos razonamientos, pues tal como lo afirma en su defensa, el Consejo Superior de la Carrera Notarial es el organismo rector de la carrera notarial encargado de administrar los concursos y en ejercicio de esas potestades profirió los actos administrativos objeto de control de legalidad por el Juzgado Primero Administrativo de Yopal.

El ordenamiento jurídico vigente no excluye del control jurisdiccional los actos administrativos expedidos por los organismos consultivos o consejos superiores de la administración que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, cuenten o no con personería jurídica (art. 38 Ley 489 de 1998), pues esa aspiración a tener una especie de blindaje jurídico contraría los mandatos legales previstos en los arts. 82 y 83 del C.C.A., y los postulados del Estado Social de Derecho, según los cuales todos los actos, hechos y omisiones de las autoridades públicas están sometidos al control judicial a través de alguno de los medios establecidos en la Constitución y la ley. Pero también el principio de legalidad y el debido proceso aplicables a todas las autoridades y particulares que actúan en función administrativa, legislativa, jurisdiccional o de control.

Así, al ser el Consejo Superior de la Carrera Notarial el organismo que por autorización legal administra y fija las bases para los concursos notariales (arts. 164 y 165 del D.L. 960 de 1970), posee amplias facultades para que en ejercicio de su actividad administrativa comparezca como centro de imputación directa de la Nación en calidad de demandada en los juicios o litigios originados por la presunta expedición irregular de los actos que profiera. Así lo pregonan expresamente el artículo 159 de la Ley 1437 (CPACA) y ese tratamiento en nada difiere del que tienen procesalmente otros organismos afines, tales como la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto regentes de otros sistemas de carrera.

Como lo advirtió la Sala, aquí no se discute a qué entidad u organismo corresponde el pago de la condena pecuniaria impuesta en el referido fallo, cuyo análisis podría requerir la existencia de un centro de imputación presupuestal autónomo o exigir la cabal identificación del que deba proveer los recursos; tampoco hay lugar a

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 04-2012
Periodo:	Octubre de 2012	

reabrir el debate del juicio ordinario laboral, pues tanto el tercero interesado en este trámite como el Consejo Superior de la Carrera Notarial fueron legalmente vinculados a dicho proceso, sin que mediara reparo alguno de ellos respecto de la sentencia ordinaria favorable a los intereses del hoy tutelante⁴, por tanto, las inconformidades relativas a la capacidad jurídica para ser parte debieron ser ventiladas en aquel proceso.

En ese orden de ideas, acorde con los artículos 2, 6, 209 y concordantes del Estatuto Fundamental, para este Tribunal no son de recibo los razonamientos expuestos por el Consejo Superior de la Carrera Notarial para deducir de ellos que se encuentra en imposibilidad jurídica de darle cumplimiento a las órdenes declarativas proferidas en la aludida sentencia de 15 de diciembre de 2011, pues en calidad de organismo rector de la carrera notarial cuenta con amplias facultades para modificar, en cumplimiento de una orden judicial, los actos administrativos que en ejercicio de sus funciones profiera: si bien no es persona pública, ni una dependencia del Gobierno, ni en rigor está adscrito a alguno de los ministerios o departamentos administrativos que lo integran con el presidente de la República, es claro que el sistema de fuentes le otorgó la competencia privativa para regentar la aludida carrera, la que ha de ejercer con plenas garantías para los derechos de los ciudadanos. Y en dicha posición jurídica, que excluye la interferencia de cualquier otro poder administrativo, solo el Consejo y nadie más que el Consejo podrá deshacer o sustituir los actos que haya adoptado para llevar a su finalización un concurso notarial y conformar la lista de elegibles a partir del cual las respectivas autoridades nominadoras han de proveer las plazas a quienes las tengan ganadas legítimamente.

Problema jurídico 2: Se trata de *determinar si, pese a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela es el medio idóneo para forzar la ejecución o cumplimiento de una sentencia ejecutoriada proferida en un proceso ordinario.*

Decisión, tesis y fundamentos. *Sí, aunque por regla general las obligaciones de hacer se exigen mediante los instrumentos judiciales ordinarios, excepcionalmente procede la tutela para forzar que se haga efectivo el fallo.*

2.1 Ejecución de obligaciones de hacer contenidas en sentencias proferidas en la jurisdicción contencioso administrativa. El ordenamiento procesal que rige la ejecución de las *sentencias* que se profieren en la jurisdicción contencioso administrativa dispone que las autoridades a quienes les corresponda dictarán, dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, el acto correspondiente en el que se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento (art. 176 C.C.A.). De igual forma el interesado podrá forzar el cumplimiento de las obligaciones surgidas de dichas providencias mediante un *proceso ejecutivo* ante el juez de conocimiento; así lo disponen los arts. 334, 335, 493, 488, 495 y 507 del C. de P. C., aplicables a la jurisdicción contenciosa por mandato expreso del art. 267 del C.C.A.

Razones suficientes para que, en aplicación directa de los arts. 86 superior y 6º (numeral 1) del D.L. 2591 de 1991, pueda resultar improcedente la acción constitucional en casos como el presente, pues su naturaleza residual y subsidiaria impide su ejercicio como un mecanismo alternativo, adicional o complementario de los establecidos por el ordenamiento para la defensa de los derechos, “... *pues con ella no se pretende sustituir los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer las acciones y recursos judiciales dispuestos dentro de los mismos para controvertir las decisiones que se profieran*”⁵, a menos que la acción de amparo se promueva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Pese a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que dicha regla no es absoluta, pues corresponde al juez de tutela, en cada caso particular, determinar “... *cuándo ese medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para prodigar una protección inmediata, eventos en los que la acción de amparo constitucional se impone como mecanismo directo de protección*”⁶. Por obvias razones, atendiendo las particularidades concretas de cada caso, ese espectro no es ajeno para forzar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los fallos judiciales de carácter ordinario.

⁴ Así quedó establecido en la sentencia de tutela de 29 de marzo de 2012, expediente 850012331002-2012-00049-00, M.P. Néstor Trujillo González, impetrada por tercero con interés en este asunto (señor Orfilo González Cristancho), quien pretendió dejar sin efecto el fallo objeto de este pronunciamiento. Aunque a título de *rechazo por improcedente*, la decisión esencial fue avalada por el Consejo de Estado, Sección Segunda – A-, fallo del 28 de mayo de 2012, ponente G. E. Gómez Aranguren.

⁵ Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias SU-037 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-280 de 2009, T-565 de 2009, T-715 de 2009, T-049 de 2010, T-136 de 2010 y T-524 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶ Consultar, entre otras, la Sentencia T-083 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 04-2012
Periodo:	Octubre de 2012	

2.2 Procedencia excepcional de la acción de tutela para el cumplimiento de providencias judiciales. El criterio de la Corte Constitucional permite, por esta vía excepcional, la protección de los derechos fundamentales vulnerados en caso de que los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces para el cumplimiento de las órdenes proferidas en una sentencia judicial. Así lo precisó ese Tribunal en la Sentencia T-778 de 2010, de la cual se toma el siguiente extracto:

4.5.1. En tal sentido, si lo que se pretende es el cumplimiento de un fallo que consiste en una orden cuya naturaleza corresponda a una obligación de hacer o de no hacer, la jurisprudencia ha dejado sentado que deviene procedente la acción de tutela para procurar su acatamiento, no ya por la inexistencia de mecanismos ordinarios consagrados en la ley para el efecto *-los mencionados procesos de ejecución-*, sino por carecer de la falta de idoneidad suficiente para lograr la protección de los derechos fundamentales que generalmente son involucrados con el incumplimiento de una sentencia. Tal es el caso de la orden de reintegro de un trabajador⁷.

La línea de jurisprudencia que se identifica y extrae en la cita que antecede impone al juez de tutela establecer expresamente si: i) enfrenta un evento en que la sentencia ordinaria ejecutoriada impone una obligación de hacer a la parte pública vencida; y si ii) por la índole del derecho subjetivo en juego puede darse similar tratamiento al que ha definido la Corte Constitucional para los casos en que la Administración ha sido renuente a cumplir el mandato judicial de reintegrar a un servidor público a su empleo.

Esa depuración del marco abstracto deja claramente establecido por qué no es factible en sede de esta jurisdicción constitucional ventilar el **pago** de las obligaciones económicas que dedujo el juez contencioso administrativo por vía ordinaria; por qué no queda diferido a la extinción del plazo máximo para honrar las condenas ni a futuro ejecutivo el cumplimiento de la aludida obligación de hacer, a la que se contrae el núcleo esencial de las pretensiones: **que se incluya al actor en la lista de elegibles para el cargo de notario de Aguazul en el primer lugar** y, como consecuencia, se disponga acerca de la provisión de ese destino público.

Problema jurídico 3. ¿Devienen de las medidas cautelares y de la sentencia SU-913 del 2009, adoptadas por la Corte Constitucional con ocasión de diversas intervenciones judiciales (populares y tutelas) respecto del concurso para proveer los cargos de notarios, la imposibilidad jurídica de modificar la lista de elegibles cuando el juez natural de los actos administrativos encuentra vulnerados los derechos subjetivos de algún concursante?

Decisión, tesis y fundamentos. No. La intangibilidad se predica únicamente para la modificación por decisión administrativa o en virtud de disposiciones transitorias de los jueces constitucionales. No es oponible a los fallos ordinarios ejecutoriados que ordenen restablecimiento de derechos individuales.

Los efectos de la sentencia SU-913 de 2009. Ha dicho la autoridad convocada que es imposible modificar el Acuerdo 142 del 2008, por el cual se adoptó la lista de elegibles, porque lo dejó blindado el fallo SU-913 del 2009.

Examinada esa sentencia, se encuentra que la Corte Constitucional tuvo que ocuparse de situaciones excepcionales provocadas por la avalancha de tutelas que se enderezaron contra el concurso notarial; por ello dispuso medidas cautelares, hasta tanto se produjera la unificación de las dispares soluciones que ofreció la judicatura.

Lo que se quiso despejar por el máximo juez constitucional fue el estado perturbador de cosas que suscitaron múltiples decisiones en sede de tutela derivadas de disposiciones de un juez popular. Al adentrarse en los efectos de la *lista de elegibles*, la sentencia dejó claramente advertido que sería invulnerable ante incursiones administrativas, sin perjuicio del pertinente control judicial de legalidad, arista el secretario técnico del CSCN ha ignorado incomprensiblemente. Nada de ello estorba a que el juez contencioso administrativo, titular natural del pleno control ordinario de legalidad de los actos relativos a la conformación de la lista de elegibles, desate las pretensiones que contra ellos se dirijan.

⁷ Consultar, entre otras, las Sentencias T-631 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería y T-151 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 04-2012
Periodo:	Octubre de 2012	

Debe agregarse que dicha decisión de la Corte Constitucional no impide, ni podía impedir, que los jueces administrativos examinaran la legalidad de los actos relativos al concurso, pues es objeto específico de la jurisdicción contencioso administrativa encargarse de esos asuntos y aquí, en concreto, y con el valor de cosa juzgada se declaró la nulidad de los actos administrativos descritos en la primera parte de este fallo y además se ordenó el correspondiente restablecimiento del derecho, de manera que la posición expresada por el secretario técnico a nombre del CSCN no solo desacata una orden judicial en firme sino que trasgrede derechos fundamentales (artículos 40 y 229 C.P).

De manera que es infundada la posición adoptada por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, por conducto de su secretario técnico, pues ni en el fallo constitucional que se cita, ni en precepto alguno del sistema de fuentes, se le ha otorgado a sus decisiones un fuero que excluya sus actos administrativos de la cobertura tanto del principio de legalidad – del que no escapará autoridad constituida alguna mientras rija el actual bloque de constitucionalidad – como del control natural que le compete a los jueces contencioso administrativos.

Problema jurídico 4. *¿Es factible ordenar el nombramiento como notario del aspirante que debe ocupar el primer lugar de la lista de elegibles, pese a la existencia de una causal de impedimento, de carácter temporal, para acceder a dicha dignidad pública?*

Decisión, tesis y fundamentos. No. Mientras subsistan los efectos de la medida cautelar de un juez penal, de la que se deriva el impedimento no controvertido en el proceso ordinario contencioso administrativo, no puede producirse el nombramiento, pues ha de estarse al mandato legal y a las reglas del concurso, que son de carácter vinculante.

Las reglas de juego del concurso. Las reglas establecidas para el concurso fueron ampliamente divulgadas y conocidas por el actor constitucional, pues fueron múltiples las acciones ejercidas por este a lo largo de las diferentes etapas del concurso⁸. Ese amplio espectro normativo constituye la “ley del concurso” y al mismo tenían que ajustarse todos los aspirantes, la autoridad que regula dicha carrera (CSCN), su secretaría técnica y el operador contratado para la ocasión. De dicha manera se honran tanto el principio de igualdad, como el de transparencia en el ejercicio de función pública en estas materias, para que sea el mérito oportuna y adecuadamente probado el que defina la composición de las listas de elegibles⁹.

Acorde con ello, este Tribunal no puede desconocer que el tutelante se encuentra impedido temporalmente para ser designado como notario, a cualquier título, mientras se define su responsabilidad penal por providencia firme, ley que fue aceptada por este, a la que también se acogieron los demás concursantes.

Debe enfatizarse que el juez ordinario no tenía por qué adivinar la existencia de tal impedimento, si no se discutió ni probó en ese plenario; luego si a ello hubiere lugar, quien tenga interés jurídico para hacerlo y fundados motivos, podría intentar la revisión de la sentencia contencioso administrativa, por una vía enteramente diferente a la tutela.

[Sentencia del 24 de octubre del 2012, radicado [850012331002-2012-00239-00](#)].

Ref.: TUTELA. Fallo. DERECHO FUNDAMENTAL DE HÁBEAS DATA. LIBRE LOCOMOCIÓN. BUEN NOMBRE E INTIMIDAD. PRESUNCIÓN DE VERACIDAD POR OMISIÓN DE INFORME DE AUTORIDADES. INOBSERVANCIA DEL PLAZO PARA RENDIR INFORME. REPORTE DE REQUERIMIENTOS PENALES

⁸ Las dos acciones ordinarias a que se hizo referencia en esta providencia y varias tutelas que también cursaron en el Tribunal en las que fungió como tutelante (expedientes: 2007-00101-00 y 2008-00062-00, con sentencias del 4 de septiembre de 2007 y 29 de agosto de 2008, respectivamente) y más recientemente como tercero interesado (expediente: 2012-00049-00 con sentencia del 29 de marzo de 2012), todas con ponencia del magistrado Trujillo.

⁹ En el mismo sentido se puede consultar TAC, sentencia de tutela de 27 de septiembre de 2012, M.P. Néstor Trujillo González, expediente: 850012331002-2012-00227-00.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 04-2012
Periodo:	Octubre de 2012	

Y ÓRDENES DE CAPTURA. DEBER DE ACTUALIZAR LOS REGISTROS OFICIALES. JUEZ CONSTITUCIONAL NO CANCELA ÓRDENES DE CAPTURA.

Antecedentes. Un ciudadano fue vinculado a varias investigaciones penales, condenado a penas privativas de libertad en algunas de ellas. Cumplidas las sentencias o levantadas las órdenes de captura por diversas causas, las autoridades judiciales (fiscales, jueces de conocimiento o de ejecución) no reportaron oportunamente las novedades al sistema de información de la Policía Nacional; ello dio lugar a que dicha fuerza lo retuviera en retenes y “batidas” para verificar su situación jurídica ante el sistema judicial.

Problema jurídico 1. ¿Compete al Tribunal Administrativo ocuparse, por vía de tutela y amparo al derecho de *hábeas data*, de la actualización de registros oficiales relativos a medidas privativas de libertad pese a que algunas autoridades accionadas son fiscales y jueces ordinarios?

Decisión, tesis y fundamentos. Sí, puesto que la actuación atañe a derechos diferentes a los inherentes a la información del sistema financiero y lo que se imputa a las autoridades judiciales es típica actividad administrativa, no el contenido ni alcances de las órdenes procesales.

Derechos invocados y competencia. El actor pretende la protección constitucional del derecho al *hábeas data* que el sistema de fuentes y la jurisprudencia ha reconocido explícitamente como *fundamental*. Esta Corporación conoce los *lineamientos* trazados por el Legislador con la expedición de la Ley estatutaria 1266 de 2008, particularmente aplicados, en principio, con relación a la *información financiera y crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países*. Sin embargo, el trámite administrativo allí previsto no obsta para que quienes consideren lesionado su derecho al *hábeas data* acudan directamente a la acción de amparo, pues así lo permite el ordenamiento superior al catalogarlo como de aplicación inmediata (arts. 85 y 86 C.P.).

Nótese que a partir de dicho ordenamiento, el instituto jurídico del *hábeas data* tiene la doble connotación de *derecho constitucional fundamental* (contenido sustantivo) y de *medio de control judicial* (arista procesal); igualmente, que las anotaciones negativas que alberguen las bases de datos oficiales pueden agravar otros derechos de la misma estirpe, tales como a la *libre locomoción, al buen nombre y a la dignidad* de la persona.

Luego es susceptible de amparo por la vía excepcional de la tutela, prevista en su art. 86. Por consiguiente, desde la perspectiva formal la acción está bien encausada y es competente el Tribunal para pronunciarse de fondo, cumplido como lo está el rito del Decreto Legislativo 2591 de 1991 y las reglas de reparto y de asignación que hizo el controvertido Decreto reglamentario 1382 de 2000, puesto que fue convocada una autoridad nacional del nivel central; además, las autoridades judiciales convocadas por pasiva lo fueron en virtud de precisas funciones administrativas, dado que no están en discusión las *decisiones procesales* en virtud de las cuales hayan dispuesto librar o cancelar órdenes de captura, sino la ejecución y registro de esa determinaciones en los sistemas estatales de información.

Problema jurídico 2. ¿Se vulnera el derecho fundamental de *hábeas data* del actor al no haberse adoptado las medidas de actualización referentes al estado de cosas respecto de las órdenes de captura por las diferentes causas penales en las que fue enjuiciado? ¿Se erosionan igualmente por conexidad el núcleo esencial de otros derechos, tales como la libre locomoción, el buen nombre y la dignidad personal?

Decisión, tesis y fundamentos. Sí. Aunque el registro oficial de antecedentes penales tiene funciones constitucionalmente legítimas y la actualización de anotaciones no da lugar necesariamente a retirarlas de las bases de datos, las autoridades que las generan, registran o administran tienen que velar por su fidelidad y permanente actualidad.

Marco teórico. Derecho fundamental de *hábeas data*. Bases de datos personales relacionados con antecedentes penales. La jurisprudencia especializada fijó derroteros respecto del tema objeto de análisis, entre otras, en las sentencias T-729 de 2002, C-1011 de 2008 y SU-458 de 2012; en la última se reconstruye la línea que ponderó el Tribunal, acerca de la función constitucional de las bases de datos sobre antecedentes penales y la responsabilidad que concierne a las autoridades que generan los registros, los hacen o administran, régimen del que se deriva derecho a su actualización fidedigna, que no necesariamente

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 04-2012
Periodo:	Octubre de 2012	

comporta su eliminación. También se ocupa de la naturaleza del derecho de hábeas data, en la perspectiva subjetiva y como mecanismo de protección.

Atendiendo los derroteros trazados por la Corte en el citado pronunciamiento, las autoridades concernidas en la generación de reportes y la administración de las bases de datos referentes a antecedentes penales, están en la obligación constitucional de acatarlos, pues ello garantiza la protección del núcleo esencial del derecho fundamental de hábeas data, sin perjuicio del derecho, también de raigambre constitucional, del uso de la información por la Administración, para específicas finalidades, que restringe de cierta manera ese derecho fundamental.

Tanto más cuando la inconsistencia de los registros oficiales, la desactualización de los mismos, los yerros o vacíos en torno a la exacta identificación de las personas requeridas y, en general, las alteraciones de la verdad que deba documentarse en ellos en cumplimiento de las órdenes judiciales impartidas por las autoridades competentes, puedan dar lugar a que un conciudadano sea *privado de libertad*, aunque sea transitoriamente *para verificar*, le sea perturbada su *libre locomoción* desde, dentro y hacia el territorio nacional¹⁰; o se *filtre* indebidamente noticia inexacta a los *medios* con la difusión que ellos puedan darle sin verificar fuentes, con alevé sacrificio del *buen nombre, honra o dignidad* de afectados directos y sus familias.

Todo ello denota la pertinencia de una celosa generación, control, actualización y verificación de esos registros oficiales; obligación que abarca por igual a los jueces, a la Fiscalía, a Policía Nacional y a las demás autoridades que los alimentan, custodian o administran, para que el Estado disponga de una herramienta confiable y legítima para el cumplimiento de los fines constitucionalmente válidos de esas bases de datos y los conciudadanos no sean perturbados en sus derechos por indolencia de quienes debían responder por ellas.

Problema jurídico 3. ¿Compete al juez de tutela disponer la cancelación de las órdenes de captura impartidas por las autoridades judiciales con ocasión de investigaciones penales?

Decisión, tesis y fundamentos. NO. El núcleo esencial del derecho de *hábeas data* se honra con la orden de actualizar los registros oficiales; no concierne al juez de tutela el control de los procesos penales, ni adoptar determinaciones de libertad propias del funcionario a su cargo.

El espectro del juez constitucional (tutela). Debe advertirse que no corresponde a esta Corporación *cancelar* órdenes de captura que hayan librado otras autoridades judiciales, menos en sede de tutela, pues para impartir disposiciones en tal sentido tendría que tener fidedigna noticia de una flagrante violación del bloque de constitucionalidad en la generación de la orden misma, en su registro o en proceso de configuración, alimentación, actualización y control de las pertinentes bases de datos en los que se lleva su registro. Y aun así, podría resultar que solo pudieran ocuparse del asunto el juez natural (control de garantías, jueces de conocimiento, por ejemplo) o el juez de *hábeas corpus*, según las circunstancias.

Ello no impide que para honrar el núcleo esencial del derecho al *hábeas data* y contener los efectos adversos que puedan proyectarse sobre otros de similar estirpe (libertad, locomoción, buen nombre u honra y dignidad), deba ordenarse la revisión y corrección de las inconsistencias que existan en las bases de datos, previa orden judicial emitida por la autoridad competente, sea que la falencia provenga de quienes debieron ordenar que se actualizara la información o de quienes tenían a cargo del deber funcional de ejecutar tales órdenes.

[Sentencia del 24 de octubre de 2012, radicado [850012331002-2012-00241-00](#)].

.....

Ref. Autos CPACA. REPARACIÓN DIRECTA. CADUCIDAD. DELITOS DE LESA HUMANIDAD. DESAPARICIÓN FORZADA Y MUERTE DE LA VÍCTIMA: RESCATE DE CADÁVER NO CONSTITUYE “APARECIMIENTO”. CÓMPUTO ESPECIAL DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD. PRINCIPIOS PRO DAMATO Y PRO ACTIONE. AUTONOMÍA DE LAS JURISDICIONES.

¹⁰ Más dramático aún si las situaciones se *exportan*, por ejemplo vía INTERPOL o las agencias estatales de seguridad en el extranjero y el afectado resulta retenido en aeropuertos u otros lugares de control de desplazamiento. Mientras se constatan realidades pueden producirse gravosísimas perturbaciones al interesado.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 04-2012
Periodo:	Octubre de 2012	

Antecedentes. Se demandó en reparación por hechos ocurridos más de dos años antes, en los cuales una persona fue capturada por autoridades militares, quienes dijeron haberlo abatirlo en combate, desaparecieron sus documentos, ocultaron su paradero a la familia y entregaron el cuerpo como “NN” para los protocolos de necropsia e inhumación, días después de su muerte.

Problema jurídico 1. Se trata de establecer si por haberse imputado en investigación penal cargos de *homicidio y secuestro*, es inviable deducir pretensiones contencioso administrativas a título de presunto delito de *lesa humanidad por desaparición forzada*.

Decisión, tesis y fundamentos. No. En virtud de la autonomía de cada jurisdicción, la del juez contencioso administrativo no es una apreciación residual ni subordinada a la lectura que hagan la Fiscalía o los jueces penales.

Autonomía de las jurisdicciones y de los títulos de imputación. Es sabido que esta jurisdicción reivindica de antaño la independencia para juzgar la responsabilidad institucional del Estado y, ocasionalmente, también la conexas de servidores públicos, desde una perspectiva diferente a la que deban seguir los fiscales y los jueces penales. Recuérdese que aquí el fallador se ocupa de la actividad de la Administración; allá, de eventuales responsabilidades de *las personas físicas*.

Por consiguiente, si el Estado puede ser llamado a responder directamente, per se, cuando se le impute un daño antijurídico, esto es, uno que pueda atribuirse a su actividad (hechos, omisiones, operaciones, vías de hecho u otras expresiones similares) y que el perjudicado no tenga la obligación constitucional o legal de soportar (art. 90 de la Carta), es indiferente qué hecho típico o presuntamente punible pueda adjudicarse a las *personas* que comparecen ante los jueces penales, acusados por la Fiscalía, en conexidad con los comportamientos asociados a la Administración. La suerte de aquellos no determina, positiva ni negativamente, la que ella corra; luego no existe tal monopolio de la Fiscalía en lo que concierna a los títulos de imputación fáctica que puedan deducirse en sede contencioso administrativa, ni subordinación de la teoría de caso del demandante en esta jurisdicción, a la que haya desplegado el agente estatal acusador.

Problema jurídico 2. ¿Cómo debe contabilizarse el término de caducidad, en eventos en que se atribuye al Estado haber secuestrado y ejecutado a la víctima y luego ocultado su identidad para entregar el cadáver a la comunidad como N.N.?

Las tesis opuestas. Para el funcionario de primera instancia no es factible que en la demanda se varíe el *nomen iuris* o título de imputación fáctica de la presunta responsabilidad estatal, en virtud del monopolio de la función acusadora que compete a la Fiscalía General de la Nación.

La parte actora reclama que se apliquen precedentes del Consejo de Estado y de este Tribunal en los que se ha determinado que, imputada desaparición forzada respecto de persona protegida, debe acudirse a la excepción legal que permite accionar hasta dos años después de la ejecutoria del fallo penal que dilucida los cargos contra los presuntos autores.

La solución que ha aplicado esta Corporación. Aunque las circunstancias concretas sean diferentes, como en efecto aquí ocurre con la narrativa de la demanda, pendiente de contradicción y verificación, viene al caso la línea dogmática a la que aludió el recurrente. En la más reciente reiteración señaló la Sala:

Desaparición forzada, aparición de cadáver y cómputo de caducidad. Marco abstracto. Los conflictos de desaparición forzada han generado duda sobre la contabilización del término de caducidad para instaurar la acción de reparación directa ante la jurisdicción contenciosa administrativa, prueba de ello es la reiteración de alzadas en asuntos como el que ahora se estudia.

Para dilucidar el conflicto en torno a si operó o no la caducidad en el caso particular, se parte de la previsión legal contenida en el numeral 8º del artículo 136 del C.C.A., que para efectos de la reparación directa en general prevé como fecha límite para hacerlo: “*al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena*”

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 04-2012
Periodo:	Octubre de 2012	

por causa de trabajo público o por cualquier otra causa”, de donde se desprende que vencido este plazo, impide su ejercicio y conocimiento de la jurisdicción de dicho asunto.

No obstante, no se puede desconocer que con la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2002, se introdujo una modificación al Código Contencioso Administrativo con relación al momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción de reparación directa con el fin de reclamar los daños derivados del delito de *desaparición forzada*, así:

“[...] a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición”. (Subrayas fuera del texto).

Para dar acertado alcance a la norma en comento hay que ponderar el carácter continuado que corresponde al tipo penal de desaparición forzada, como quiera que se encuentra constituido por un conjunto de actos que se extienden en el tiempo, iniciando con la privación de la libertad de la víctima, continúa con la negativa de los victimarios de reconocer su realización y con su ocultamiento, finaliza con la liberación del retenido o con el conocimiento de su paradero¹¹.

Así las cosas, si bien el *cadáver* de [...] apareció el 16 de agosto de 2007 y fue reconocido por su compañera permanente al día siguiente (17), la contabilización del término de caducidad no puede hacerse precisamente desde esa fecha, como desacertadamente lo estima el a-quo, habida cuenta que *la víctima no apareció ni tampoco podrá aparecer nunca*: lo encontrado fue su *cadáver*, situación muy distinta, no contemplada en la norma, que requiere que el juez construya una solución acorde con postulados humanistas en los que deben prevalecer los principios *pro acción* y *pro damato*, frente a uno de los más horripilantes crímenes de lesa humanidad. Lo menos que el Estado debe a la comunidad y a los deudos, cuando se imputan hechos como estos, es *ofrecer la verdad* y si se prueba que hubo conducta impropia de sus agentes, *reparar y dar garantías de no repetición*, desde luego, respecto de otros potenciales afectados, que lo serán todos los habitantes del territorio. Es la opción interpretativa que ha aplicado esta Sala en sede de fallo, siguiendo al Consejo de Estado; la que ha de privilegiarse, con mayor razón, en los albores del trámite, para dar paso a la acción¹².

El caso concreto. Ante el lamentable hecho de no haber podido encontrarse a la víctima, sino su cadáver, y no haber impetrado sus deudos acción de reparación directa dentro de los dos años siguientes a la identificación del cuerpo de la víctima directa, no significa *per se* que la caducidad de la acción haya tenido lugar, porque en su defecto y ante la eventual comisión de un delito de lesa humanidad, como lo es la desaparición forzada, el legislador contempló también la posibilidad de demandar desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, modificación con la cual no hizo otra cosa que permitir a las víctimas el acceso a la administración de justicia debido a la continuidad en el tiempo que tiene este atroz hecho, hasta tanto no ocurra uno de los dos eventos establecidos en la norma: que la persona desaparecida *aparezca con vida* o que se dilucide la responsabilidad personal de los autores, mediante sentencia penal en firme, lo que significa que el plazo de los dos años se empieza a contabilizar a partir del acaecimiento de cualquiera de estos dos sucesos, no por la simple recuperación de un cuerpo.

... La demanda de reparación expresamente consignó pretensiones por “privación ilegal de la libertad, muerte y posterior desaparición forzada” (sic), orden de enunciación contrario a la naturaleza de las cosas, que no hace desaparecer el cargo de fondo que determina el sentido de este pronunciamiento: hay que clarificar si hubo el hecho horripilante de la *desaparición forzada*, seguido de la muerte de la víctima directa, y para ello el sistema de fuentes previó una solución amplísima, que privilegia la búsqueda de la verdad, por sobre un temprano velo que pudiera dejar a salvo al Estado y a los perpetradores directos, contra quienes, tal vez, haya lugar a repetir si aquel fuere vencido¹³.

Decisión, tesis y fundamentos. Se revoca el auto de rechazo y se ordena, previo control integral de forma de la demanda, darle curso.

¹¹ C. de E. Sección Tercera, sentencia de 19 de julio de 2007, C.P. Enrique Gil Botero, exp. (31135).

¹² CE., Sección Tercera, Subsección A, auto del 11 de agosto del 2011, ponente G. Agudelo, radicado 850012331000-2010-00177-01 (40760), en Sala con los consejeros Andrade y Fajardo. C. de E. Sección Tercera, Subsección “C”, providencia de 21 de febrero de 2011, C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz, exp. (39360). T.A.C., sentencia del 17 de noviembre del 2011, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850013331002-2009-00086-01.

¹³ TAC auto del 7 de junio del 2012, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850013331001-2011-00018-01.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 04-2012
Periodo:	Octubre de 2012	

El caso concreto y su inserción en la línea abstracta. Quienes ahora demandaron señalan que su pariente fue *aprehendido irregularmente* por la Fuerza Pública; *ejecutado sumariamente* el mismo día en que lo “capturaron”; y luego, desaparecieron sus documentos de identidad, negaron tener en su poder a quien respondía al nombre de Hugo Édgar Araque Rodríguez, ocultaron su paradero a la familia y acudieron al artificio de hacer practicar reconocimiento de cadáver y necropsia a un “NN” presuntamente abatido en combate.

La secuencia fáctica descrita en la demanda pareciera bordear la hipótesis simple del *secuestro* seguido de *homicidio*, coincidente con la resolución de acusación que produjo la Fiscalía (fol. 50); pero también tiene elementos que podrían adentrarse en el espectro gravitacional de la *desaparición forzada de un civil no combatiente o persona protegida por el D.I.H.*, deslinde que no puede hacerse a priori en rechazo de demanda, sin haber conocido la evidencia ni oído a las partes, pues equivale a fallar ab initio desestimando la pretensión.

Esta Corporación privilegia sistemáticamente los principios pro damato y pro actione en estos casos dudosos; el riesgo de llevar un proceso adelante hasta audiencia inicial (en el nuevo modelo instrumental) o hasta sentencia, para encontrarse al final con una caducidad efectivamente configurada, siempre será menos nocivo en términos del constitucionalismo humanista y de la justicia material, que el de fulminar festinadamente una decisión que bloquea el acceso a la jurisdicción, con carácter irremediable.

Por ello, atendidas las varias perspectivas que el caso concreto permite, sin que pueda desde ahora declararse inequívocamente consolidado cualquiera de los escenarios probatorios, ha de insertarse lo particular en la línea dogmática y tenerse como probabilidad que *se acudió oportunamente a la jurisdicción* para pretender la reparación de un daño, presuntamente causado en el contexto de una pluralidad de conductas reprochables, entre ellas, al parecer y según la narrativa del libelo, desaparición forzada por ocultamiento de la identidad de una persona protegida aprehendida por la autoridad, a quien se causó la muerte, se ocultó a sus parientes y cuyo cadáver se entregó indocumentado a la administración civil, como “NN”.

Así se establece porque esta colegiatura no reconoce a la recuperación de un cuerpo inerte la connotación de *aparición de la persona víctima directa*, en cuanto una vez privada de la vida, deja de serlo. Y no puede confundirse *cadáver* con el ser humano al que perteneció. En consecuencia, dado que por ahora solo se sabe que hubo acusación en el año 2008 y que se desconoce el desenlace del proceso penal, no es posible presumir que caducó la acción pues solo cuando se sepa en qué estado se encuentra la pesquisa penal y si ya se decidió, cuando se produjo sentencia definitiva en firme, podrá contabilizarse el bienio de rigor dado que, se reitera, la *persona* ultimada ya no podrá aparecer jamás.

Aclaración de voto (magistrado José Antonio Figueroa Burbano). 7.- Del análisis de la normatividad internacional y nacional se deduce que existe desplazamiento forzado **cuando se somete a una persona a privación de la libertad seguida de ocultamiento y negativa a reconocer dicha privación.**

8.- Todo parece indicar que en el caso que nos ocupa no se configura realmente la desaparición forzada sino más bien un homicidio en persona protegida, tipificado y sancionado en el artículo 135 del C.P. (...) Sin embargo, en la demanda y en el recurso de apelación incoado se asevera que existe desaparición forzada. Por lo tanto, para garantizar los principios de acceso a la justicia y pro damato se hace necesario revocar el auto recurrido y ordenar que se admita la demanda, se integre el litis consorcio y se decreten y practiquen las pruebas conducentes y pertinentes para establecer qué fue lo que realmente ocurrió en el caso de Hugo Edgar Araque Rodríguez, debiendo el juez de instancia con base en ello estudiar y concluir si efectivamente se configura la desaparición forzada; si ello no es así, el a quo podrá con fundamento en las pruebas legalmente incorporadas al expediente pronunciarse sobre la caducidad.

[Auto del 18 de octubre del 2012, radicado [850013333-001-2012-00033-01](#)].

.....

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 04-2012
Periodo:	Octubre de 2012	

ACLARACIONES Y SALVAMENTOS DE VOTO – MAGISTRADO TRUJILLO

Ref.: REPARACIÓN. Responsabilidad de llamado en garantía. Asegurador: no hay solidaridad con quien lo llama.

Comparto tanto la decisión como los fundamentos que condujeron a mantener la condena a la empresa demandada y la obligación de la aseguradora de rembolsar parcialmente el monto de la misma, hasta concurrencia del valor asegurado y excluido el deducible pactado, acorde con las correcciones que hizo el Tribunal al fallo de primer grado.

El a-quo, con impropiedad técnica que se ha hecho visible en varias oportunidades por esta Corporación, declaró *responsabilidad solidaria* de la accionada y su aseguradora; esta compareció como *llamada en garantía*, de manera que dicha solidaridad no existía porque el actor no ejerció acción directa contra la compañía de seguros, luego no había lugar a deducir tales consecuencias, sino a la modalidad de reembolso parcial de la obligación judicialmente impuesta como lo advirtió la sentencia de segundo grado. Aunque parece, no es lo mismo: frente a las víctimas responde la entidad oficial condenada por la totalidad de la indemnización; y será ella la que deba entenderse con la aseguradora en virtud de la relación contractual que tienen trabada.

[ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA DEL 04-X-2012, ponente magistrado H. A. Ángel Ángel. Demandante J. M. HEREDIA Vs. EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ, radicado 85001-3331-002-2007-00606-01].

.....

Ref.: REPETICIÓN. Asunto: embarazada empleada en provisionalidad; incorporación a planta y arribo de titular de carrera. No procede nulidad del retiro de la provisional, menos reintegro. Régimen de prestaciones asistenciales y económicas (atención de gestación, parto y licencia) no confiere estabilidad per se.

Comparto tanto la decisión como los fundamentos que condujeron a denegar las pretensiones de la repetición de la referencia, intentada contra los servidores públicos que *ejecutaron* una decisión institucional de *incorporación* de titular de carrera a planta de empleos y, como consecuencia, retiraron del servicio a una empleada en estado de embarazo que ocupaba en provisionalidad el cargo al que la primera fue asignada.

La discusión se centró y desarrolló en torno al **conocimiento** del estado de gestación, para establecer que la autoridad nominadora no tenía por qué saberlo cuando dispuso el retiro del empleo de la embarazada, luego no podría operar la presunción de despido discriminatorio por el hecho de la maternidad. Esa perspectiva es probatoriamente interesante y bastaría para sostener una sentencia adversa a quien repite, pues si bien medió un fallo en firme mediante el cual esta Corporación condenó a la RNEC por supuesta violación del régimen de garantías laborales de la mujer embarazada, ahora, cuando se aborda la repetición, el juez colegiado puede variar su apreciación de los presupuestos fácticos y normativos para llegar a conclusiones diferentes: la cosa juzgada material de la condena del pretérito no define la suerte del demandado en repetición, pues aquella sentencia no le es oponible, en cuanto no fue oído y vencido en juicio.

Debo adicionar como aspecto más contundente que el régimen de prestaciones asistenciales y económicas diseñado para preservar condiciones de vida digna a la mujer en gestación y a su hijo, no confiere estabilidad laboral reforzada de carácter absoluto e indefinido, como lo entendió la Sala de Decisión que por mayoría optó por otra solución en el pasado: el sistema de fuentes establece presunciones para proscribir prácticas discriminatorias, pero ellas no subsisten cuando al empleo arriba un titular de carrera, fruto del concurso de rigor. El desplazamiento de la provisional en estado de embarazo opera por ministerio de la ley, con claro arraigo constitucional, sin perjuicio de los derechos sociales de quien deba hacer dejación del cargo.

Luego los repetidos no tienen por qué responder por haber aplicado una solución diferente, razonable y adecuada a la regulación legal y a los estándares de la jurisprudencia, solamente porque el juez del ordinario laboral entendió que había otra alternativa. Se trató, simplemente, de deducir los plenos efectos a un concurso de méritos para el acceso a empleos públicos y de ejecutar la orden de incorporar a empleo de carrera a quien lo ganó.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 04-2012
Periodo:	Octubre de 2012	

A pesar de numerosos embates del legislador para desvertebrar el principio del mérito como único mecanismo política y jurídicamente legítimo para *ganar* los destinos públicos, ni siquiera por la vía de reforma (fallida) a la Carta se ha logrado fraguar la incorporación automática o semiautomática de los *provisionales* a la burocracia oficial, como si fueran titulares de carrera, como ya había ocurrido en el año 1992 para el nivel territorial.

Otros vientos circulan ahora y el constitucionalismo humanista tiene que hallar balance entre el interés legítimo de la embarazada en provisionalidad, quien tiene derecho a la cobertura del Sistema de Seguridad Social, y el de la persona que deba ingresar al empleo *de carrera* con las garantías propias del escalafón.

[ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA DEL 04-X-2012, ponente magistrado H. A. Ángel Ángel. Repetición. Demandante RNEC Vs. TOLEDO y ÁLVAREZ, radicado 85001-2331-003-2008-00034-00].

.....

Ref.: REPARACIÓN. LUCRO CESANTE. Renta única: eventual agotamiento de la fuente indemnizatoria. Distribución entre beneficiarios que comparecen sucesivamente en procesos separados. Límites de la segunda instancia por omisión de la parte recurrente.

Los antecedentes fácticos a los que haré referencia pueden reducirse así: i) falleció una persona con ocasión de un accidente con redes eléctricas, el juez natural declaró responsable a la empresa operadora y decretó, entre otras, indemnización por lucro cesante a favor de la pareja sobreviviente y dos hijos. Al primero 50% del neto a distribuir y 25% para cada uno de los hijos; ii) en un segundo proceso, comparecieron otros dos hijos. A estos les reconoció derecho a indemnización por lucro cesante, pero ahora “aclaró” que tanto la primera como la segunda condena debían entenderse en cuotas del 12,5% para cada uno de los cuatro hijos.

Un caso difícil. Como dijera el Maestro Osorio¹⁴, no pocas veces el abogado (o el juez) enfrenta lo que, más tarde, Dworkin llamó los “casos difíciles”: no encontrará la respuesta en los códigos, ni en la jurisprudencia, ni en la docta ortodoxa doctrina. Tendrá que mirarse en su interior y acudir al sentido común y a su percepción de lo *justo*, esfuerzo que no es sencillo, pero tampoco vano. Aquí expongo una situación de esa estirpe, por ahora sin comprometer “respuesta probable”.

La fuente del lucro cesante: es una renta “estanca” o limitada. El punto que estimo necesario ilustrar puede explicarse gráficamente así: *hay un jarro de agua con cantidad de cuatro vasos; puestos a la mesa y consumidos los cuatro, llega un quinto invitado. Ya no habrá más agua en la misma vasija que se le pueda ofrecer, por haberse agotado la fuente.*

Y eso es lo que pudo ocurrir en este caso: si la renta que el juez natural ha reconocido a los primeros demandantes que obtuvieron fallo favorable se ha liquidado con todo el ingreso estimado, ¿de dónde va a salir lo que se ordena para los que llegaron después? Dado que la teoría del daño supone que el infortunio no puede ser fuente de enriquecimiento para el perjudicado, la sentencia declarativa de responsabilidad que impone la obligación de indemnizar no *crea* bienes económicos para repartir; no es en tal sentido *constitutiva* de derechos ni de obligaciones.

La aclaración ex post de un fallo. Exótica resulta aquí la ideación del a-quo: advertido por su propia percepción del problema, pues tuvo a la vista los dos procesos y los falló con diferencias de meses, optó por la vía menos técnica, como lo fue “aclarar”, que en el fondo es *modificar*, una sentencia anterior, para que al liquidar las condenas de la segunda, se rehagan los parámetros que fijó en la primera. Singular forma de enderezar el entuerto que pudo tener otros remedios instrumentales o de fondo, si la parte pasiva hubiera obrado diligentemente y ofrecido al juez de segundo grado oportunidad de ocuparse del asunto.

Límites de la segunda instancia: espectro del recurso. Como bien lo advierte la Sala en el fallo, la parte pasiva no expresó reparo alguno respecto del reconocimiento, liquidación y distribución de la condena por lucro cesante; la actora ni siquiera recurrió. Así, fijados los extremos del asunto litigioso en segunda instancia, la Corporación tenía que ocuparse de los aspectos propuestos en la discusión y así lo hizo; por ello, aunque salta a la vista una inconsistencia técnica en la sentencia de primer grado, no se corrigió y no disiento de esa opción interpretativa colegiada.

¹⁴ Osorio, Ángel. El Alma de la Toga, capítulo “La sensación de la justicia”.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 04-2012
Periodo:	Octubre de 2012	

[Aclaración de voto a la sentencia del 24-X-2012, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicado 850013331002-2009-00020-01].

.....

Ref.: POPULAR. INCENTIVO. Demandas presentadas antes de promulgarse la Ley 1425 del 2010. Extinción del beneficio: el ejercicio de la acción no confiere per se derecho subjetivo alguno.

Al igual que en ocasiones anteriores en que se ha debatido este aspecto, me aparto de la opción que desde el 6 de octubre del 2011 adoptó la Sala por mayoría para acoger la solución que ha ofrecido la Sección Primera del Consejo de Estado, mientras que el suscrito insiste en la de la Sección Tercera de dicha Corporación.

En síntesis, ahora como en la línea que se rectificó en el nivel horizontal, he sostenido la siguiente tesis que se extracta de uno de los fallos¹⁵, así:

Pese a que esta Sala ha reconocido frecuentemente ese estímulo legal a los actores populares, aunque medie pacto de cumplimiento, siguiendo los estándares de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sin que hasta ahora se conozca unificación del rumbo que tiene soluciones dispares en la Sección Primera, ha de prescindirse del incentivo en esta ocasión, porque a la fecha de proferir sentencia *están derogados* los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, que lo regulaban, por disposición de la Ley 1425 de 2010. Dado que la sola presentación de la demanda no da lugar a su reconocimiento y que no se configura en rigor un “derecho adquirido” y de serlo no tendría carácter procesal, porque a la fecha de la derogatoria de ese eventual *derecho* del actor popular no se habían desplegado a plenitud la actividad y el esfuerzo que lo hacen nacer a la vida jurídica, pues ni siquiera se ha iniciado el periodo probatorio, ha de estarse al lineamiento que trazó una subsección de la Sección Tercera del superior funcional en decisión reciente¹⁶.

La respetable tesis de la Sección Primera, cuyos fundamentos deben entenderse subyacentes a la nueva orientación, no ha logrado el beneplácito de la Tercera y ese polémico aspecto está a consideración del Pleno Contencioso, sin que hasta ahora se conozca unificación.

No comparto los postulados dogmáticos esenciales, que hacen ver en el incentivo un “derecho adquirido” y en las normas que lo consagraron, aspectos “substantivos” que presuntamente deban regirse por la ley derogada, en virtud de aplicación ultractiva.

Presentar la demanda no hace nacer derecho alguno al estímulo, cuando más una simple expectativa, porque solamente cuando el juez pondera integralmente todo lo acontecido, otorga valor a la iniciativa, al trabajo, al aporte probatorio y argumentativo del actor y evalúa el impacto de la sentencia estimatoria para reconocer o denegar el aludido incentivo. Esa declaración del fallo es *constitutiva* de un derecho subjetivo que hasta entonces no existía. Mi convicción subsiste no porque se trate de aspectos procesales que deban ceder a la ley nueva, sino porque al momento de tener que examinar los presupuestos necesarios para otorgarlo, ya no está vigente la autorización legal que en el pasado permitió concederlo.

[SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA DEL 16-X-2012. Ponente José Antonio Figueroa Burbano, popular, radicado 850013331702-2008-00067-01].

.....

Preparó: **Néstor Trujillo González**, magistrado, trujicon@gmail.com

¹⁵ TAC, sentencia del 17 de febrero de 2011, ponente N. Trujillo, radicado 8500123331002-2010-00131-00.

¹⁶ CE, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de enero de 2011, E. Gil Botero, radicado 25000-23-24-000-2004-00917-01.