

Auto 244/09

NOTARIO-Nombramiento en propiedad se hará mediante concurso

CONCURSO DE MERITOS PUBLICO Y ABIERTO PARA NOMBRAR NOTARIOS EN PROPIEDAD-Declaración del estado de cosas inconstitucional en sentencia SU250/98

CONCURSO DE MERITOS PUBLICO Y ABIERTO PARA NOMBRAR NOTARIOS EN PROPIEDAD-Reiteración del estado de cosas inconstitucional en sentencia C-421/06

CONCURSO DE NOTARIOS-Imposibilidad de nombramientos en propiedad de quienes integran listas de elegibles conformadas por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en acatamiento de fallos judiciales o están nombrados y podrían ser retirados

CONCURSO DE NOTARIOS-Suspensión provisional de nombramientos en propiedad por acreditación de autoría de obras en derecho

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Amenaza cuando a situaciones idénticas se aplican consecuencias jurídicas distintas

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Efectos inter comunis/**ACCION DE TUTELA**-Fuerza vinculante

CONCURSO DE MERITOS PUBLICO Y ABIERTO PARA NOMBRAR NOTARIOS EN PROPIEDAD-Suspensión provisional de reelaboración de listas y nombramientos

Referencia: expedientes T-2210489, T2223133 T2257329 y T-2292644

Magistrado Ponente:
Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil nueve (2009).

I. ANTECEDENTES.

1. El artículo 131 de la Constitución Política establece que el nombramiento de notarios en propiedad se hará mediante concurso.
2. La Sentencia SU-250 de 1998 de la Corte Constitucional declaró un estado de cosas inconstitucional frente a la omisión reiterada e

inexcusable de las autoridades competentes de nombrar notarios en propiedad mediante el sistema de concurso de méritos público y abierto, declaración que llevó a esta Corporación a ordenar la convocatoria del concurso en el término perentorio de seis (6) meses.

3. Si bien no se cumplió con la orden impartida por la Corte Constitucional, se expidió la Ley 588 de 2000 por la cual se reglamentó el ejercicio de la actividad notarial y se establecieron los requisitos para adelantar el concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad, cuyo texto complementa el Decreto - Ley 960 de 1970. La promulgación de esta disposición dio origen a una serie de demandas de naturaleza constitucional que impidieron la convocatoria y contribuyeron a postergar el cumplimiento de la medida dirigida a conjurar el estado de cosas inconstitucional.
4. Mediante la Sentencia C-421 de 2006, la Corte Constitucional reiteró el estado de cosas inconstitucional frente al mandato contenido en el artículo 131 Superior, lo que la habilitó para ordenar, nuevamente, llevar a cabo el concurso público y abierto de méritos en un término impostergable de seis (6) meses.
5. Con fundamento en dicha providencia se emitió el Acuerdo 1 de 2006, por el cual el Consejo Superior de la Carrera Notarial realizó las convocatorias para el concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial, el cual dio lugar a la conformación y publicación de listas de elegibles en cada uno de los nodos regionales.
6. *Ad portas* de los nombramientos en propiedad que debían efectuarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la conformación de las listas de elegibles, se interpuso una Acción Popular ante el Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué con radicación No. 73-001-33-31-004-2007-00413-00, por la aparente vulneración al derecho colectivo a la moralidad pública a partir de la contradicción entre el Decreto 3454 de 2006 y el Acuerdo 1 de 2006, respecto del medio de prueba autorizado para acreditar la autoría de una obra en derecho, que en los términos de la Ley 588 de 2000 otorgaba una calificación de cinco (5) puntos.
7. En el curso del proceso de la citada acción popular se ordenó, como medida cautelar, la suspensión provisional de nombramientos de aquellas personas que durante la etapa de evaluación de méritos acreditaron la autoría de obras en derecho a través de la certificación emitida por la imprenta o editorial respectiva, acompañada con un ejemplar del libro publicado conforme con lo establecido en el artículo 11, numeral 11 del Acuerdo 1 de 2006.

8. En desarrollo de la medida provisional proferida por el Juez de la Acción Popular, el Consejo Superior de la Carrera Notarial emitió el Acuerdo 163 de 2008 mediante el cual ordenó suspender "*[...] provisionalmente el artículo tercero de los Acuerdos Nos. 124, 142 y 150 de 2008, que ordenan comunicar a las autoridades nominadoras indicadas en el artículo 161 del Decreto 960 de 1970, para que dentro de los 30 días siguientes a dicha comunicación, provean en propiedad los cargos de notarios, en relación con aquellos aspirantes que hayan acreditado la autoría de la obra jurídica, a través del mecanismo alterno contenido en el Artículo 11 Numeral 11 del Acuerdo 01 de 2006.*"
9. De manera simultánea el Consejo Superior de la Carrera Notarial procedió a comunicar a las autoridades nominadoras los nombres de aquellas personas que integraron las listas de elegibles y que no fueron afectados con la medida cautelar proferida por el Juez de la Acción Popular, para proceder a su nombramiento en propiedad.
10. La decisión de suspender el nombramiento de aquellas personas que acreditaron la autoría de una obra en derecho mediante un mecanismo alterno al registro en la Dirección Nacional de Derechos de Autor y de nombrar a aquellas personas que no fueron afectadas por la medida cautelar ordenada por el Juez de la Acción Popular, desencadenó la interposición de acciones de tutela que, en algunos casos, concluyeron con el nombramiento de personas cuya designación se encontraba suspendida por causa de la medida de suspensión provisional o que no habían alcanzado el puntaje mínimo para integrar a la lista de elegibles.
11. Mediante Acuerdo 178 de 2009, el Consejo Superior de la Carrera Notarial **reconformó** las listas de elegibles de los nodos de Bogotá y Chía, atendiendo entre otros criterios, el de reconocer puntaje únicamente a aquellas obras en derecho cuya autoría fue acreditada mediante el registro ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor, según fallos de tutela emitidos por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca –Sala Disciplinaria- .
12. A partir de la lista reconformada para Bogotá y Chía el Consejo Superior de la Carrera Notarial ha procedido a autorizar nombramientos de notarios, tal como ha ocurrido en otros nodos regionales.
13. Con ocasión de tales hechos se presentaron las tutelas Nros. T-2210489, T2223133, T2257329 y T-2292644, las cuales fueron sometidas a revisión por parte de esta Corporación.
14. La Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional seleccionó para su revisión el expediente T-2210489, según consta en auto de diez y nueve (19) de marzo de 2009;

15. La Sala de Selección Número Cuatro de la Corte Constitucional seleccionó para su revisión el expediente T-2223133, según consta en auto de tres (3) de abril de 2009;
16. La Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional seleccionó para su revisión el expediente T- 2257329, según consta en auto de catorce (14) de mayo de 2009;
17. La Sala de Selección Número Seis de la Corte Constitucional seleccionó para su revisión la T-2292644, según consta en auto de 25 de junio de 2009.
18. La Sala Plena de la Corte Constitucional, en sesión de 27 de mayo de 2009 y en aplicación del artículo 54A del Reglamento de la Corporación decidió avocar el conocimiento de los expedientes T-2210489 y T-2223133.
19. La Sala Plena de la Corte Constitucional, en sesión del 3 de junio de 2009 y en aplicación del artículo 54A del Reglamento de la Corporación decidió avocar el conocimiento del expediente T-2257329. En consecuencia, ordenó acumular al expediente T-2210489 los expedientes T-2223133 y T-2257329 por existir unidad de materia;
20. La Sala Quinta de Revisión mediante auto de cuatro (4) de junio de 2009, ordenó remitir a este despacho los expedientes T-2223133 y T-2257329.
21. La unidad de materia se presenta porque todos los procesos de la referencia fueron instaurados por personas que participaron en el concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo 1 de 2006 del Consejo Superior de Carrera Notarial para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial y, esperan mediante la acción de tutela la protección de sus derechos fundamentales.
22. La Sala Plena de la Corte Constitucional, en sesión del 15 de julio de 2009 y en aplicación del artículo 54A del Reglamento de la Corporación decidió avocar el conocimiento del expediente T-2292644. En consecuencia, ordenó acumularlo al expediente T-2210489 por existir unidad de materia;
23. En sentencia de 11 de marzo de 2009 el Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué resolvió en primera instancia la acción popular interpuesta; en dicha providencia ordenó levantar las medidas cautelares decretadas en el proceso y denegar parcialmente las pretensiones de la demanda en cuanto hace relación a la forma de acreditar la autoría de obras en derecho.
24. En sentencia de 13 de julio de 2009 el Tribunal Administrativo del Tolima revocó parcialmente la sentencia de 11 de marzo de 2009

proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué, por encontrar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa con fundamento en lo cual ordenó declarar la nulidad del aparte final del numeral 11 del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006 expedido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial y elaborar nueva lista de elegibles para ocupar en propiedad los cargos de notarios en el país, reconociendo los cinco (5) puntos por autoría de obras en áreas del derecho a los participantes que acreditaron dicho requisito conforme a lo dispuesto en el Decreto 3454 de 2006.

II. CONSIDERACIONES:

- 1.- A juicio de esta Sala, de los hechos relatados se siguen dos situaciones constitucionalmente relevantes para el trámite de revisión de la referencia. En primer lugar, se encuentra que el estado de cosas inconstitucional reconocido en dos oportunidades por la Corte Constitucional no ha sido conjurado. En segundo lugar, se revela la necesidad de unificar los criterios jurídicos que han dado lugar al adelantamiento de distintas acciones judiciales, a partir de las cuales se han adjudicado diferentes consecuencias jurídicas a los mismos supuestos de hecho.
- 2.- Respecto del estado de cosas inconstitucional, se tiene que si bien se realizó el concurso público y abierto de méritos para proveer los cargos de notarios en propiedad, su culminación con los nombramientos en propiedad de notarios no ha sido posible y de hecho se encuentra en riesgo, en la medida en que las listas de elegibles sólo tienen una vigencia de dos (2) años a partir de su publicación, de los cuales ya ha transcurrido el primero.

Esto quiere decir que se mantiene la vulneración sistemática del artículo 131 constitucional, en tanto los cargos de notarios no están provistos como resultado del concurso; así como, se encuentran en juego los derechos de todos aquellos ciudadanos que tienen interés en las resultas del proceso, pues algunos de ellos integran las listas de elegibles conformadas por el Consejo Superior de la Carrera Notarial en los diferentes nodos regionales con ocasión del concurso de méritos público y abierto convocado mediante el Acuerdo 1 de 2006 y no han sido nombrados, otros aspiran a integrar las listas de elegibles reconstituidas en acatamiento de fallos judiciales, o en virtud de ellas se encuentran nombrados como notarios y podrían ser retirados del cargo.

De este modo, se encuentran demostrados algunos de los factores que la Corte ha definido para el establecimiento del estado de cosas inconstitucional, los cuales, tal como se ha reiterado en la jurisprudencia constitucional, corresponden a los siguientes criterios: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afectan a

un número significativo de personas. (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias autoridades y la adopción de un conjunto complejo y coordinado de medidas; (v) la congestión judicial que genera y generaría que todas las personas afectadas acudieran a la acción de tutela para la protección de sus derechos por idéntica causa¹.

- 3.- Por otro lado, resulta necesario unificar las discrepancias jurídicas surgidas de las diferentes interpretaciones adoptadas por distintos operadores jurídicos, pues como consecuencia de ello los participantes e interesados en el concurso se ven afectados de manera diversa, cuando todos y cada uno de ellos concursó en condiciones igualitarias. Esto, amenaza el principio constitucional de igualdad, por cuanto permite que a ciudadanos en situaciones idénticas, se les apliquen consecuencias jurídicas distintas.

Lo descrito implica la urgencia tanto de tomar medidas que afecten a todas las personas participantes e interesadas en el concurso de notarios, esto es, una decisión de la Corte Constitucional con efectos *inter comunis*; así como de hacerlo en el menor tiempo posible, es decir como medida cautelar en los términos del artículo 7 del Decreto 2591.

- 4.- Sobre los efectos “*inter comunis*” cabe mencionar, que de conformidad con la jurisprudencia, la Corte puede modular los efectos de sus sentencias para optar por la alternativa que mejor protege los derechos constitucionales y garantiza la integridad y supremacía de la Constitución. Así, los efectos *inter comunis* se adoptan con el fin de proteger en condiciones de igualdad los derechos de todos los miembros de un grupo, afectados por la misma situación de hecho o de derecho, y garantizarles el mismo trato jurídico.
- 5.- Ha sostenido esta Corporación que existen circunstancias en las cuales la protección de derechos fundamentales de los tutelantes puede atentar contra derechos fundamentales de quienes no lo son. En este sentido, la acción de tutela no puede limitarse a un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Así pues, se ha sostenido categóricamente que la naturaleza y razón de ser de la acción de amparo supone también la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al demandado se encuentren en condiciones comunes a las de

¹ Sentencia T-025 de 2004.

quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercute, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.²

En otras palabras, el presente caso es uno de aquellos en que los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental de los tutelantes como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, pues se debe evitar que la protección de derechos fundamentales de éstos se realice en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquéllos frente al accionado.

- 6.- En el mismo orden, el momento procesal en el que se requiere tomar medidas tendientes a evitar la vulneración del principio de igualdad, no sólo de los demandantes de las acciones de tutela de la referencia, sino como se ha dicho de todos los participantes e interesados en el concurso de notarios, pretende atender la urgencia derivada de las distintas ordenes y procesos judiciales en curso. Esto, en tanto el cumplimiento y adelantamiento de ello en las actuales circunstancias haría más gravosa la situación alrededor del concurso de notarios, por la ausencia de criterios unificados sobre la aplicación de las normas que lo implementaron. La situación que ha sustentado el estado de cosas inconstitucional, así como la necesidad de un fallo “*inter comunis*”, se acrecentaría en perjuicio de los derechos de las personas involucradas en el asunto y del efectivo cumplimiento de las disposiciones constitucionales, si no se toma una medida de manera inmediata. Incluso antes de que la Corte dicte el fallo de mérito respectivo.

En esos términos y de acuerdo con el artículo 7 del Decreto 2591, según el cual cuando el juez de amparo lo considere necesario y urgente podrá ordenar las medidas cautelares que estime procedentes para la protección de los derechos o para evitar que se produzcan otros daños o podrá suspender el acto concreto que los amenace o vulnere; se ordenará a las autoridades pertinentes suspender la reelaboración de listas para proveer los cargos de notarios y los nombramientos en el cargo de notario hasta tanto se resuelvan de fondo las acciones de tutela materia de revisión.

De igual manera se ordenará notificar a todas las autoridades e interesados³ el contenido de la presente providencia atendiendo la facultad prevista en el artículo 16 del Decreto 2591, así como solicitar la práctica de algunas pruebas pertinentes para surtir el fallo de revisión.

RESUELVE:

² SU-1023 de 2001

³ Se debe considerar que de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, la notificación a las partes o intervinientes podrá realizarse por el medio que el juez considere más expedito y eficaz.

PRIMERO.- Ordenar al Consejo Superior de la Carrera Notarial y a las autoridades nominadoras, suspender de manera provisional y a partir del momento en el cual se comunique a dichas autoridades el presente auto, la reelaboración de listas para proveer los cargos de notarios y los nombramientos en el cargo de notario hasta tanto se profiera una decisión de fondo.

SEGUNDO.- Con el fin de garantizar el derecho de defensa y contradicción dentro de este asunto, se ordena poner en conocimiento la existencia de las acciones de tutela de la referencia a todas aquellas personas que: (i) integraron listas de elegibles en los diferentes nodos regionales conformadas por el Consejo Superior de la Carrera Notarial como resultado del concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial, convocado mediante el Acuerdo 1 de 2006 del Consejo Superior de la Carrera Notarial; (ii) integraron listas de elegibles en los diferentes nodos regionales con ocasión de la reconfirmación de listas efectuada por el Consejo Superior de la Carrera Notarial en acatamiento de fallos judiciales y; (iii) que fueron nombrados como notarios a partir de dichas listas de elegibles, para que en el término perentorio de cinco (5) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente a la publicación de esta providencia en la forma prevista en el numeral **TERCERO** de esta parte resolutive, presenten ante esta Corporación las consideraciones y manifestaciones que estimen convenientes.

TERCERO. De conformidad con el artículo 16 del decreto 2591 de 1991, ordenar que por la Secretaría General de esta Corporación se notifique por el medio mas expedito posible la presente providencia a las entidades y personas precitadas, para lo cual se podrán utilizar las direcciones físicas y electrónicas registradas al momento de presentarse al concurso. De todas formas se ordena que copia de la parte resolutive de esta decisión sea publicada en un medio de amplia difusión y circulación nacional e igualmente que se entregue copia de la misma a los medios masivos de comunicación social.

CUARTO.- Mantener en la Secretaría General de esta Corporación los expedientes de la tutela en referencia para efectos de que los mismos puedan ser consultados.

QUINTO.- Ordenar al Consejo Superior de la Carrera Notarial, a través de su Secretaría Técnica, esto es, la Superintendencia de Notariado y Registro, remitir a esta Corporación dentro del término perentorio e inmodificable de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia la siguiente información y documentación:

- Copia de los actos administrativos mediante los cuales se publicaron las listas de elegibles conformadas con ocasión del concurso de méritos público y abierto convocado mediante el Acuerdo 1 de 2006 el Consejo

Superior de la Carrera Notarial, para cada uno de los nodos regionales con su constancia de ejecutoria. (listas originales sin descontar puntaje por autoría de obras en derecho acreditadas en forma diferente al registro en la Dirección General de Derechos de Autor.)

- Indicar a partir de estas listas de elegibles: (i) Frente a qué personas se vario la calificación y puesto en la lista con ocasión de errores aritméticos; (ii) qué personas fueron eliminadas de la lista de elegibles con ocasión de inhabilidades e incompatibilidades (iii) cómo quedaron integradas las listas de elegibles originales a partir de estas modificaciones.
- Remitir copia integra de TODOS los actos administrativos que dieron lugar a la modificación de las listas de elegibles por errores aritméticos en la sumatoria de puntajes durante el proceso de selección ó a partir del reconocimiento de inhabilidades e incompatibilidades de los seleccionados.
- Remitir copia INTEGRAL de **TODOS** los fallos judiciales a partir de los cuales el Consejo Superior de la Carrera Notarial realizó modificaciones a las listas de elegibles o efectuó nombramiento de notarios.
- Remitir un listado de todos los nombramientos de notarios efectuados a partir del Acuerdo 1 de 2006 del Consejo Superior de la Carrera Notarial, señalando frente a cada nombramiento si este se encontraba en lista de elegibles o si fue nombrado a partir de la disminución de puntaje ordenada por el Tribunal Administrativo del Tolima, previo fallo judicial.
- Remitir copia de las listas de elegibles reconfirmadas por cada nodo regional, e indicar frente de cada uno de sus integrantes:
 - a. Si la persona se encontraba en lista de elegibles original: SI o NO
 - b. Puntaje original sin efectuar el descuento de cinco (5) puntos por autoría de obras en derecho.
 - c. Establecer si la persona se incluyó en lista de elegibles a partir de una orden judicial: SI o NO (señalar el fallo o providencia y adjuntar copia)
 - d. Establecer si la persona fue incluida en lista de elegibles en virtud de un acto administrativo: SI o NO (señalar el acto administrativo y adjuntar copia)
 - e. Indicar si la persona fue nombrada como Notario: SI o NO
 - f. En caso afirmativo, indicar en qué Notaria y el acto administrativo de nombramiento.
- Remitir la siguiente información de la forma solicitada SIN OMITIR dato alguno por cada uno de los nodos regionales:

LISTAS DE ELEGIBLES ORIGINAL: Se debe presentar un cuadro por cada nodo regional.

Depto	Círculo	Nombre	Puntaje	Notaría que debía asignarse según puntaje.	Fue nombrado como Notario en propiedad.	Establecer si la Notaría
-------	---------	--------	---------	--	---	--------------------------

					(Indicar SI o NO). En qué notaria. Acto de nombramiento Si no se realizó el nombramiento, indicar la causa: Medida cautelar. Inhabilidad etc., corrección de un error en la sumatoria de los puntajes.	que correspondí a según puntaje a este elegible fue asignada a otra persona y mediante qué acto administrativo.
--	--	--	--	--	---	---

SEXTO.- COMUNICAR la presente decisión al Tribunal Administrativo del Tolima y ordenarle remitir constancia de ejecutoria del auto de 29 de agosto de 2008 proferido dentro de la acción popular 2007-00413. De igual forma indicar el estado actual del proceso.

Cúmplase,

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Impedimento Aceptado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

Ausente en Comisión

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO AL AUTO 244 DE 2009**

FALLO DE TUTELA-Cumplimiento inmediato (Salvamento de voto)

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Vulneración por suspensión provisional de reelaboración de listas y nombramientos en concurso de méritos de notarios (Salvamento de voto)

ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Declaración de inexecutable en sentencia C-713/08 sobre suspensión de efectos de fallos de instancia en acciones populares y de grupo (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA-Constituye derecho fundamental a nivel de derechos humanos, civiles y políticos y garantía de los demás derechos fundamentales (Salvamento de voto)

JUEZ DE TUTELA-Adopción de medidas provisionales para la protección efectiva de los derechos fundamentales/**JUEZ DE TUTELA**-No está facultado para emitir órdenes generales e indeterminadas suspendiendo el cumplimiento de los fallos eventuales o hipotéticos (Salvamento de voto)

MEDIDAS PROVISIONALES PARA PROTEGER UN DERECHO-Requisitos de procedencia (Salvamento de voto)

Ref.: Expedientes T-2210489 y otros.

Medida provisional en desarrollo del concurso de méritos para proveer los cargos de notario en los diferentes círculos del territorio nacional.

Con el acostumbrado respeto por la posición de la mayoría, me he visto obligado a apartarme de la misma por cuanto considero que en esta oportunidad la Corte sólo tenía competencia para tomar medidas provisionales específicas respecto de cada uno de los asuntos seleccionados para revisión, y no para emitir órdenes que en la práctica anulan la posibilidad de hacer uso de la acción de tutela y desconocen el derecho de acceso efectivo a la justicia.

En el Auto 244 de 2009 la Corte ordenó al Consejo Superior de Carrera Notarial y a las autoridades nominadoras, “*suspender de manera provisional y a partir del momento en el cual se comuniquen a dichas autoridades el presente*

auto, la reelaboración de listas para proveer los cargos de notarios y los nombramientos en el cargo de notario hasta tanto se profiera una decisión de fondo”.

El fundamento de esta decisión ha sido el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, que permite a los jueces adoptar medidas provisionales en el trámite de una acción de tutela para garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Además, la mayoría invoca la eventual existencia de una sentencia con efectos “*inter comunis*”, esto es, en relación con todas las personas participantes e interesadas en el concurso de notarios.

En mi concepto, la mayoría ha hecho una interpretación equívoca tanto del artículo 86 de la Constitución como del Decreto 2591 de 1991, pues si bien la medida persigue un fin práctico, lo cierto es que no sólo carece de relación directa con la protección de derechos fundamentales, sino que plantea graves inconsistencias de orden constitucional. En efecto:

1.- El artículo 86 de la Carta Política señala expresamente que los fallos de tutela serán “***de inmediato cumplimiento***”, sin perjuicio de la posibilidad de ser impugnados o de su eventual revisión ante la Corte Constitucional. Al respecto la jurisprudencia ha reconocido lo siguiente:

“De acuerdo con tal régimen jurídico y teniendo en cuenta el objetivo que persigue el recurso de amparo constitucional, es claro que las órdenes contenidas en las decisiones de tutela, dirigidas a la protección de los derechos, tienen que acatarse y cumplirse sin excepción. La autoridad o el particular que haya sido declarado responsable de la amenaza o violación, debe cumplir la orden encaminada a la protección de los derechos fundamentales en los términos que lo indique la sentencia y en el plazo allí señalado. En el evento contrario, el incumplimiento de la decisión conlleva una violación sistemática de la Carta. Por una parte, en cuanto frustra la consecución material de los fines esenciales del Estado, como son la realización efectiva de los principios, derechos y deberes, y el mantenimiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Preámbulo, arts. 1° y 2°), y por la otra, en cuanto dicha omisión contraría, además de las normas constitucionales que regulan la acción de tutela y el derecho infringido, también aquellas que reconocen en el valor de la justicia y en los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, pilares fundamentales del modelo de Estado Social de Derecho (arts. 29, 86 y 230)”⁴. (Resaltado fuera de texto).

Desafortunadamente, a partir de esta providencia será la Corte Constitucional quien defina de manera antojadiza cuáles fallos de tutela son de inmediato cumplimiento y cuáles, como en el presente caso, quedan condicionados a la voluntad de la Corporación. Ello desnaturaliza la esencia de la acción de tutela y en particular el deber que tienen las autoridades de dar atento cumplimiento a los fallos de instancia, sin perjuicio de que la Corte revoque un amparo que fue indebidamente otorgado.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-939 de 2005. Ver también las sentencias T-037 de 1993, T-576 de 1993, T-577 de 1993, T-181 de 1994, T-256 de 1994, T-068 de 1995, T-278 de 1995, entre muchas otras.

2.- En concordancia con lo anterior, la medida adoptada vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia (art. 228 CP), por cuanto priva a un grupo de personas –quienes han participado en un concurso de méritos y consideran vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales- de la posibilidad de obtener una respuesta efectiva de los jueces de la República.

La mayoría ha pasado inadvertido un reciente precedente relacionado con el deber que tienen las autoridades judiciales de asegurar la protección efectiva de derechos y el acceso a la justicia: la Sentencia C-713 de 2008. En aquella oportunidad la Corte ejerció el control de constitucionalidad del proyecto de ley que modificó la ley estatutaria de administración de justicia y declaró inexecutable la norma que suspendía los efectos de los fallos de instancia en acciones populares y de grupo hasta tanto el Consejo de Estado tomara una decisión definitiva. La Corte precisó que este tipo de medidas suspensivas pugna con el ordenamiento constitucional:

“De otra parte, el inciso segundo del artículo 11 del proyecto, así como la expresión final del inciso tercero, señalan que la decisión de instancia en las acciones populares y de grupo sólo producirá efectos cuando el Consejo de Estado decida sobre la selección o se pronuncie en virtud de la revisión eventual, con las excepciones que fije la ley. A juicio de la Corte esta regulación es inconstitucional por desconocimiento de los principios de efectividad de los derechos (art.2 CP) y acceso efectivo a la administración de justicia (art.228 CP).

(...)

Representa así una medida que pone en riesgo la protección de los derechos involucrados en las acciones constitucionales populares y de grupo, y con ello viola el acceso efectivo a la administración de justicia (art.228 CP), pues el cumplimiento de una orden judicial se prolonga indefinidamente en el tiempo sin que existan motivos que lo justifiquen, más aún cuando la trascendencia de los derechos involucrados reclama una especial cautela de los operadores jurídicos”. (Resaltado fuera de texto).

3.- Recuérdese también que a nivel de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art.8), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.2.3) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.25), la acción de tutela constituye por sí misma un derecho fundamental y en esa medida se erige en un recurso judicial efectivo para la garantía de los demás derechos fundamentales.

No obstante, en adelante podrán presentarse situaciones de ciudadanos beneficiados con órdenes de tutela al cabo de un proceso tramitado conforme a derecho, quienes de súbito y sin fórmula de juicio verán suspendido el ejercicio legítimo de sus derechos ante una equívoca lectura de las atribuciones del juez constitucional. De la misma forma, la Corte ha cerrado la facultad de hacer uso de la acción de tutela, sin tener en cuenta que cada caso plantea sus propias especificidades y es materialmente imposible anticiparse a cada uno de ellos.

4.- De otra parte, la potestad atribuida en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991 no tiene otro propósito que permitir al juez de tutela, en cada caso sometido a su estudio, adoptar las medidas provisionales necesarias para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales. Pero de ninguna manera le faculta para emitir órdenes generales e indeterminadas, suspendiendo el cumplimiento de los fallos de tutela eventuales o hipotéticos, más aún, cuando es imposible conocer de antemano los hechos y las circunstancias que pueden dar lugar a esas decisiones. Dice la norma:

“Artículo 7o. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado”.

La jurisprudencia constitucional ha señalado algunos **requisitos** para que proceda que la adopción de este tipo de medidas, a saber:

(i) Que tengan como único propósito proteger un derecho fundamental, asegurando que la decisión definitiva no resulte inocua por la consumación de un daño. Al explicar el alcance del artículo 7° del Decreto 2591 de 1991 la Corte ha advertido lo siguiente:

“En esta disposición se consagra, entre otras cosas, la suspensión del acto violatorio o amenazador de un derecho fundamental, como medida cautelar o precautelativa

que puede decretar el juez que conoce de la acción de tutela, cuando considere "necesario y urgente" que cese en forma inmediata el acto generador de la agresión. Determinación que tiene como único objetivo la protección del derecho fundamental conculcado o gravemente amenazado y, obviamente, evitar que se causen mayores perjuicios o daños a la persona contra quien se dirige el acto"⁵. (Resaltado fuera de texto).

(ii) Que se esté ante un perjuicio irremediable, es decir, frente a un daño grave e inminente, donde se requieran medidas urgentes e impostergables para conjurar la amenaza. Así fue precisado por la Corte desde el Auto 003 de 1998, cuando sostuvo:

“Esta Corporación ha reconocido que, en virtud del artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, el juez de tutela puede decretar la suspensión provisional de un acto concreto sólo cuando lo considera necesario y urgente para proteger el derecho invocado de un perjuicio que pueda resultarle irremediable. En el caso concreto, la Sala Plena de esta Corporación vislumbra que la inconformidad del peticionario radica en una discrepancia interpretativa de algunas normas constitucionales, entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional, de lo cual, en principio, no puede colegirse ni un perjuicio que no pueda remediarse, ni un abrupto y arbitrario desconocimiento de la Constitución y la Ley que ameriten la aplicación de las medidas provisionales de que trata el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991”. (Resaltado fuera de texto).

(iii) Que la amenaza del perjuicio irremediable esté debidamente acreditada, lo cual significa tener certeza de su existencia⁶.

(iv) Que la medida tenga relación de conexidad con la protección de derechos fundamentales vulnerados o amenazados. En la Sentencia T-162 de 1997 este Tribunal sostuvo:

“Así pues, la norma permite establecer que la conexidad entre el derecho que se alegue violado y la medida provisional adoptada, es el criterio que permite establecer si el juez actuó correctamente. En otras palabras, si la orden está encaminada a tutelar la garantía fundamental aparentemente vulnerada, entonces podrá decirse que el juez estaba facultado para adoptarla”.

(v) Que la medida se adopte solamente para el caso concreto objeto de revisión. En este punto es importante precisar que si bien es cierto que en el trámite de revisión de tutela la Corte ha suspendido excepcionalmente los efectos de fallos de jueces de instancia, también lo es que siempre lo ha ordenado sólo frente a las particularidades de cada asunto y no sobre situaciones hipotéticas o eventuales (como se hace en esta ocasión). Algunos ejemplos en este sentido son los siguientes:

CORTE CONSTITUCIONAL	DECISIÓN DE LOS JUECES DE INSTANCIA	MEDIDA ADOPTADA POR LA CORTE
----------------------	-------------------------------------	------------------------------

⁵ Cfr., Corte Constitucional, Autos 049 de 1995 y 035 de 2007.

⁶ Al respecto puede verse la Sentencia T-236/96 y el Auto 035/07 de esta Corporación.

(Decisión)		
Autos dictados antes de la Sentencia T-760/08	Tutela NEGADA en las instancias.	Ordena la prestación de servicios de salud, tratamientos y suministros de medicamentos.
Auto 035/07	Tutela NEGADA en las instancias.	Ordena suspender la venta de un inmueble decretado en proceso ejecutivo
Sentencia T-269/96 Sentencia T-270/96	Tutela concedida pero el juez da una orden abstracta.	Ordenó la elaboración y puesta en marcha del plan de acción específico para enfrentar las situaciones de desastre que se pudieran presentar en un barrio de Barranquilla
Autos 031/94 Sentencia T-023/95	El juez CONCEDIÓ la tutela y ordenó suspender servicio de acueducto por contaminación.	Suspende la orden del juez y ordena restablecer el servicio de acueducto.
Auto 039/95	El juez de segunda instancia CONCEDÓ el amparo. El juez ordena al ICBF entregar información sobre la identidad de una menor dada en adopción años antes.	La Corte ordena que se suspendan los efectos de la Sentencia proferida por el Juzgado.
Auto 041A/95	El juez CONCEDE la Tutela y ordena conformar un grupo médico para atender a un menor por cambio de sexo.	La Corte suspende un numeral de la parte resolutive de la sentencia objeto de revisión , en cuanto le solicitó a un Hospital de Medellín conformar un grupo interdisciplinario para el tratamiento del menor. Ordena la intervención del ICBF para proteger a un menor.

En síntesis, cuando la Corte ha suspendido transitoriamente el cumplimiento de un fallo de instancia en el trámite de revisión, siempre lo ha ordenado (i) sobre la base de la protección de derechos fundamentales, (ii) para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, (iii) contando con elementos probatorios suficientes, (iv) guardando una relación de conexidad entre la medida y la orden emitida, y (v) restringiendo la medida al asunto específico objeto de revisión.

5.- Sin embargo, en esta oportunidad la Corte ha adoptado una “*medida provisional*” desconociendo los requisitos exigidos en la propia jurisprudencia constitucional. En efecto:

(i) No se orienta a la protección de un derecho fundamental. Aún cuando se invoca con el propósito de “*evitar la vulneración del principio de igualdad*”, tanto de los demandantes de las acciones de tutela de la referencia como “*de todos los participantes e interesados en el concurso de notarios*”, lo cierto es que el Auto se limita a hacer referencias globales e indeterminadas y no puntuales respecto de cada uno de los accionantes o potenciales interesados. En realidad, lo que pretende la medida es evitar una situación de anomalía administrativa que podría generar problemas de orden estrictamente económico derivados de eventuales demandas contra el Estado, pero nada más.

(ii) No existe la amenaza de un perjuicio irremediable, al menos en los términos fijados por la propia Corte, a tal punto que la providencia guarda

absoluto silencio sobre la gravedad e inminencia del daño y sobre la necesidad de adoptar medidas urgentes e impostergables.

(iii) No hay un mínimo soporte probatorio relacionado con la certeza e inminencia del perjuicio irremediable. La decisión resulta en este punto contradictoria, en tanto ordena la práctica de algunas pruebas, que precisamente han debido ser el fundamento de la medida provisional.

(iv) No se advierte ninguna relación de conexidad entre la medida y la protección de un derecho fundamental. Así, lo único que se asegura es mantener un *statu quo*, sin tener certeza sobre la violación o amenaza concreta de los derechos fundamentales de quienes han participado en el concurso de méritos.

(v) Finalmente, en esta oportunidad la Corte ha dado una orden que trasciende el ámbito de los casos objeto de revisión, para hacer extensiva la medida a asuntos respecto de los cuales ni siquiera tiene noticia alguna. Con ello, además, se corre el riesgo de afectar las decisiones proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa en desarrollo de acciones populares. En consecuencia, lo correcto hubiese sido adoptar las medidas provisionales de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso, y no medidas genéricas ante eventuales fallos de tutela que la Corte no conoce.

6.- Además, si algo caracteriza un Estado Social y Democrático de Derecho es la presencia de límites al ejercicio de la autoridad por las diferentes ramas del poder público, de manera que por más nobles y altruistas que sean los fines perseguidos, cualquier medida que se adopte para alcanzarlos debe respetar siempre el marco que la Constitución y la ley señalan. No obstante, en aras del pragmatismo destinado a evitar desórdenes administrativos, la Corporación interpreta erradamente el artículo 86 Superior y el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, señalando un nuevo y riesgoso rumbo para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales y enviando un mensaje nocivo a los operadores judiciales, quienes a partir de ahora pondrán en duda el “inmediato cumplimiento” de sus decisiones en materia de tutela.

En estas condiciones dejo constancia de mi respetuosa discrepancia con la posición de la mayoría.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado